

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

Respaldo por el colectivo de profesores españoles de Derecho internacional privado y por operadores jurídicos procedentes de la magistratura, abogacía y cuerpos de la Administración del Estado, el propósito de este Anuario es ofrecer a la comunidad jurídica española con carácter anual todo el panorama teórico y práctico que afecta al tráfico privado externo vinculado con nuestro país: arbitraje comercial, Derecho de los negocios, Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Derecho penal, Derecho procesal, nacionalidad, extranjería, familia y sucesiones, inversiones exteriores y control de cambios, nacionalidad y persona y estado civil. Panorama que será el punto de referencia de la creación doctrinal y de la práctica española en los colectivos ius-internacional-privatistas de otros países.

Para ello la presente publicación se estructura en distintas secciones que se inician con un ambicioso título doctrinal donde se recogen las contribuciones científicas más relevantes procedentes de autores españoles y extranjeros, sometidas con carácter previo a un exhaustivo control por parte de los miembros del Consejo editorial especializados en las mismas.

Asimismo, cada tomo mantiene una marcada preocupación por resaltar las cuestiones prácticas más acuciantes para España, las reformas legislativas e incorporación de convenios internacionales suscritos por nuestro país y el estudio profundo y crítico de la doctrina de la jurisprudencia y de la práctica administrativa española. Y ello, junto a la información puntual de la labor codificadora que se realiza en los distintos foros internacionales. Incluye, además de las secciones fijas, un conjunto sistematizado de contribuciones de carácter monográfico basado o en reformas de sistemas o en problemas relevantes en el plano científico y una relación sistematizada y comentada por volumen de varios centenares de decisiones de nuestros tribunales y de toda la bibliografía aparecida en el año cuya crónica cubre el Anuario.

El Anuario ha sido reconocido por la comunidad jurídica internacional en términos sumamente elogiosos y está siendo valorado muy positivamente por las agencias de evaluación de la investigación científica. Entre otros reconocimientos, la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) otorgó al Anuario el **certificado de “Revista Excelente”** tras haber superado con éxito el proceso de evaluación de las revistas científicas españolas que garantiza la calidad editorial y científica, el 14 de marzo de 2012. Dicho certificado ha sido renovado satisfactoriamente en 2015.

Los autores habrán de atenerse a las siguientes normas editoriales:

Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos y en español. Como criterio general, la extensión de los trabajos no deberá exceder de 35 páginas (200 KB) tratándose de artículos; 15 páginas (85 KB) en comentarios jurisprudenciales y legislativos, y 10 páginas (50 KB) en el caso de reseñas bibliográficas. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen en español y en inglés de no más de 200 palabras cada uno y de 5 palabras clave en ambos idiomas. Todo material será sometido a dictamen para su publicación. El resultado del mismo se comunicará dentro de los 15 días siguientes a la fecha de reunión del Consejo Editorial.

Los trabajos deberán ser enviados a la siguiente dirección:

Iprolex, S.L.,
Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo de Alarcón, Madrid (España)
o al siguiente correo electrónico: iprolex@iprolex.com

En la web del Anuario (<http://www.aedipr.com>) se detalla la información sobre el proceso de evaluación y selección de manuscritos empleados, los criterios, procedimientos y plan de revisión por parte de los evaluadores.

ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*

PRECIOS AÑOS 2000 a 2011: 105 € CADA TOMO

PRECIO AÑO 2012 115,00 €

PRECIO AÑO 2013 120,00 €

PRECIO AÑO 2014-2015 125,00 €

IVA no incluido. Se añadirán los gastos de correo

* Consultar en <http://www.aedipr.com> las ofertas por la adquisición completa de la colección.

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO XIV-XV



Iprolex
2014-2015

Edición:**Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e-mail iprolex@iprolex.com
<http://www.iprolex.com>

Redacción:

Profesor Dr. Ángel Espiniella Menéndez
Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
Facultad de Derecho, Universidad de Oviedo
Valentín Andrés Álvarez s/n
33001 Oviedo (España)
Teléfono: (985) 104873
espiniella@uniovi.es

Impresión:**Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:**Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa
ISSN: 1578-3138
Depósito Legal: M-30684-2000
Impreso en España

Director

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid, Asociado del *Institut*
de Droit International

Comité científico

Bertrand Ancel
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Jürgen Basedow
Director del Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht (Hamburgo), Miembro del
Institut de Droit International

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho civil de la
Universidad Autónoma de Madrid

Alegría Borrás
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad de Barcelona, Asociada del *Institut de*
Droit International

Nuria Bouza Vidal
Catedrática de Derecho internacional privado
de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Santiago Álvarez González
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Santiago de Compostela

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université
Catholique de Louvain

Rui M. de Gens Moura Ramos
Ex Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal,
Miembro del *Institut de Droit International*

Leonel Perezniето Castro
Profesor de la Universidad Nacional de México

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada

Consejo de redacción

Juan José Álvarez Rubio (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Rafael Arenas García** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Nerina Boschiero** (Profesora Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pedro A. de Miguel Asensio** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Fernando Esteban de la Rosa** (Profesor titular, habilitado Catedrático de la Universidad de Granada); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School), **Pilar Jiménez Blanco** (Profesora titular, acreditada Catedrática, de la Universidad de Oviedo), **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Pedro Martínez Fraga** (DLA Piper, Miami, USA); **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Senior Research Fellow, Max Planck Institute Luxembourg); **Paul To-remans** (Professor of Law, University of Nottingham).

Secretario

Ángel Espiniella Menéndez
Profesora titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo

Redactores

Beatriz Añoveros Terradas (Profesora titular de la Universitat Ramon Llull), **Mª Victoria Cuartero Rubio** (Letrada del Tribunal Constitucional), **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universitat Pompeu Fabra); **Víctor Fuentes Camacho** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Julio García López** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Miguel Gardeñes Santiago** (Profesor titular de la Autónoma de Barcelona); **Iván Heredia Cervantes** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid); **Mónica Herranz Ballesteros** (Profesora titular de la UNED); **Aurelio López-Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **Crístian Oró Martínez** (Dirección de Investigación y Documentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); **Eduardo Picand Albónico** (Profesor de la Universidad de Chile) y **Benedetta Ubertazzi** (Università di Macerata).

Comité evaluador de la calidad científica*

Paloma Abarca Junco (Catedrática de la UNED); **Pilar Blanco-Morales y Limones** (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo Mª Cremades Sanz-Pastor** (Abogado); **Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose Mª De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José Mª Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Albert Font Segura** (Profesor titular de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona); **Joaquim-Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **Mª Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Luis Garau Juaneda** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático habilitado de la Universidad de Vigo); **Luis Ortiz Blanco** (Profesor titular de la Universidad Complutense); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Catedrática Emérita de la UNED); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Miguel Virgós Soriano** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón).

* A los efectos de cumplimentar el apartado 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

Colaboran en el presente tomo

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ
Juan José ÁLVAREZ RUBIO
Apóstolos ÁNCIMOS
Rafael ARENAS GARCÍA
Louis D'AVOUT
Alegría BORRÁS
Nuria BOUZA VIDAL
Eva DE GÖTZEN
Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO
Anatol DUTTA
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Ricardo ESTEBAN LEGARRETA
Sara L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS
Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR
José Antonio FERNÁNDEZ AMOR
Ana FERNÁNDEZ PÉREZ
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Franco FERRARI
Josep FONTANELLAS MORELL
Albert FONT I SEGURA
Dale Beck FURNISH
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
Eloy GAYÁN RODRÍGUEZ

Carlos GÓRRIZ LÓPEZ
Montserrat GUZMÁN PECES
Mónica HERRANZ BALLESTEROS
Burkhard HESS
Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Briseida S. JIMÉNEZ LÓPEZ
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Enrique LINARES RODRÍGUEZ
María Elena MANSILLA Y MEJÍA
Nuria MARCHAL ESCALONA
Silvia MARINO
Manuel MEDINA ORTEGA
Rosa MIQUEL SALA
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS
Cristian ORÓ MARTÍNEZ
José David ORTEGA RUEDA
José Ignacio PAREDES PÉREZ
Marta PERTEGÁS SENDER
J. Jesús RODRÍGUEZ DELGADILLO
Juan Carlos RODRÍGUEZ MORA
Marta REQUEJO ISIDRO
M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ
Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO

SUMARIO

Pág.

ESTUDIOS

Burkhard HESS

LA INFLUENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL
DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO 35-53

Marta REQUEJO ISIDRO

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL
EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA 55-89

Louis D'AVOUT

LA EFICACIA INTERNACIONAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES TRAS
LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I 91-110

Marta PERTEGÁS SENDER

NUEVAS REGLAS INTERNACIONALES SOBRE LAS CLÁUSULAS DE ELEC-
CIÓN DE FORO EN CONTRATOS INTERNACIONALES; EL CONVENIO DE
LA HAYA Y EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS 111-126

Franco FERRARI

DE ROMA A ROMA VÍA BRUSELAS: COMENTARIOS SOBRE LA LEY APLI-
CABLE A OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN AUSENCIA DE ELEC-
CIÓN DE LAS PARTES (ART. 4 RR I) 127-140

Anatol DUTTA

MEDIDAS DE PROTECCIÓN TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA .. 141-157

Juan José ÁLVAREZ RUBIO

LA DIMENSIÓN PROCESAL INTERNACIONAL EN LA LEY DE NAVEGACIÓN
MARÍTIMA 159-203

Rafael ARENAS GARCÍA

LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍ-
TIMA SOBRE LOS CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DEL BUQUE Y DE LOS
CONTRATOS AUXILIARES DE LA NAVEGACIÓN EN LOS SUPUESTOS

INTERNACIONALES	205-241
Pilar JIMÉNEZ BLANCO	
LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS: AVANCES Y LIMITACIONES	243-275
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	
CONTRATOS DE CONSUMO EN EL TRÁFICO COMERCIAL UE-TERCEROS ESTADOS	277-303
Rosa MIQUEL SALA	
ACCIÓN DE REGRESO FRENTE AL DEUDOR SOLIDARIO Y LÍMITES DEL EFECTO DE COSA JUZGADA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS	305-320
Dale Beck FURNISH	
EL <i>FORUM NON CONVENIENS</i> Y EL <i>LIS ALIBI PENDENS</i> . APUNTES PARA UNA COMPARACIÓN SISTÉMICA Y SISTEMÁTICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	321-358

VARIA

Silvia MARINO	
LA FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE FAMILIA	361-373
Apóstolos ÁNCIMOS	
DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS	375-393
Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR	
PARTICULARIDADES EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD EN ESPAÑA DE ACUERDOS DE MEDIACIÓN DICTADOS EN EL EXTRANJERO (LEY 5/1012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES)	395-416
Eva DE GÖTZEN	
LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVA A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿ES EL CAMINO A SEGUIR PARA MEJORAR LA VIDA DE LOS CIUDADANOS?	417-445
Josep FONTANELLAS MORELL	
ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROYECTADO REGLAMENTO RELATIVO A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA: CUESTIONES CONTROVERTIDAS	447-487

Montserrat GUZMÁN PECES	
PROBLEMÁTICA EN LA COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS APLICABLES A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y EN PARTICULAR A LA INTERPRETACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL	489-522
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
CUESTIONES ACTUALES SOBRE LOS <i>TRUSTS</i> TESTAMENTARIOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	523-561

FOROS INTERNACIONALES

Unión Europea

M ^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	
LA SIMPLIFICACIÓN DEL COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS MEDIANTE LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS	565-586
José Ignacio PAREDES PÉREZ	
LA DIRECTIVA 2013/11/UE, RELATIVA A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO Y SU FUTURA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	587-632
Manuel MEDINA ORTEGA	
LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA SOBRE COMERCIO E INVERSIONES	633-673
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2014- MAYO 2015	675-695

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado

Alegria BORRÁS	
¿QUÉ HA SIGNIFICADO 2014 PARA LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?	697-720
María Elena MANSILLA Y MEJÍA	
CONVENCIÓN SOBRE LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO DE 2005	721-736

Unidroit

Nuria BOUZA VIDAL

- UNIDROIT: ANTECEDENTES, PROPUESTAS Y REALIZACIONES DE SUS
PROGRAMAS DE TRABAJO TRIANUALES (2011–2013 y 2014–2016) 737-752

AMÉRICA LATINA

J. Jesús RODRÍGUEZ DELGADILLO y Juan Carlos RODRÍGUEZ MORA

- EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DEL EXTRANJERO EN MÉXICO: CASO DE
MATRIMONIO DE EXTRANJERO CON NACIONAL MEXICANO VISTO
DESDE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJE-
ROS EN MATERIA DE ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD INMUEBLE 755-778

Sara L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS

- LA (DES) PROTECCION DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO: TRES HITOS
EN EL DERECHO LATINOAMERICANO CONTEMPORANEO 779-809

TEXTOS LEGALES**UNIÓN EUROPEA****REGLAMENTOS**

- Reglamento (UE) 2015/263 de la Comisión de 16 enero 2015 por el que se modifican los anexos I a IV
del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento
y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil 813
- Reglamento de ejecución (UE) 2015/228 de la Comisión de 17 febrero 2015 por el que se sustituyen los
anexos I a VII del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo relativo a la competencia, la ley aplica-
ble, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligacio-
nes de alimentos 813
- Reglamento Delegado (UE) 2015/281 de la Comisión de 26 de noviembre de 2014, que sustituye los anexos
I y II del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la compe-
tencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil 813

DIRECTIVAS

- Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014 relativa a la restitución de
bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro 813
- Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a
determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional,
por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea ... 814
- Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 enero 2015 , por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE
relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros
diferentes 816

Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 abril 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE	817

DECISIONES

Decisión de ejecución de la Comisión de 17 marzo 2014 que modifica la Decisión 2011/130/UE, por la que se establecen los requisitos mínimos para el tratamiento transfronterizo de los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes en virtud de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior	819
Decisión del Consejo, de 9 abril 2014, por la que se modifican los anexos I, II y III de la Decisión 2011/432/UE del Consejo sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia	820

INFORMACIONES

Información referente al art. 76 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2015/C 4/02)	820

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Disposiciones generales

Real Decreto 100/2014, de 21 de febrero, por el que se establecen determinadas disposiciones sobre el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo	821
Real Decreto 103/2014, de 21 de febrero, por el que se adaptan determinadas normas en el ámbito del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, con motivo de la adhesión de la República de Croacia, y por el que se modifican determinadas normas relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales	821
Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal	821
Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros	825
Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado	826
Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre	828
Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación	830
Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada	831
Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española	831
Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado	832
Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito	833
Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima	840
Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso	851
Real Decreto 875/2014, de 10 de octubre, por el que se regulan las titulaciones náuticas para el gobierno de las embarcaciones de recreo	851
Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas	852
Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia	853
Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial	853

Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	854
Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea	854
Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea	855
Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales	857
Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias	857
Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades	857
Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo	857
Real Decreto 1004/2014, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles	858
Real Decreto 1006/2014, de 5 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española	858
Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva	862
Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito	862
Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	863
Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo	865
Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana	866
Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 octubre 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 mayo 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales	867

Comunidades autónomas

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha	869

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

Ley 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea	870

COMUNITAT VALENCIANA

Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat	870

CONVENIOS INTERNACIONALES

Multilaterales

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 enero 1996	871
Instrumento de Aceptación de la Enmienda al Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, hecha en Sofía el 27 febrero 2001	876
Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28	

enero 2003	876
Tercer protocolo adicional al Convenio europeo de extradición, hecho en Estrasburgo el 10 de noviembre de 2010	876
Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010	876
Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011	880
Modificaciones al Reglamento Común del Acta de 1999 y el Acta de 1960 del Arreglo de La Haya sobre el depósito internacional de dibujos y modelos industriales, adoptadas en la 32ª sesión (19ª ordinaria) de la Asamblea de la Unión de La Haya, celebrada en Ginebra del 23 de septiembre al 2 octubre 2013	880
Modificaciones al Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) adoptadas por la Asamblea de la Unión Internacional de cooperación en materia de patentes (Unión PCT) en su 44ª reunión (19ª sesión ordinaria), celebrada en Ginebra del 23 de septiembre al 2 octubre 2013	880

Bilaterales

ACUERDOS DE SEDE

Acuerdo de sede entre el Reino de España y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, hecho en Madrid el 11 marzo 2015	881

ADOPCIÓN

Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 julio 2014	884

ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Acuerdo entre España y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Madrid el 15 de noviembre de 2012	890

EXTRADICIÓN

Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 2 marzo 2004	891
Modificación de las Autoridades centrales en el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre España y la República Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 marzo 1987	891

INMIGRACIÓN

Entrada en vigor del Protocolo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Moldova para la aplicación del Acuerdo entre la República de Moldova y la Comunidad Europea sobre readmisión de residentes ilegales (Protocolo de Aplicación), hecho en Madrid el 22 octubre 2013	891

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

Denuncia del Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia, hecho en Madrid el 29 octubre 2001	891
Acuerdo entre el Reino de España y la República de Senegal para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho <i>ad referendum</i> en Dakar el 22 de noviembre de 2007	891
Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Bahrein para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 mayo 2008	891

RECONOCIMIENTO MUTUO DE TÍTULOS Y GRADOS ACADÉMICOS

Acuerdo de reconocimiento mutuo de títulos y grados académicos de educación superior universitaria entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Colombia, hecho <i>ad referendum</i> en Mar del Plata el 4 de diciembre de 2010	892

JURISPRUDENCIA

Dirección de José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

ADOPCIÓN

CERTIFICADO DE IDONEIDAD PARA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

2014-2015/1.- TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 138/2014, de 24 marzo 2014	895
2014-2015/2.- AP A Coruña, Sección Cuarta, Sentencia nº 99/2014, de 28 marzo 2014	896
2014-2015/3.- AP Valencia, Sección Décima, Sentencia nº 732/2014, de 8 octubre 2014	896

ALIMENTOS

COMPETENCIA PARA RESOLVER UN RECURSO RELATIVO A UNA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS RESPECTO DE UNA PERSONA DOMICILIADA EN OTRO ESTADO MIEMBRO

2014-2015/4.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 18 diciembre 2014. Asuntos acumulados C-400/13 y C-408/13	897

RECLAMACIONES DE ALIMENTO AL AMPARO DEL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 20 JUNIO 1956

2014-2015/5.- AP Madrid , Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 416/2015, de 24 abril 2015 ...	898

LEY APLICABLE

2014-2015/6.- TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 171/2015, de 23 marzo 2015 ...	898

ARBITRAJE

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

2014-2015/7.- TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 16/2014, de 30 enero 2014	899
2014-2015/8.- TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto de 28 abril 2014	899
2014-2015/9.- TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 67/2014, de 15 mayo 2014	899
2014-2015/10.- TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 106/2014, de 19 septiembre 2014	901
2014-2015/11.- TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 14/2015, de 16 febrero 2015	902

Enrique LINARES RODRÍGUEZ

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO EN UN ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO

2014-2015/12.- TSJ Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 24/2014, de 26 septiembre 2014	902
	906

DECLINATORIA ARBITRAL INTERNACIONAL

2014-2015/13.- AP A Coruña, Sección Tercera, Sentencia nº 91/2015, de 19 marzo 2015	907

Rafael ARENAS GARCÍA

ORDEN CONMINATORIA DICTADA POR UN TRIBUNAL DIRIGIDA A IMPEDIR LA INCOACIÓN O LA CONTINUACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ANTE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UE

2014-2015/14.- TJ, Gran Sala, Sentencia de 13 mayo 2015. Asunto C-536/13	909
	914

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS 2014-2015/15.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 16 enero 2014. Asunto C-45/13	915
DEMANDA POR INFRACCIÓN DE MODELOS COMUNITARIOS 2014-2015/16.- AP Alicante, Sección Octava, Sentencia nº 32/2014, de 13 febrero 2014	917
LITISPENDENCIA EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO 2014-2015/17.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 27 febrero 2014. Asunto C-1/13	918
¿DEBEN CONSIDERARSE COMPRENDIDAS EN LA “MATERIA CONTRACTUAL” DEL ART. 5.1º RB I, LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL, DE CARÁCTER EXTRA-CONTRACTUAL EN DERECHO NACIONAL 2014-2015/18.- TJ, Sala Séptima, Sentencia de 13 marzo 2014. Asunto C-548/12	920
Cristian ORÓ MARTÍNEZ	
DETERMINACIÓN DEL LUGAR DONDE SE HUBIERE PRODUCIDO EL HECHO DAÑOSO COMO CONSECUENCIA DE LA PARTICIPACIÓN EN UN ACTO ILÍCITO COMETIDO EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO	921
2014-2015/19.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 3 abril 2014. Asunto C-387/12	923
LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD: CONCEPTO DE DEMANDAS INTERPUESTAS ENTRE LAS MISMAS PARTES Y QUE TIENEN EL MISMO OBJETO 2014-2015/20.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 3 abril 2014. Asunto C-438/12	924
SUMISIÓN TÁCITA, DERECHOS DE DEFENSA Y COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LAS REDES DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL 2014-2015/21.- TJ, Sala Quinta, Sentencia de 11 septiembre 2014. Asunto C-112/13	925
SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN MEDIANTE LA QUE SE ACUERDA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES 2014-2015/22.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 23 octubre 2014. Asunto C-302/13	927
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE INFRACCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET 2014-2015/23.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 22 enero 2015. Asunto C-441/13	929
Observaciones de Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO	930
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
CONSUMIDOR, DOMICILIADO EN UN ESTADO MIEMBRO, QUE HA ADQUIRIDO TÍTULOS, EMITIDOS POR UN BANCO ESTABLECIDO EN OTRO ESTADO MIEMBRO, A TRAVÉS DE UN INTERMEDIARIO ESTABLECIDO EN UN TERCER ESTADO MIEMBRO	931
2014-2015/24.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 28 enero 2015. Asunto C-375/13	936
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN CONTRATOS CELEBRADOS POR UN CONSUMIDOR 2014-2015/25.- AP Madrid, Sección Vegésima, Sentencia nº 111/2015, de 24 marzo 2015	938
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS	
TÉCNICA DE ACEPTACIÓN MEDIANTE UN “CLIC” DE LAS CONDICIONES GENERALES, QUE INCLUYEN UNA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA, DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO POR VÍA ELECTRÓNICA	939

2014-2015/26.- TJ, Sala Tercera, de 21 mayo 2015. Asunto C-322/14	942
ACCIÓN CONTRA VARIOS DEMANDADOS DOMICILIADOS EN DIFERENTES ESTADOS MIEMBROS QUE HAN PARTICIPADO EN UN CÁRTEL DECLARADO CONTRARIO AL DERECHO DE LA UNIÓN	
2014-2015/27.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 21 mayo 2015. Asunto C-352/13	943
CONTRATOS	
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS	
2014-2015/28.- AP Valencia, Sección Decimoprimer, Sentencia nº 31/2014, de 5 febrero 2014 ...	945
2014-2015/29.- TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 271/2014, de 5 junio 2014	947
2014-2015/30.- TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 359/2014, de 9 julio 2014	947
2014-2015/31.- AP Palencia, Sección Primera, Sentencia nº 120/2014, de 9 septiembre 2014	948
2014-2015/32.- AP Pontevedra, Sección Sexta, Sentencia nº 569/2014, de 6 octubre 2014	950
CONTRATO SERVICIOS DE ASESORAMIENTO PARA EL REGISTRO DE DETERMINADAS MARCAS EN CHINA Y EN HONG KONG	
2014-2015/33.- AP Madrid, Sección Vigésimoprimer, Sentencia nº 99/2014, de 20 febrero 2014 .	952
CONTRATO DE PRÉSTAMO CONCLUIDO EN CHINA ENTRE NACIONALES DE ESE PAÍS SIN SOMETIMIENTO A LA LEGISLACIÓN DE OTRO	
2014-2015/34.- TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 528/2014, de 14 octubre 2014	954
LEY APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN DE LAS PARTES EN UN CONTRATO DE COMISIÓN DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS	
2014-2015/35.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 23 octubre 2014. Asunto C-305/13	955
APLICACIÓN DE LA LEY PRESENTA VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON QUE EL CONTRATO	
2014-2015/36.- AP Ourense, Sección Primera, Sentencia nº 208/2015, de 9 junio 2015	957
Eloy GAYÁN RODRÍGUEZ	
CONFUSIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES	
2014-2015/37.- AP A Coruña, Sección Sexta, Sentencia nº 168/2015, de 15 junio 2015	961
DERECHO DEL TRABAJO	
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ORDEN SOCIAL	
2014-2015/38.- TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Sexta, Sentencia nº 488/2014, de 9 junio 2014	962
2014-2015/39.- Juzgado de lo Social de Valencia Sentencia nº 316/2014, de 24 septiembre 2014 ..	963
2014-2015/40.- TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 360/2015, de 24 abril 2015	966
2014-2015/41.- TSJ Andalucía, Sala de lo Social, Sección Primera Sentencia nº 777/2015, de 14 mayo 2015	967
APLICACIÓN DE LAS LEYES LABORALES DEL PAÍS DONDE EN QUE PRESTA SERVICIOS EL PERSONAL DE EMBAJADAS, CONSULADOS, LEGACIONES, INSTITUTOS CULTURALES Y ORGANISMOS INTERNACIONALES	
2014-2014/42.- TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Cuarta, Sentencia nº 548/2014, de 18 junio 2014	968
LEY APLICABLE AL CONTRATO DE EMBARQUE	
2014-2015/43.- Juzgado de lo Social de Bilbao, Comunidad Autónoma del País Vasco, Sentencia	

nº 294/2014 de 29 septiembre 2014	969
Pilar JIMÉNEZ BLANCO	
COMPETENCIA JUDICIAL EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE ÁMBITO INTERNACIONAL	971
2014-2015/44.- TS, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 20 abril 2015	973
DERECHO MARÍTIMO	
LEY APLICABLE AL TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE	
2014-2015/45.- AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 15/2015, de 22 enero 2015	975
2014-2015/46.- AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 92/2015, de 15 abril 2015	977
2014-2015/47.- AP Madrid, Sección Vigésimotava, Sentencia nº 145/2014, de 5 mayo 2014	978
DIVORCIO Y SEPARACIÓN	
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE AL DIVORCIO	
2014-2015/48.- AP Barcelona, Sección Décimo segunda, Sentencia nº 147/2014, de 27 febrero 2014	979
2014-2015/49.- AP Barcelona, Sección Décimo segunda, Sentencia nº 260/2014, de 8 abril 2014	980
2014-2015/50.- Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, Auto nº 298/2014, de 6 junio 2014	981
2014-2015/51.- AP Huesca, Sección Primera, Sentencia nº 147/2014, de 10 julio 2014	982
2014-2015/52.- AP Barcelona, Sección Décimo segunda, Sentencia nº 665/2014, de 30 octubre 2014	983
2014-2015/53.- AP Barcelona, Sección Decimo segunda, Sentencia nº 798/2014, de 18 diciembre 2014	984
2014-2015/54.- AP Barcelona, Sección Decimotava, Sentencia nº 22/2015, de 20 enero 2015	986
2014-2015/55.- AP León, Sección Primera, Sentencia nº 38/2015, de 27 febrero de 2015	987
2014-2015/56.- AP Girona, Sección Primera, Sentencia nº 89/2015, de 22 abril 2015	989
2014-2015/57.- AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia nº 43/2015, de 27 abril 2015	991
DOCUMENTO EXTRANJERO	
DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL EXTRANJERO A LOS EFECTOS DE ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN	
2014-2015/58.- AP Barcelona, Sección Decimotava, Sentencia nº 534/2014, de 15 julio 2014	994
EXTRANJERÍA	
Pilar JIMÉNEZ BLANCO	
NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO SIN ACTIVIDAD ECONÓMICA QUE RESIDEN EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO	995
2014-2015/59.- TJ, Gran Sala, Sentencia de 11 noviembre 2014. Asunto C-333/13	998
GARANTÍAS	
OPERACIONES DE CRÉDITO DOCUMENTARIO	
2014-2015/60.- AP Almería, Sección Segunda, Sentencia nº 28/2014, de 11 febrero 2014	1000
2014-2015/61.- AP Pontevedra, Sección Sexta, Sentencia nº 132/2014, de 28 febrero 2014	1001

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EJCUCIÓN

Raúl Ignacio RODRÍGUEZ MAGDALENO

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: ACTOS <i>IURE GESTIONIS</i> Y <i>FORUM PROROGATUM</i>	1002
2014-2015/62. – TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 4605/2014, de 25 junio 2014	1005
2014-2015/63. – TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Quinta, Sentencia nº 1017/2014, de 9 diciembre 2014	1008
2014-2015/64. – AP Madrid, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 606/2014, de 15 diciembre 2014	1010
2014-2015/65. – TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Quinta. Sentencia nº 66/2015, de 2 febrero 2015	1012
2014-2015/66. – TSJ Madrid, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 210/2015, de 6 marzo 2015	1014

INSOLVENCIA

José David ORTEGA RUEDA

ACCIÓN REVOCATORIA POR INSOLVENCIA CONTRA UN DEMANDADO DOMICILIADO EN UN TERCER ESTADO	1015
2014-2015/67. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 16 enero 2014. Asunto C-328/12	1018

EJECUCIÓN DE UNA GARANTÍA FINANCIERA SOMETIDA A LA LEY LUXEMBURGUESA RESPECTO DE UNA SOCIEDAD CONCURSADA

2014-2015/68. – AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto nº 39/2014, de 3 marzo 2014	1019

DEMANDA DE COBRO POR SERVICIO DE TRANSPORTES EJERCITADA POR EL SÍNDICO DE UNA EMPRESA EN LIQUIDACIÓN

2014-2015/69. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 4 septiembre 2014. Asunto C-157/13	1023

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

OPORTUNIDAD DE APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SECUNDARIO DE INSOLVENCIA	1025
2014-2015/70. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 4 septiembre 2014. Asunto C-327/13	1027

INCOMPETENCIA DEL TJUE PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL PAGO CON CARGO A LA MASA CONCURSAL DE UN CRÉDITO IMPUGNADO

2014-2015/71. – TJ, Sala Quinta, Auto de 9 septiembre 2014. Asunto C-488/13	1030

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ

DERECHO A UNA PRESTACIÓN POR INSOLVENCIA DE TRABAJADOR DE TERCER ESTADO EN SITUACIÓN IRREGULAR	1032
2014-2015/72. – TJ, Sala Quinta, Sentencia de 5 noviembre 2014. Asunto C-311/13	1034

ACCIÓN CONTRA EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD CONCURSADA DOMICILIADO EN SUIZA

2014-2015/73. – TJ, Sala Sexta, Sentencia de 4 diciembre 2014. Asunto C-295/13	1035

LEY APLICABLE A LA ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL DE UN PAGO POSTERIOR A LA APERTURA DEL CONCURSO

2014-2015/74. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 16 abril 2015. Asunto C-557/13	1038

Observaciones de Pedro DE MIGUEL ASENSIO	1040

COMPETENCIA Y NORMAS APLICABLES PARA DETERMINAR LOS BIENES PERTENE-

CIENTES A UN PROCEDIMIENTO SECUNDARIO DE INSOLVENCIA

2014-2015/75.- TJ, Sala Primera, Sentencia de 11 junio 2015. Asunto C-649/13	1041

MATRIMONIO

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

2014-2015/76.- AP Madrid, Sección Vigésimo segunda, Sentencia nº 256/2014, de 18 marzo 2014	1043
2014-2015/77.- AP Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 409/2014, de 30 octubre 2014	1044

NULIDAD DEL MATRIMONIO

2014-2015/78.- AP Zamora, Sección Primera, Sentencia nº 18/2015, de 5 febrero 2015	1045

MENORES

TRASLADO INTERNACIONAL DE MENORES Y EVENTUAL SUSTRACCIÓN

2014-2015/79.- AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 101/2014, de 12 febrero 2014 .	1046
2014-2015/80.- AP Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 238/2014, de 1 abril 2014	1048
2014-2015/81.- AP Granada, Sección Quinta, Sentencia nº 201/2014, de 16 mayo 2014	1050
2014-2015/82.- AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 388/2014, de 2 junio 2014	1052
2014-2015/83.- TSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto de 19 junio 2014	1052
2014-2015/84.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 9 octubre 2014. Asunto C-376/14 PPU	1053
2014-2015/85.- AP Sevilla, Sección Segunda, Sentencia nº 570/2014, de 3 diciembre 2014	1056
2014-2015/86.- AP Sevilla, Sección Segunda, Sentencia nº 581/2014, de 9 diciembre 2014	1057
2014-2015/87.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 9 enero 2015. Asunto C-498/14 PPU	1059
2014-2015/88.- AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto de 31 marzo 2015	1061

ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS RELATIVAS A LA GUARDA, CUSTODIA Y ALIMENTOS DE LOS MENORES

2014-2015/89.- AP Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 339/2014, de 31 marzo 2014	1063
2014-2015/90.- AP Barcelona, Sección Décimo segunda, Sentencia nº 577/2014, de 30 septiembre de 2014	1063

RESPONSABILIDAD PARENTAL: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

2014-2015/91.- TJ, Sala Segunda, Sentencia de 1 octubre 2014. Asunto C-436/13	1064
2014-2015/92.- TJ, Sala Tercera Sentencia de 12 noviembre 2014. Asunto C-656/13	1066
2014-2015/93.- AP Barcelona, Sección Decimoctava, Auto nº 58/ 2015, de 20 febrero 2015	1068
2014-2015/94.- AP Barcelona, Sección Decimoctava, Auto nº 161/ 2015, de 20 mayo 2015 .	1069
2014-2015/95.- AP Guipúzcoa, Sección Segunda, Sentencia nº 94/2014, de 22 mayo 2014	1070

ACEPTACIÓN DE LA ADHESIÓN DE UN ESTADO TERCERO AL CONVENIO DE LA HAYA EL 25 OCTUBRE 1980, ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

2014-2015/96.- Dictamen 1/13 del TJ, Gran Sala, de 14 octubre 2014	1072

PERSONA Y ESTADO CIVIL

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE DATOS PERSONALES RESPECTO DE BUSCADORES DE INTERNETS

2014-2015/97.- TJ, Gran Sala, Sentencia de 13 mayo 2014. Asunto C-131/12	1076
Observaciones de Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO	1080

PROCESO

NOTIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2014-2015/98.-TJ, Sala Primera, Sentencia de 11 junio 2015. Asuntos acumulados C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13	1082
PROCESO MONITORIO EUROPEO	
REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO DECLARADO EJECUTIVO	
2014-2015/99.- TJ, Sala Tercera, Sentencia de 4 septiembre 2014. Asuntos acumulados C-119/13 y C-120/13	1084
PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL	
PROTECCIÓN DE MONOGRAMA COMO OBRA ARTÍSTICA PROTEGIDA POR EL DERECHO MEXICANO QUE ES EL APLICABLE POR SER EL MÁS BENEFICIOSO	
2014-2015/100.- Juzgado de lo Mercantil de Madrid, Sentencia nº 2/2014, de 9 enero 2014	1086
COMERCIALIZACIÓN DE MERCANCÍAS FALSIFICADAS Y MEDIDAS ADUANERAS	
2014-2015/101.-TJ, Sala Segunda, Sentencia de 6 febrero 2014. Asunto C-98/13	1089
Observaciones de Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO	1091
REQUERIMIENTO JUDICIAL DIRIGIDO A UN PROVEEDOR DE ACCESO A INTERNET PROHIBIÉNDOLE CONCEDER A SUS CLIENTES ACCESO A UN SITIO DE INTERNET	
2014-2015/102.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 27 marzo 2014. Asunto C-314/12	1093
COMPETENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE VIOLACIÓN DE MARCA	
2014-2015/103.- TJ, Sala Cuarta, Sentencia de 5 junio 2014. Asunto C-360/1	1094
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES	
DECISIONES DE CONDENA DE CANTIDAD EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	
2014-2015/104.- AP Girona, Sección Primera, Sentencia nº 8/2014 de 13 enero 2014	1096
DECISIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	
2014-2015/105.- AP Málaga, Sección Sexta, Auto nº 108/2014, de 11 junio 2014	1098
POSIBILIDADES DE FUNDAMENTACIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN EN PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA	
2014-2015/106.- TS , Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 573/2014, de 16 octubre 2014	1099
RECHAZO DE LA REBELDÍA POR CONVENIENCIA EN EL EXECUTUR	
2014-2015/107.- AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 328/2015 de 15 mayo 2015	1101
RESPONSABILIDAD	
RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE AÉREO	
2014-2014/108.- TS , Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 649/2014, de 13 enero 2014	1102
Observaciones de Mónica HERRANZ BALLESTEROS	1106
ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA	
2014-2015/109.- AP Pontevedra, Sección Sexta, Sentencia nº 293/2014, de 16 mayo 2014 ...	1108
SOCIEDADES	
RÉGIMEN DE EXENCIÓN APLICADO A LOS DIVIDENDOS DISTRIBUIDOS POR SOCIEDADES QUE SON RESIDENTES DE OTRO ESTADO MIEMBRO QUE LA SOCIEDAD BE-	

NEFICIARIA O DE UN TERCER ESTADO	
2014–2015/110. – TJ, Sala Primera, Sentencia de 11 septiembre 2014. Asunto C–47/12	1112
Observaciones de Rafael ARENAS GARCÍA	1114
FUSIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA	
2014–2015/111. – TJ, Sala Quinta, Sentencia de 5 marzo 2015. Asunto C–343/13	1117
Observaciones de Rafael ARENAS GARCÍA	1118
SUCESIONES	
Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	
NOTA INTRODUCTORIA	1120
2014–2015/112. – Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Las Palmas, Sentencia nº 574/2013, de 7 enero 2014	1125
2014–2015/113. – TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 624/2013 de 28 abril 2014	1126
2014–2015/114. – AP Málaga, Sección Quinta, Sentencia nº 222/2014, de 27 mayo 2014	1128
2014–2015/115. – AP Málaga, Sección Cuarta, Sentencia nº 250/2014, de 30 mayo 2014	1130
2014–2015/116. – AP Málaga, Sección Quinta, Sentencia nº 400/2014, de 30 septiembre 2014	1134
2014–2015/117. – TS, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 490/2014 de 12 enero 2015 ..	1136
TRANSPORTES	
TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA	
2014–2015/118. – Juzgado de lo Mercantil de Granada Sentencia de 22 abril 2014	1137
2014–2015/119. – AP Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 268/2014, de 24 julio 2014	1139
RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO	
2014–2015/120. – AP Madrid, Sección Vigésimoctava, Sentencia nº 125/2014, de 21 abril de 2014	1140
2014–2015/121. – AP Madrid, Sección Octava, Sentencia nº 181/2014, de 6 junio 2014	1147
2014–2015/122. – AP Madrid, Sección Octava, Sentencia nº 55/2015, de 20 febrero 2015	1152

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Coordinación de Rafael ARENAS GARCÍA y Albert FONT I SEGURA

NOTA INTRODUCTORIA	1157
Albert FONT I SEGURA	
APLICACIÓN DIRECTA DE LA LEY CORRESPONDIENTE A LA VECINDAD CIVIL	
AP Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 7 enero 2014	1159
AP Valencia, Sección Octava, Sentencia de 15 enero 2014	1160
TS, Sección Primera, Auto de 11 febrero 2014	1160
AP Zaragoza, Sección Quinta, Sentencia de 11 febrero 2014	1160
AP Logroño, Sección Segunda, Sentencia de 7 abril 2014	1161
AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 7 abril 2014	1161
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 15 abril 2014	1161
AP Almería, Sección Segunda, Sentencia de 25 junio 2014	1162
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 27 junio 2014	1162

AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 3 julio 2014	1162
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 7 julio 2014	1163
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 15 julio 2014	1163
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 16 octubre 2014	1163
AP Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 4 noviembre 2014	1164
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 10 noviembre 2014	1164
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 27 noviembre 2014	1165
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 11 diciembre 2014	1165

Rafael ARENAS GARCÍA

CRISIS MATRIMONIALES, RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD

PARENTAL	1165
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 23/2014, de 14 enero 2014	1169
AP Zaragoza, Sección Segunda, Sentencia nº 21/2014, de 21 enero 2014	1170
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 94/2014, de 12 febrero 2014	1171
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 129/2014, de 21 febrero 2014	1173
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 231/2014, de 27 marzo 2014	1174
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia nº 43/2014, de 15 abril 2014	1174
AP Barcelona, Sección Decimonovena, Sentencia nº 191/2014, de 14 mayo 2014	1177
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 316/2014, de 14 mayo 2014	1178
AP Girona, Sección Primera, Sentencia nº 184/2014, de 10 junio 2014	1178
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 376/2014, de 11 junio 2014	1179
AP Almería, Sección Segunda, Sentencia nº 170/2014, de 25 junio 2014	1179
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 434/2014, de 27 junio 2014	1180
AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 236/2014, de 11 julio 2014	1181
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 513/2014, de 25 julio 2014	1181
AP Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 277/2014, de 1 septiembre 2014	1181
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 539/2014, de 4 septiembre 2014	1181
TSJ de Aragón, Sala Civil y Penal, Sentencia nº 30/2014, de 27 septiembre 2014	1182
AP Sevilla, Sección Segunda, Sentencia nº 433/2014, de 29 septiembre 2014	1182
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 622/2014, de 16 octubre 2014	1183
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 675/2014, de 4 noviembre 2014	1183
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 371/2014, de 5 diciembre 2014	1183
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 780/2014, de 11 diciembre 2014	1184
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 833/2014, de 30 diciembre 2014	1184

Albert FONT I SEGURA

SUCESIONES INTERTERRITORIALES	1185
AP Valencia, Sección Octava, Sentencia de 15 enero 2014	1187
TS, Sección Primera, Auto de 11 febrero 2014	1188
AP Zaragoza, Sección Quinta, Sentencia de 11 febrero 2014	1188
AP Logroño, Sección Segunda, Sentencia de 7 abril 2014	1188
AP Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia de 11 junio 2014	1189
AP Barcelona, Sección Decimotercera, Sentencia de 30 junio 2014	1189
AP Girona, Sección Segunda, Sentencia de 1 octubre 2014	1189
AP Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 16 octubre 2014	1190
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 24 octubre 2014	1190
AP Girona, Sección Primera, Sentencia de 13 noviembre 2014	1191

Miguel GARDEÑES SANTIAGO

PAREJAS DE HECHO Y PENSIONES DE VIUDEDAD: SIGUIENDO EL CAMINO MARCADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	1191

TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 2987/2014, de 22 abril 2014	1194
TSJ Andalucía, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 1095/14, de 28 mayo 2014	1194
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 4543/2014, de 23 junio 2014	1195
TSJ Castilla-León, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 975/2014, de 26 junio 2014	1195
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 8218/2014, de 21 julio 2014	1196
TSJ Castilla-León, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 01143/2014, de 23 julio 2014 ...	1197
TSJ Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 7153/2014, de 28 octubre 2014	1197
TSJ Andalucía, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 2385/14, de 10 diciembre 2014	1199
Ricardo ESTEBAN LEGARRETA	
VECINDAD CIVIL, RESIDENCIA Y ACCESO A LA CARTERA AUTONÓMICA DE ASISTEN- CIA SANITARIA	1201
TSJ de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), Sentencia de 6 febrero 2014	1203
José Antonio FERNÁNDEZ AMOR	
RÉGIMEN TRIBUTARIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	1204
TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso, Resolución nº 393/2014 de 8 mayo 2014	1206
José Antonio FERNÁNDEZ AMOR	
RESIDENCIA HABITUAL A EFECTOS FISCALES Y CARGA DE LA PRUEBA	1208
TSJ Madrid. Sala de lo Contencioso. Sentencia de nº 222/2014, de 13 febrero 2014	1210
Albert FONT I SEGURA	
SUPUESTOS INTERNACIONALES EN LOS QUE DEBE DETERMINARSE EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL APLICABLE	1211
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 14 enero 2014	1214
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 21 febrero 2014	1214
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 24 marzo 2014	1214
AP Tarragona, Sección Tercera, Sentencia de 29 abril 2014	1215
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 14 mayo 2014	1215
AP Valencia, Sección Décima, Sentencia de 2 junio 2014	1215
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 3 julio 2014	1216
AP Girona, Sección Segunda, Sentencia de 1 octubre 2014	1216
AP Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 24 octubre 2014	1217
AP Alicante, Sección Novena, Sentencia de 29 octubre 2014	1217
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 31 octubre 2014	1218
AP Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 5 diciembre 2014	1219
AP Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 30 diciembre 2014	1220

DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinación de Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

ADOPCIÓN

Nuria MARCHAL ESCALONA

DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPA- ÑOL DE UNA ADOPCIÓN CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO	1223

2014-2015/DGRN/1. – Resolución (77ª) de 3 enero 2014	1228
2014-2015/DGRN/2. – Resolución (18ª) de 17 febrero 2014	1229
2014-2015/DGRN/3. – Resolución (56ª) de 11 abril 2014	1231

NACIONALIDAD

REMISIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2014-2015/DGRN/4. – Instrucción 13 mayo 2015	1232

SUCESIONES

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

ADJUDICACIÓN DE LA HERENCIA DE NACIONALIDAD BRITÁNICA. REENVÍO	1233
2014-2015/DGRN/5. – Resolución de 13 agosto 2014	1236

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Coordinación de Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

CONSEJO DE ESTADO

ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

2014-2015/Doc/1. – Dictamen del Consejo de Estado nº 236/2015 (Justicia), de 26 marzo 2015	1243

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA SOBRE INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS Y DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CON SEDE EN ESPAÑA Y SOBRE RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES APLICABLES A CONFERENCIAS Y REUNIONES INTERNACIONALES CELEBRADAS EN ESPAÑA

2014-2015/Doc/2. – Dictamen del Consejo de Estado nº 693/2015 (Asuntos Exteriores y de Cooperación), de 23 julio 2015	1263

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

2014-2015/Doc/3. – Informe del Consejo General del Poder Judicial de 27 junio 2014	1277

ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

2014-2015/Doc/4. – Informe del Consejo General del Poder judicial de 30 septiembre 2014	1283

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO SOBRE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2014-2015/Doc/5. – Informe del Consejo General del Poder Judicial de 30 septiembre 2014	1286

ANTEPROYECTO DE LO SOBRE INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS Y DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CON SEDE U OFICINA EN ESPAÑA Y SOBRE EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES APLICABLES A CONFERENCIAS Y REUNIONES INTERNACIONALES CELEBRADAS EN ESPAÑA

2014-2015/Doc/6. – Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 mayo 2015	1288

ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE RESTITUCIÓN DE BIENES CULTURALES QUE HAYAN SALIDO DE FORMA ILEGAL DEL TERRITORIO ESPAÑOL O DE OTRO ES-

TADO MIEMBRO DE LA UNION EUROPEA

2014–2015/Doc/7. – Informe del Consejo General del Poder Judicial de 25 junio 2015	1299

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

2014–2015/Doc/8. – Informe del Consejo Fiscal de 25 septiembre 2014	1308

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO SOBRE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2014–2015/Doc/9. – Informe del Consejo Fiscal de 25 septiembre 2014	1314

ANTEPROYECTO DE LO SOBRE INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS Y DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CON SEDE Y OFICINA EN ESPAÑA Y SOBRE EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES APLICABLES A CONFERENCIAS Y REUNIONES INTERNACIONALES CELEBRADAS EN ESPAÑA

2014–2015/Doc/10. – Informe del Consejo Fiscal de 27 mayo 2015	1317

ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE RESTITUCION DE BIENES CULTURALES QUE HAYAN SALIDO DE FORMA ILEGAL DEL TERRITORIO ESPAÑOL O DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UNION EUROPEA.

2014–2015/Doc/11. – Informe del Consejo Fiscal de 3 julio 2015	1322

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO SOBRE LA ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2014–2015/Doc/12. – Informe del Consejo Fiscal de 24 julio 2015	1323

MINISTERIOS

MINISTERIO DE DEFENSA

2014–2015/Doc/13. – Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del RD 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios	1330

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

2014–2015/Doc/14. – Orden ECC/1758/2014, de 23 de septiembre, por la que se modifica la Orden EHA/2264/2010, de 20 de julio, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuerdos para las elecciones municipales	1330

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

2014–2015/Doc/15. – Resolución de 3 marzo 2014, de la Secretaría General de Universidades, por la que se modifican los anexos I y IV de la Orden EDU/1161/2010, de 4 de mayo, por la que se establece el procedimiento para el acceso a la Universidad española por parte de los estudiantes procedentes de sistemas educativos a los que es de aplicación el art. 38.5 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación	1331

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

2014–2015/Doc/16. – Resolución de 23 diciembre 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional taurino	1331

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2014–2015/Doc/17. – Orden HAP/865/2014, de 23 de mayo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de	

rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 diciembre 2013, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación electrónica	1332
2014-2015/Doc/18. — Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290	1332
2014-2015/Doc/19. — Orden HAP/1608/2014, de 4 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 187, de declaración informativa de acciones o participaciones representativas del capital o del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva y del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en relación con las rentas o ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de esas acciones o participaciones y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación	1332
2014-2015/Doc/20. — Resolución de 10 octubre 2014, de la Dirección General de Ordenación del Juego, por la que, de conformidad con el art. 17 del RD 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego, se establece el procedimiento de solicitud y otorgamiento de las Licencias Singulares para el desarrollo y explotación de los distintos tipos de actividades de juego	1333
2014-2015/Doc/21. — Orden HAP/2487/2014, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación y otras normas referentes a la tributación de no residentes, y otras normas tributarias	1334
2014-2015/Doc/22. — Orden HAP/523/2015, de 25 de marzo, por la que se modifica la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades en régimen de consolidación fiscal estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y la Orden HAP/2055/2012, de 28 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática	1334
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA	
2014-2015/Doc/23. — Orden PRE/1224/2014, de 14 de julio, por la que se habilita el aeropuerto de Badajoz como puesto fronterizo	1334
2014-2015/Doc/24. — Orden PRE/1596/2014, de 5 de septiembre, por la que se habilita el aeropuerto de San Sebastián como paso fronterizo	1335
2014-2015/Doc/25. — Orden PRE/1665/2014, de 12 de septiembre, por la que se habilita el aeropuerto de Burgos como paso fronterizo	1335
2014-2015/Doc/26. — Resolución de 13 octubre 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados	1335

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

ACTOS Y DOCUMENTOS	1353
ADOPCIÓN	1353
APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO	1353
ARBITRAJE Y MASC	1354
BANCA Y MERCADOS FINANCIEROS	1357
BIENES	1358
CODIFICACIÓN INTERNA E INTERNACIONAL	1358
FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (coord.), ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ANCEL, B., DÁVALOS FERNÁNDEZ y DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (dirs.), <i>Armonización del Derecho interna- cional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean</i> , Madrid, 2015	1359
COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	1361
CONSUMIDORES	1362
CONTRATOS	1363
COOPERACIÓN INTERNACIONAL	1365
DERECHO APLICABLE	1365
DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES	1365
DERECHO DEL TRABAJO	1366
DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	1366
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	1367
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA	1367
DERECHO INTERTERRITORIAL	1367
DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL	1368
DERECHO PENAL INTERNACIONAL	1369
DERECHOS FUNDAMENTALES	1369
DIVORCIO Y SEPARACIÓN	1370
ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA	1371
ESPACIO JUDICIAL EUROPEO	1371
EXTRANJERÍA	1372
TOMÉ GARCÍA, J.A.: <i>Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo Reglamento de los CIE</i> , Madrid, 2014 (Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS)	1374
FAMILIA	1377
FILIACIÓN	1377
GARANTÍAS	1378
INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN	1378
INSOLVENCIA	1378
INTERNET Y COMERCIO ELECTRÓNICO	1381
INVERSIONES	1381
LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL	1383
ANTÓN JUÁREZ, I.: <i>La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea</i> , Madrid, 2015 (Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ)	1383
MATRIMONIO	1385
MENORES	1386

NACIONALIDAD	1386
PERSONA Y ESTADO CIVIL	1387
PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL	1387
RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS	1388
RESPONSABILIDAD	1389
SOCIEDADES	1389
SUCESIONES	1390
RODRÍGUEZ-URIA SUÁREZ, I.: <i>La ley aplicable a los pactos sucesorios</i> , Santiago de Compostela, 2014 (Albert FONT I SEGURA)	1393
TÍTULOS VALORES	1396
TRANSPORTES	1397
BELINTXON MARTÍN, U.: <i>Derecho europeo y transporte internacional por carretera</i> , Cizur Menor, 2015 (Carlos GÓRRIZ LÓPEZ)	1397

BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

BERGÉ, J.S., FRANQ, S. Y GARDEÑES SANTIAGO, M. (eds.): <i>Boundaries of European Private International Law– Les frontières du droit international privé européen– Las fronteras del Derecho internacional privado europeo</i> , Bruselas, 2015 (Marta REQUEJO ISIDRO)	1401
GUINCHARD, E. (dir.): <i>Le nouveau Règlement Bruxelles I bis</i> , Bruselas, 2014 (Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO)	1402
MITSDÖRFFER, S.: <i>Sicherungsrechte an Schutzrechten</i> , Tübinga, 2014, (Briseida S. JIMÉNEZ GÓMEZ)	1403

ESTUDIOS

LA INFLUENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

Burkhard HESS *

SUMARIO: I. Introducción. II. La protección de los standards mínimos. El régimen de reconocimiento del sistema “Bruselas”, la CEDF y el ECHR. 1. La perspectiva del Derecho de la UE: la confianza recíproca. 2. La perspectiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la responsabilidad de los Estados contratantes. III. Las garantías pertinentes. 1. El art. 8 CEDH y los arts. 7 y 24 CEDF. 2. Los arts. 6 y 13 CEDH y el art. 47 CEDF. IV. Coordinación y enfrentamiento entre los Tribunales Europeos. 1. La jurisprudencia del TEDH: *Povse I* y *Avotins I*. 2. El Dictamen 2/2013 del TJUE. V. Futuros desarrollos. 1. TEDH: *Povse II* y *Avotins II*. 2. El diálogo sostenido entre Luxemburgo y Estrasburgo.

RESUMEN: Durante la última década la influencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en el Derecho Procesal Europeo ha ido en constante aumento. Contrastando la perspectiva del Derecho de la Unión Europea con el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, este artículo aborda a la relación entre ambos sistemas reglamentarios, así como entre el TEDH y el TJUE. Se abordan en detalle dos decisiones recientes, *Povse c. Austria* y *Avotins c. Letonia*; en este contexto se plantea la cuestión de si, y en qué medida, el TEDH actuará en el futuro como una “cuarta instancia” para la revisión de decisiones en materia de Derecho Internacional Privado (incluidas las dictadas por el TJUE). El Dictamen 2/2013 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos muestra las reticencias del TJ en relación con el control operado por el tribunal de Estrasburgo.

PALABRAS CLAVE: TEDH – CFR – REGLAMENTO BRUSELAS I BIS – REGLAMENTO BRUSELAS II BIS – DERECHO PROCESAL EUROPEO – JURISPRUDENCIA – CONFIANZA MUTUA.

ABSTRACT: *The Influence of European Court of Human Rights in the European Civil Procedural Law*

During the last decade the influence of the European Court of Human Rights on the European law of civil procedure has grown constantly. By contrasting the perspective of the European Union Law with the European Court of Human Rights, this article addresses the relationship between both regulatory systems as well as the between the courts. Two recent key decisions, Povse v. Austria and Avotins v. Letonia are explained in detail. In this context, the question arises whether and to what extent the ECtHR act in future kind of as a court of “forth instance” reviewing decisions in European private international law (including those given by the CJEU). However, the Opinion 2/2013 on the accession of the

* Max Planck Institute Luxembourg.

European Union to the European Convention on Human Rights demonstrates a reluctance of the CJEU regarding the control of the Strasbourg Court.

KEYWORDS: *ECTHR – CFR – ECJ – BRUSSELS I BIS – BRUSSELS II BIS – EUROPEAN PROCEDURAL LAW – CASE LAW – MUTUAL TRUST.*

I. Introducción

El Derecho internacional privado (DIPr) se ha convertido en un área de regulación compleja. En la última década se han adoptado en la UE un buen número de instrumentos de la UE relativos a Derecho internacional privado y Derecho procesal en materia civil y mercantil, derecho de familia, insolvencia y sucesiones¹. Estos instrumentos, que complementa la legislación nacional de implementación, son el núcleo duro del Derecho privado en Europa. A esta capa normativa se suma otra, consistente en convenios internacionales relativos principalmente a relaciones con terceros Estados, en ámbitos jurídicos restringidos. Son ejemplos prominentes el Convenio de Lugano² y el Convenio de La Haya de 1980³ sobre sustracción internacional de menores.

El Derecho positivo de la UE en materia de Derecho internacional privado se sustenta y debe obedecer a principios constitucionales, lo que incluye los derechos fundamentales. Nuevamente encontramos aquí varios niveles de regulación: en las Constituciones de los Estados miembros, en las libertades fundamentales y los principios generales del Derecho de la UE, y en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF), así como, en el contexto internacional, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Algunos aparecen también en Derecho derivado de la UE. En el ámbito del DIPr, en particular en el contexto de la litigación transfronteriza, son principios esenciales la confianza recíproca y el reconocimiento mutuo, la certeza legal, el acceso a los tribunales, el derecho a ser oído, la igualdad de armas, el interés del menor, y la equidad procesal⁴. La mayoría de estos principios tienen un alcance más amplio por cuanto se aplican también a los supuestos domésticos; sin embargo, han experimentado un desarrollo propio en el contexto de la litigación transfronteriza al amparo de los instrumentos de la UE.

¹ Se puede ver una evaluación en B. Hess, “The State of the Civil Justice Union”, Hess/Storsskrub (ed.), *The Civil Justice Union*, pendiente de publicación.

² Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, [2007] DO L 339/3.

³ Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt37en.pdf>.

⁴ B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, C.F. Müller, 2010, § 4 II, párrs. 2 ss (a partir de ahora B. Hess, 2010).

La complejidad del marco regulatorio se refleja en la pluralidad de jurisdicciones que se ven implicadas –al menos potencialmente– en casos transfronterizos. Por supuesto, el proceso da comienzo ante los tribunales nacionales de un Estado miembro⁵, pero la última palabra en la interpretación de los textos la tienen otros tribunales, como el Tribunal de Justicia de la UE (TJ), o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁶. Hay una diferencia esencial entre el juez ordinario y el especializado: el primero controla y decide sobre la controversia (y, finalmente, es responsable de su resultado), los segundos sólo abordan aspectos específicos del problema (cuestiones de Derecho europeo, o Derecho constitucional y de derechos fundamentales). La cuestión prejudicial del art. 267 TFUE proporciona un buen ejemplo: El TJ sólo se ocupa de la interpretación (en su caso, de la validez) del Derecho europeo; no decide en cuanto al fondo del asunto. Lo mismo cabe decir del control por los tribunales constitucionales nacionales, o por parte del TEDH, cuyo análisis del caso es limitado y se produce a la luz de los principios constitucionales e internacionales sobre los derechos fundamentales⁷. Como consecuencia de lo anterior la perspectiva de dichos tribunales en relación con supuestos transfronterizos difiere de la del juez doméstico: el DIPr que los regula no es abordado en tanto que área jurídica compleja y exhaustiva en sí misma, sino como un área más junto a otras sobre la que se proyecta determinado principio constitucional o fundacional. La aplicación de un principio general del Derecho de la UE o de derechos fundamentales convencionales al DIPr se produce desde esta perspectiva amplia⁸.

En las siguientes páginas voy a intentar mostrar cómo las diferentes perspectivas aludidas impregnan el DIPr de la UE. Recientemente el Tribunal de Estrasburgo tuvo que pronunciarse a propósito varios supuestos en los que era aplicable el Reglamento Bruselas II bis⁹ y el Reglamento Bruselas I bis¹⁰. Mi intención es anali-

⁵ Normalmente participan dos tribunales: el órgano jurisdiccional de origen, que adopta la decisión, y el órgano jurisdiccional requerido para ejecutar la decisión o para apoyar el procedimiento en el extranjero.

⁶ Los tribunales constitucionales de los estados miembros de la Unión Europea se encuentran (con variantes) en una situación parecida.

⁷ Instructivo, A. Nussberger, “Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis on the Basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law”, en Seibert/Villiger (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, 2015, pp. 165 ss.

⁸ A nuestro juicio esta situación no ha sido suficientemente estudiada en la literatura jurídica. Un ejemplo es P. Beaumont y L. Walker, “Shifting the balance achieved by the Abduction Convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 7, 2011, pp. 231 ss, esp. p. 238: “The ECtHR (...) needs to be careful when applying human rights to international instruments (...) to ensure that the Abduction Convention is interpreted correctly”.

⁹ La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Estrasburgo ha sido analizada y comentada por P. Beaumont, K. Trimmings, L. Walker, J. Holiday, “Child Abduction, Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 64, 2015, p. 39.

zar hasta qué punto las respuestas de los tribunales europeos implicados (el de Luxemburgo y el de Estrasburgo) acusan la influencia de las relaciones entre el Derecho de la UE y el CEDH, y del “diálogo” que tales tribunales mantienen entre sí.

II. La protección de estándares mínimos. El régimen de reconocimiento del sistema “Bruselas”, la CEDF y el CEDH

1. La perspectiva del Derecho de la UE: confianza recíproca

En el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, la libre circulación de decisiones judiciales es un elemento clave de la cooperación entre tribunales domésticos en materia civil. A lo largo de los últimos quince años una de las prioridades políticas del legislador europeo, de carácter general, ha sido la abolición de cualquier declaración de ejecutabilidad o procedimiento de revisión. No obstante su implementación en la práctica se ha llevado a cabo conforme a distintos enfoques según el instrumento europeo considerado. En este sentido, la ejecución directa de la orden de devolución de un menor conforme a los arts. 11 y 42 RB II bis es el ejemplo de mayor eficiencia¹¹. El tribunal requerido no puede revisar la orden a él dirigida e identificar motivos de no-reconocimiento: ni siquiera el interés del menor o el orden público¹². Estas cuestiones, cubiertas por la protección que depara la CEDF, son analizadas por el tribunal de origen, que debe informar al requerido de que el análisis pertinente al respecto se ha llevado a cabo¹³.

Un ejemplo muy discutido es el asunto *Aguirre / Simone Pelz*. En este caso hispano-alemán¹⁴ el TJ decidió que el derecho a ser oído no obliga al tribunal que conoce sobre el fondo a examinar directamente al menor (personalmente o por video-conferencia)¹⁵ si el niño ha tenido la oportunidad de expresar sus preferencias al juez requerido y a un psicólogo y el tribunal a cargo del proce-

¹⁰ Reglamento n° 44/2001, sustituido por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), [2012] DO L 351/1.

¹¹ B. Hess, 2010, § 7 IV, párrs. 87 ss.

¹² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el reglamento (CE) n° 1347/2000, [2003] DO L 338/1.

¹³ TJUE, as. C-95/08 PPU, EU:C:2008:406, *Rinau*, párr. 89.

¹⁴ El niño, residente en España, fue trasladado a Alemania. Cuando el padre solicitó la devolución con arreglo a los arts. 11 (8) y 42 del reglamento Bruselas IIbis, el tribunal alemán preguntó el TJUE si podría revisar la decisión española al respecto. El TJUE respondió en sentido negativo: el tribunal requerido tiene la obligación de ceñirse a lo estipulado en el art. 11.8° del Reglamento.

¹⁵ El Cdo n° 20 RB II bis alude al Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas.

so principal recibe información completa al respecto¹⁶. Dicho esto, el TJ se refirió al texto del art. 11 (8) RB II bis y rechazó que el tribunal requerido tenga cualquier deber de control sobre la decisión de devolución antes de ejecutarla¹⁷. En otras palabras: el tribunal requerido debe limitarse a devolver al menor al tribunal requirente¹⁸.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del derecho de familia, el enfoque del Reglamento Bruselas I y del Reglamento Bruselas I refundido es más modesto. Conforme a este reglamento la decisión extranjera es ejecutada automáticamente (art. 39 RB I bis), pero se mantiene su revisión, aun restringida, por parte de los tribunales del Estado miembro requerido. Los motivos de no reconocimiento están limitados de forma estricta (art. 45 RB I bis)¹⁹ y entran en juego sólo si el deudor los activa (art. 47 RB I bis)²⁰. Tales motivos están relacionados con garantías constitucionales previstas en la CEDF y el TJ los ha interpretado constantemente como directamente ligados a los derechos fundamentales europeos²¹.

Desde el punto de vista de la técnica regulatoria aplicada, el Derecho de la UE concibe la ejecución transfronteriza de decisiones judiciales en materia civil y de familia de una forma en la que la responsabilidad principal de respetar los derechos fundamentales descansa sobre el tribunal que emite la senten-

¹⁶ STJUE, as. C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, *Aguirre Zaraga c. Pelz*, párrs. 59 – 67. Una opinión diferente en *Beaumont/Walker*, 241 ss., quienes aseveran que el derecho a ser oído requiere contacto directo entre el juez requerido con el niño. No obstante, estos autores no abordan la situación específica de la situación de devolución. En esta constelación el juez que decide y el niño (secuestrado) están normalmente en estados miembros diferentes; dado que la orden de devolución no es más que una medida provisional, un examen del niño (por parte también del juez requerido, como ocurrió en *Pelz*) podría ser suficiente. En cuanto a la decisión sobre el fondo (acerca de la responsabilidad parental) la comprobación del juez apoyado por un psicólogo experto es sin lugar a dudas necesaria.

¹⁷ STJUE, as. C-491/10 PPU, EU:C:2010:828, *Aguirre Zaraga*, párrs. 49 y 50: “[...] el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución no puede sino constatar la fuerza ejecutiva de una resolución certificada de este modo [...] sólo cabe iniciar un procedimiento de rectificación del certificado expedido por el juez de origen conforme a la normativa del Estado miembro de origen [...] todo recurso contra la expedición de un certificado con arreglo al artículo 42 del reglamento nº 2201/2003, salvo el procedimiento de rectificación contemplado en el artículo 43, apartado 1, de éste, queda excluido, incluso en el Estado miembro de origen”.

¹⁸ M. Bogdan, “Some Reflections on the Treatment by the ECtHR of the Hague Convention on Civil Aspects of Child Abduction”, *Liber amicorum A. Borrás, marcial Pons*, 2013, pp. 231 ss, p. 215: “One might say that the best interest of the abducted child is by the Hague Convention given less weight than the collective interest of children in deterring future abduction”.

¹⁹ P. Schlosser, B. Hess, “Art. 45”, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 4ª edición, 2015, párr. 1.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ TJUE, as. C-7/98, EU:C:2000:164, *Krombach*; as. C-394/07, EU:C:2009:219, *Gambazzi*; as. C-420/07, EU:C:2009:271, *Apostolides*; B. Hess, 2010, § 6 II, párrs. 199 ss., 203; M. Requejo Isidro, “On Exequatur And The ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR (zu ECtHR, 25.2.2014– nº 17502/07 Avotiņš v. Latvia)”, *IPRax*, 2015, pp. 69–74, p. 69 ss..

cia. Como consecuencia la situación para los litigantes es del tipo “ventanilla única” (“*one stop shop*”): sus derechos son determinados por el tribunal competente de un Estado miembro del que se espera que respete y haga respetar las garantías fundamentales de la CEDF y el Derecho de la UE. La presunción general de que los derechos fundamentales y el estado de derecho son respetados en toda la UE se basa en un principio fundacional: la confianza mutua²². Este principio no es exclusivo del DIPr y del Derecho procesal de la UE: preside también la cooperación judicial y administrativa en materia penal²³ y de asilo (bajo el Convenio de Dublín y el reglamento)²⁴. En virtud de su amplio alcance el principio es flexible, lo que posibilita que se adapte a las diferentes áreas del Derecho sobre las que se proyecta²⁵.

2. La perspectiva del TEDH: responsabilidad de todos los Estados contratantes

De acuerdo con jurisprudencia constante del TEDH, todos los Estados contratantes están obligados a garantizar el respeto de los derechos y garantías fundamentales del CEDH. En supuestos transfronterizos los tribunales de los dos Estados implicados deben respetar el Convenio: el tribunal del Estado de origen en el marco del procedimiento que termina en la decisión; el tribunal del Estado requerido, cuando procede a su ejecución. En cambio, este doble control no existe en los instrumentos de la UE que se apoyan en la confianza recíproca, y que en consecuencia prevén un control único en el Estado miembro de origen y la directa ejecución el requerido. Bajo el CEDH la cuestión es

²² Según la definición del TJUE la confianza mutua “requiere”, en particular con respeto al espacio de seguridad, libertad y justicia, que cada estado miembro considere que todos los demás cumplen con el ordenamiento europeo, y en particular con los derechos fundamentales reconocidos por este; TJUE, dictamen 2/13, EU:C:2014:2454, párr. 191.

²³ STJUE, as. C-261/09: *Mantello*, EU:C:2010:683; as. C-398/12, *M*, ECL:C:2014:1057 (*ne bis in idem*).

²⁴ Convenio de Dublín relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, 1997, DO C 254/1 de 19.8. 1997, sustituida por el Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo de 18 febrero 2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, 2003 DO (L50) (“Dublín II”), y finalmente sustituido por el Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 26 junio 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (texto refundido) (aplicable desde el 1 enero 2014).

²⁵ K. Lenaerts, “The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice”, *The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture All Souls College, University of Oxford*, 30 enero 2015, p. 5 ss (accesible en red; a partir de aquí Lenaerts, 2015).

si, y en qué medida, el Estado requerido debe asegurar que la decisión a ejecutar respeta los derechos y garantías fundamentales del Convenio.

La situación fue abordada por el TEDH en el célebre asunto *Bosphorus*²⁶. En su decisión el TEDH indicó que la responsabilidad de los Estados por los actos de sus órganos se mantiene aún en el caso de que transfieran poderes soberanos a una organización internacional. Ahora bien (prosigue el TEDH) en la medida en que el régimen de la organización internacional misma proteja los derechos fundamentales de una forma que pueda ser considerada –al menos– equivalente a la que provee el CEDH, su responsabilidad (de los Estados) queda limitada, por cuanto entra en juego la presunción de que el Estado contratante miembro de la organización cumple con el CEDH²⁷. No obstante, tal presunción presupone que el Estado en cuestión carecía de cualquier margen de discreción en el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la organización internacional de que se trate²⁸.

Como consecuencia, la responsabilidad plena de los Estados contratantes de actuar de forma coherente con el CEDH se reduce. En supuestos transfronterizos cabe distinguir varias situaciones: la del Estado contratante de origen²⁹, cuya obligación de respetar el CEDH se mantiene en toda extensión aun cuando opere en el marco de una organización internacional; y la del Estado requerido, que es distinta. Efectivamente, cuando el régimen internacional (de la organización a la que se han transferido los poderes soberanos) respeta los derechos del CEDH, su obligación se reduce. Si el régimen internacional deja un espacio a la discreción del Estado requerido, la misma debe ser utilizada para implementar las garantías de los derechos fundamentales del CEDH. En caso de ausencia de toda discreción, el CEDH no impone obligaciones adicionales; la presunción *Bosphorus* se aplica.

En definitiva, la presunción *Bosphorus* y el principio de confianza recíproca se corresponden. Ambos se basan en la misma suposición de que en el ámbito de la cooperación transfronteriza el Estado requirente respeta completamente los derechos fundamentales, y que el Estado requerido puede confiar en que han sido efectivamente respetados³⁰. Con todo, la presunción *Bosphorus* deja cuestiones pen-

²⁶ TEDH, demanda n° 45036/98 *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*. Vid. T. Lock, *Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten*, Mohr Siebeck, 2010, p. 257 ss.

²⁷ TEDH, demanda n° 45036/98 *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda*, párrs. 150–155.

²⁸ Según M. Requejo Isidro, p. 69, p. 70 la aplicación de la presunción *Bosphorus* presupone una prueba en dos pasos: en primer lugar, debe comprobarse que existe equivalencia entre la protección ofrecida por el Convenio y la organización internacional. En segundo lugar se requiere que la autoridad pública carezca de margen de discreción en el ejercicio de sus competencias.

²⁹ En el marco de la cooperación en materia civil el “Estado solicitante” es aquel donde se ha adoptado la decisión judicial.

³⁰ K. Lenaerts, “The Best Interests of the Child Always Come First: The Brussels IIbis Regulation and the European Court of Justice”, *Jurisprudencia*, 2013, 1302, 1325 (a partir de aquí K. Lenaerts, *Jurisprudencia*).

dientes: por un lado, no es pacífico que el legislador internacional pueda eliminar todo margen de discreción del Estado requerido (en otras palabras, cabe que existan áreas en que la eliminación sea en sí misma una violación del CEDH)³¹. Por otra parte, es imaginable que el Convenio imponga una responsabilidad mayor al Estado requirente cuando su decisión sea ejecutada en otro Estado sin previo control de este último. Finalmente, debe recordarse que el test *Bosphorus* solo ofrece una presunción de equivalente, que podría ser desmentida en casos singulares.

III. Las garantías pertinentes

1. El art. 8 CEDH; los artículos 7 y 24 CEDF

Antes de abordar la jurisprudencia del TJ y del TEDH en materia de reconocimiento en casos transfronterizos parece oportuno recordar brevemente cuáles son las garantías en juego. Para los asuntos de familia juega un papel protagonista el art. 8 CEDH. De acuerdo con jurisprudencia constante del TEDH en material de sustracción de menores debe reconocerse un peso específico al Convenio de NU sobre los derechos del niño, de 1989,³² habida cuenta de que pone el acento en el interés del niño y en otorgarle la mayor consideración³³. También los derechos fundamentales de los progenitores están contemplados en el art. 8 CEDH. Los tribunales de los Estados miembros deben procurar un equilibrio adecuado entre los intereses del niño y de sus padres; en este sentido, el Tribunal de Estrasburgo exige que el juez nacional indague en las circunstancias del caso singular³⁴. Ahora bien, recientemente el CEDH ha refinado su –muy criticada³⁵– jurisprudencia en relación con el alcance del análisis requerido: en *X v. Letonia*³⁶ el TEDH modificó su jurisprudencia en el marco del Convenio de La Haya de 1980. El Convenio sólo prevé protección provisional; en este contexto el TEDH exigió al tribunal nacional

³¹ En Derecho internacional privado esta cuestión suele plantearse en el contexto de la supresión del ejecutivo y del control del orden público.

³² Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada (abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución) por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre 1989, 44/25.

³³ TEDH (GS), *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, demanda nº 41615/07, párr.132.

³⁴ TEDH, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, demanda nº 41615/07, párr. 139, exigiendo una investigación en profundidad por parte de los jueces requeridos en el contexto de los arts. 12 y 13 del Convenio sobre sustracción internacional de menores. Esta consulta debe implicar una “*in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin*”(párr. 139).

³⁵ P. Beaumont y L. Walker, *loc. cit.*, pp. 233 ss.

³⁶ TEDH (GS), 11/26/2013, *X c. Letonia*, párrs. 104 ss.

(Estado requerido) llevar a cabo un examen efectivo de todos los argumentos expuestos contra el retorno del menor; pero no exigió que fueran evaluadas todas las circunstancias del caso singular³⁷. Parece que cabe afirmar, en consecuencia, que el alcance examen dependerá del contexto procesal en que opera el juez requerido³⁸.

Además de garantías sustantivas el art. 8 contiene otras procedimentales. En este sentido el CEDH requiere que el tribunal oiga a todas las partes implicadas –así, *v.gr.*, un tribunal constitucional no puede pronunciar una orden de protección, o de no devolución de un menor, sin haber oído al padre– que había solicitado en primer término la devolución³⁹. Lo que esto significa es que el art. 6 ECHR no juega en este marco: el art. 8 garantiza ya un proceso justo y eficiente⁴⁰.

Por lo que se refiere al Derecho europeo, la CEDF refuerza la protección del CEDH. Sus arts. 7 y 24 prevén la protección constitucional de la familia y los menores. Conforme a la jurisprudencia del TJ, el interés del menor es clave en la interpretación del RB II bis⁴¹.

2. Los artículos 6 y 13 CEDH; el artículo 47 CEDF

El art. 6 CEDH desempeña un papel de primer orden en materia civil y mercantil. El procedimiento civil debe garantizar que las partes tienen acceso a un tribunal independiente e imparcial, que sus derechos individuales son protegidos de manera eficiente en tal procedimiento, que la decisión se pronuncia sin dilaciones indebidas y que es ejecutada de manera eficiente. En supuestos transfronterizos el derecho de acceso a los tribunales, a ser oído (y a la defensa), así como el derecho a obtener una decisión que será ejecutada de manera eficiente son de la mayor importancia. Se añade que sanciones procesales desproporcionadas (como la exclusión del acceso al tribunal,⁴² o la imposición de costas desorbitadas⁴³) pueden

³⁷ Una evaluación así no sería compatible con la necesidad de rapidez de los procedimientos en el marco del Convenio de 1980. *X c. Letonia* demuestra que no se ha tomado suficientemente en cuenta el contexto procesal por el TEDH: P. Beaumont, L. Walker, p. 235.

³⁸ En el contexto de los arts. 11.8º y 42 RB II bis, el juez requerido no tiene ninguna obligación convencional de revisión. El art. 11.8º prevalece sobre el art. 20 Convenio de la Haya de 1980: C. Althammer, D. Schäuble, “Art. 11”, *Brussels IIa– Rome III*, 2014, párr. 25; una opinión divergente es la de P. Beaumont, L. Walker, p. 234.

³⁹ TEDH, 7/4/2014, *Lopez Guio c. Eslovaquia*, demanda nº 10280/12, párrs. 99 ss, nota de C. Althammer, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 2015, 306, 307.

⁴⁰ Recientemente, el TEDH emitió un juicio contra Alemania por la falta de cualquier remedio específico contra la demora injustificada de los procedimientos. El Tribunal consideró que había infracción del art. 13 CEDH, demanda nº 62198/11, *Kupplinger c. Alemania*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, 1433.

⁴¹ K. Lenaerts, *Jurisprudencija*, 20 (4), 1302–1328.

⁴² TJUE, as. C–394/07, EU:C:2009:219, *Gambazzi*; Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 3 II, párrs. 29–30.

determinar el no-reconocimiento de una decisión en otro país. En general, la revisión de las decisiones tiene lugar en el Estado miembro requerido a través del procedimiento de reconocimiento (execuátur, en su caso). Una vez más, el art. 47 CEDF provee garantías similares a las previstas en el art. 6 CEDH⁴⁴.

Conviene reparar en que la aplicación de los derechos fundamentales en materia civil en general, así como en materia de derecho de familia, difiere de lo que sucede en materia penal y administrativa (asilo): en los procedimientos civiles el tribunal debe procurar el equilibrio entre varios sujetos, todos ellos protegidos por el CEDH. En los casos penales y de asilo el marco es diferente: en los procedimientos al respecto el individuo debe enfrentarse al ejercicio del poder público (en interés general).

IV. Coordinación y enfrentamiento entre los Tribunales Europeos

1. La jurisprudencia del TEDH: *Povse I* y *Avotins I*

¿De qué manera trata el TEDH el Derecho procesal civil de la UE? El primer supuesto en que el TEDH tuvo que abordar el mecanismo de retorno de previsto en los arts. 11 y 42 RB II bis fue *Povse v. Austria*.⁴⁵ En este caso una madre austríaca se había llevado al niño de Italia a Austria sin el consentimiento del padre, italiano. El padre (después de un procedimiento que duró más de cinco años y que implicó al propio TJ⁴⁶) obtuvo una decisión de un tribunal italiano competente a título principal ordenando la devolución inmediata del menor a Italia. Cuando los tribunales austríacos obedecieron a la decisión italiana la madre presentó una solicitud al TEDH, en la que sostenía que la devolución de su hija por parte de las autoridades austríacas sin previa revisión de la orden italiana infringe el art. 8 CEDH. El TEDH debía, pues, decidir sobre uno de los argumentos que habitualmente se esgrime contra la supresión de la excepción de orden público en sede de reconocimiento: de acuerdo con él, el CEDH impone al Estado requerido la obligación de examinar la decisión extranjera cuyo reconocimiento se solicita, a fin de

⁴³ Sentencia de la C. Cass., de 16 marzo 1999, *Pordéa*, *Rev. Critique*, 2000, 224; B. Hess, 2010, § 6 IV, párr. 204.

⁴⁴ H.D. Jarass, "Art. 47", *Charta der Grundrechte der Europäischen Union: GRCh*, 2ª ed., C.H. Beck, 2013, párr. 1.

⁴⁵ TEDH, 6/18/2013, demanda nº 3890/11, *Povse c. Austria*.

⁴⁶ El TJUE consideró que la orden de restitución del tribunal italiano debería ser ejecutada sin revisión del fondo: TJUE, as. C-211/10 PPU, EU:C:2010:400, *Povse c. Alpago*. No obstante, el TJUE subrayó que la madre tenía aún la posibilidad de emprender acciones ante un tribunal italiano: Lenaerts, *Jurisprudence*, 2013, 1302, 1312 ss, 1315.

establecer su conformidad con los derechos fundamentales antes de autorizar su ejecución⁴⁷.

En *Povse* el TEDH no acogió esta forma de argumentación sino que decidió que la protección acordada a la vida familiar de la demandante por el tribunal italiano era suficiente. Es decir, la demandante debía procurarse ante todo la protección de los tribunales italianos. En la medida en que los intereses y el derecho a la vida familiar del niño recibían protección por parte de la jurisdicción italiana los tribunales austríacos ya no debían revisar la orden de devolución a la luz del art. 8 CEDH antes de ejecutarla. Si bien el TEDH basó explícitamente su pronunciamiento en la decisión *Bosphorus*⁴⁸, su sentencia aclara que el mecanismo de retorno del RB II bis (basado en la desaparición del ejecutur, incluyendo la cláusula de orden público) es compatible con el art. 8 CEDH.⁴⁹ Es pertinente resaltar que en *Povse* los tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo llegaron al final a idénticas conclusiones⁵⁰.

Povse no ha sido el único caso en que el Tribunal de Estrasburgo ha debido analizar decisiones nacionales sobre retorno de un menor al amparo del Convenio de La Haya de 1980 y RB II bis. En *Sneersome y Kampanella v. Italia* una madre letona dio a luz en 2002 a un niño de padre italiano. Los progenitores residían habitualmente en Roma⁵¹; en 2004, cuando la relación de pareja atravesaba una crisis, el tribunal de menores de Roma otorgó el derecho de custodia a la madre, mientras que se concedía al padre mantener cierto contacto con el menor. Debido a dificultades económicas la madre y el niño volvieron a Letonia en 2006. En enero de 2007 el padre inició un proceso para la devolución del menor al amparo de los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya⁵². El tribunal letón a cargo ordenó la evaluación psicológica del menor en relación con su vuelta a Italia, y concluyó que ello tendría consecuencias negativas para la salud del niño. Finalmente, el tribunal rehusó ordenar el retorno, alegando el art. 13.b) del Convenio de La Haya y apuntando, entre otras cosas, que la madre no podría acompañar al menor de vuelta a Italia por razones económicas. En el *interim*, el padre había solicitado la devolución al amparo del art. 11.6º–8º RB II bis, con la finalidad de eludir la decisión del

⁴⁷ G. Cuniberti, “Some Remarks on the Efficiency of Exequatur”, *Law Working Paper Series of the Faculté de Droit de Luxembourg*, Paper Number 2012–01, p. 1.

⁴⁸ TEDH, demanda nº 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm c. Irlanda* (GS), párrs. 150–155 (2005).

⁴⁹ TEDH, demanda nº 3890/11, *Povse c. Austria*, párrs. 82, 85–86.

⁵⁰ K. Lenaerts, 2015, p. 7, se refiere a esta sentencia como una “welcome development”.

⁵¹ En 2004, cuando ya la relación se encontraba en crisis, el tribunal de menores de Roma concedió la custodia exclusiva a la madre; el padre obtuvo derechos de visita.

⁵² El órgano jurisdiccional requerido de Letonia solicitó un informe psicológico para evaluar la devolución a Italia. Llegó a la conclusión de que esta devolución podría tener efectos perjudiciales para la salud del niño.

tribunal letón. El padre proponía que el menor volviera a la guardería en que había Estado antes de su partida, y que siguiera cursos de ruso. La madre sería autorizada a vivir con el niño en Roma un mes al año y el padre cubriría el 50% del alquiler. El tribunal italiano competente aceptó la propuesta⁵³ considerando suficientes las medidas de acompañamiento descritas. La madre, que no había sido oída en el proceso en Italia, recurrió la decisión, sin éxito⁵⁴. La autoridad central italiana solicitó la ejecución de la orden a la correspondiente letona. Mientras tanto el gobierno letón había pedido ayuda a la Comisión europea, sin obtenerla. Finalmente madre e hija recurrieron al TEDH, que determine que la decisión italiana ordenando el retorno inmediato del menor tres años después de ser llevado a Letonia no había respetado sus intereses⁵⁵.

Sneerson demuestra que el tribunal que conoce sobre el fondo del asunto (en el caso, Italia) está sujeto a una obligación específica bajo el art. 8 CEDH, en el sentido de que debe asegurar que la devolución del menor está apoyada por medidas de acompañamiento suficientes. En general, la parte requirente puede asumir el compromiso de procurar una situación segura para el menor y el otro progenitor a su vuelta a la antigua residencia habitual⁵⁶. En este contexto es imprescindible la comunicación directa entre los jueces implicados (con la ayuda de la Red Judicial Europea) para asegurar el equilibrio en el retorno del niño⁵⁷. Dado que en este momento se está estudiando la reforma del RB II bis, sugerimos complementar sus arts. 11 y 42 con una obligación para el tribunal requirente en el sentido de garantizar la asistencia y las salvaguardas precisas cuando ordene el retorno inmediato del menor.

En el reciente caso *Raw v. France* el TEDH debió pronunciarse sobre un supuesto en el que una pareja mixta anglo-francesa se divorció y los hijos comunes fueron a vivir con la madre al Reino Unido. Los niños podían visitar al padre en vacaciones. Tras varios períodos en Francia los niños optaron por no volver y quedarse en Francia con el padre. Cuando la madre inició el procedimiento de devolución al amparo de los arts. 12 y 13 del Convenio de La Haya de 1980, y de los arts. 11 y 42 RB II bis, los niños se negaron a tener cualquier contacto con la madre. Sin embargo, las autoridades francesas intentaron una mediación con ayuda psicológica. Finalmente, ante la resistencia de los menores (de 14 y 10 años), decidieron no ejecutar la orden de devolución. El TEDH sostuvo que en casos

⁵³ Hay que tener en cuenta que art. 11 (4) RB II bis requiere más que una mera confirmación.

⁵⁴ El gobierno letón solicitó a la Comisión iniciar un procedimiento de infracción contra Italia con arreglo al art. 227 del Tratado de Ámsterdam (= art. 258 TFUE). Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión (sorprendente) que Italia no había violado la CEDF: P. Beaumont, K. Trimmings, L. Walker y J. Holiday, *Int'l Comp. L.Q.*, vol. 64, 2015, pp. 39 ss, esp. pp. 51 ss. .

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 51 ss.

⁵⁶ B. Hess, 2010, § 7, párrs. 93 ss.

⁵⁷ P. Beaumont, K. Trimmings, L. Walker, J. Holiday, p. 54, npp. 121.

como estas obligaciones de los Estados contratantes conforme al art. 8 CEDH no son absolutas; no obstante, la decisión de las autoridades francesas de no ejecutar la orden de retorno tras el fracaso de la mediación se consideró una violación del art. 8 CEDH⁵⁸.

Raw v. France es interesante por dos motivos: en primer lugar, pone de manifiesto que los derechos de los individuos bajo el art. 8 CEDH no son absolutos, sino que deben ser contemplados y ponderados con los derechos de otros individuos afectados. El mecanismo de devolución de los arts. 11 y 42 debe funcionar en este contexto; de nuevo, el tribunal que ordena la devolución del niño debe evaluar la situación globalmente⁵⁹. No obstante, los tribunales del Estado requerido deben devolver al menor— no es posible que dejen de hacerlo porque los afectados se resistan— lo que incluye a los menores a los que se refiere la orden de retorno.

Las decisiones sobre reconocimiento y ejecución transfronteriza en materia civil tienen una carga emocional menor. No obstante, con frecuencia los intereses económicos implicados son elevados, y reclaman igualmente la protección eficiente de los derechos procesales de las partes. En *Avotins v. Letonia*⁶⁰, un hombre de negocios letón (el sr. Avotins) firmó en 1999 un reconocimiento de deuda de \$ 100.000 a favor de una compañía chipriota. El documento contenía una cláusula de elección de foro y otra de elección de ley, a favor de los tribunales y la ley chipriota. En 2003 un procedimiento fue incoado en Chipre contra el sr. Avotins, que fue notificado mediante una carta certificada con acuse de recibo en la dirección que él mismo había señalado en el reconocimiento de deuda⁶¹. Tras el acuse de recibo el tribunal de Limassol pronunció una sentencia en rebeldía en mayo de 2004.

La empresa chipriota solicitó el reconocimiento de la decisión en Letonia en 2005. En la primavera de 2006 los tribunales de Letonia otorgaron el executatur⁶². El sr. Avotins se opuso al mismo, alegando que había tenido conocimiento de la existencia de las decisiones por casualidad en junio de 2006. En apelación el sr. Avotins arguyó con éxito que la sentencia de Chipre no podía ser reconocida por que no había sido notificada (art. 34.2º RB I). Sin embargo, el acreedor recurrió

⁵⁸ TEDH, demanda nº 10131/11, *Raw c. Francia*.

⁵⁹ Art. 11 (2), (5) y (6) RB II bis.

⁶⁰ TEDH, demanda nº 17502/07, *Avotins c. Letonia*, comentada por M. Requejo Isidro, pp. 69 ss.

⁶¹ La carta certificada indica que los documentos llegaron el 18 noviembre 2003. Debe repararse en que el 18 de noviembre es día nacional de independencia de Letonia y que es día de festivo.

⁶² Los solicitantes habían encontrado una dirección del demandado a través de un registro público (el demandado probó luego que había abandonado el lugar en 2004). El tribunal de primera instancia en Letonia denegó el reconocimiento de la sentencia chipriota. La empresa interpuso recurso y el tribunal de apelación letón revocó la sentencia. Ello dio lugar a una segunda sentencia del tribunal de primera instancia otorgando el reconocimiento el día 27 febrero 2006.

ante el Tribunal Supremo letón, que estimó que la decisión era ejecutable y que “*the defendant had not lodged an appeal against the decision, therefore his lawyers’ arguments that he had not been notified were of no importance*”.

El Sr. Avotins demandó a Letonia ante el TEDH. En su decisión, recaída en 2014, el TEDH cita varios casos del TJ sobre el art. 34.2º RB I⁶³. Refiriéndose a *Bosphorus*, el TEDH estableció finalmente que el sr. Avotins no había siquiera intentado apelar en Chipre, que no había explicado por qué y que finalmente él mismo había desperdiciado la oportunidad de argumentar la aplicación errónea de la ley de Chipre. La Sala concluyó que era su deber (del Sr. Avotins) demostrar la imposibilidad de recurrir en Chipre, y que no lo había cumplido⁶⁴. La Sala señaló también que el hecho de que el Tribunal Supremo de Letonia no indicara la posibilidad de apelar era irrelevante: el Sr. Avotins podía haber recibido el asesoramiento de un abogado. En conclusión, el TEDH estimó que no había habido violación del art. 6.1º CEDH.

La decisión fue adoptada por una mayoría de cuatro jueces y se acompaña de tres opiniones disidentes que critican el hecho de que el TEDH se apoyara en gran medida en la mala fe del deudor, así como que el tribunal letón no examinara con atención el art. 32.2º RB I, y no tratara de determinar si la apelación en Chipre había sido posible o no. La decisión se encuentra actualmente ante la Gran Sala.

2. El Dictamen 2/2013 del TJ

A modo de resumen cabe decir que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre reconocimiento y ejecución transfronterizas de decisiones judiciales en el Espacio europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, está en línea con el marco legislativo de la UE. En principio, el TEDH ha admitido el enfoque regulatorio adoptado por el legislador europeo en la materia, aunque su aplicación en los casos concretos sigue estando sujeta a la revisión del Tribunal.

A la luz de lo anterior el Dictamen del TJ sobre el acceso de la UE al CEDH, de 15 diciembre 2014, es una sorpresa; tanto más cuanto que el TJ basa su rechazo en el principio de confianza recíproca⁶⁵. De acuerdo con el TJ, la confianza mutua debe ser entendida como un principio constitucional en la base del Espacio de

⁶³ *Klomp, ASML, Apostolides y Trade Agency*.

⁶⁴ A este respecto, no queda claro si, y en qué medida, se aplicaron los criterios *Bosphorus*: M. Requejo Isidro, p. 69, p. 71.

⁶⁵ Dictamen 2/13, EU:C:2013:2454, párrs. 191–195. D. Halberstam, “It’s the Autonomy, Stupid!» A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, pendiente de publicación en *Michigan Law Review*, 2015.

Libertad, Seguridad y Justicia, como condición previa para el funcionamiento efectivo del principio de reconocimiento mutuo⁶⁶.

Las preocupaciones expresadas por el TJ no se entienden desde la perspectiva del Derecho internacional privado⁶⁷. En esta área el diálogo indirecto entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo ha dado lugar a la convergencia de los resultados⁶⁸: por un lado, el TJ ha reforzado la obligación de reconocimiento de las decisiones judiciales de los Estados miembros sobre la base de la confianza mutua. El TEDH ha aceptado este mecanismo mediante la aplicación de la presunción *Bosphorus*, y la exigencia reforzada de responsabilidad del tribunal nacional del que emana la decisión a reconocer, sin revisión de ningún tipo, en otro Estado del Espacio Europeo de Justicia⁶⁹.

Por el contrario, las reticencias del TJ sí se entienden en relación con otros contextos en los que también se aplica el principio de confianza mutua: en particular, en materia penal y en los casos de asilo⁷⁰. En este ámbito los Estados miembros están obligados a reconocer la decisión que adopte el Estado europeo a través del cual el refugiado accedió por primera vez al Espacio Judicial Europeo. Bajo el régimen llamado “de Dublín”, los refugiados cuyas solicitudes de asilo fueron rechazadas en un Estado miembro, pero consiguieron desplazarse a otro Estado, deben ser transferidos al primer Estado sin previa revisión de su caso⁷¹. Sin embargo, en el asunto *N.S.*⁷² el TJ estimó que la regla no se aplica cuando existe una evidencia de deficiencia sistemática en el Estado de recepción que implica un riesgo real para el refugiado de padecer tratos inhumanos o degradantes prohibidos por la CEDF. Como consecuencia, el TJ estimó que no era posible enviar a unos solicitantes de asilo desde el Reino Unido a Grecia. En otras palabras: el principio de confianza mutua fue desplazado por consideraciones propias de Derecho constitucional europeo. Recientemente, el legislador europeo ha modificado el régimen de Dublín en el sentido de que la devolución automática no opera en supuestos en que se aprecien fallos sistemáticos en el procedimiento de asilo⁷³.

⁶⁶ Dictamen 2/13, EU:C:2013:2454, párr. 192; K. Lenaerts, 2015, p. 3.

⁶⁷ D. Halberstam, p. 23 ss.

⁶⁸ K. Lenaerts, 2015, p. 7: “Opinion 2/13 shall not be read as a sign of distrust toward the ECtHR since that court itself acknowledges the importance of the principle of mutual trust in the EU legal order” (con referencia a *Povse*).

⁶⁹ I. Canor, “My Brother’s Keeper? Horizontal Solange: An Ever Closer Distrust among the People of Europe”, 50 CMLR 383, pp. 409 ss. (2013).

⁷⁰ K. Lenaerts, 2015, p. 24 ss.; D. Halberstam (npp. ¡Error! Marcador no definido.), p. 23 ss.

⁷¹ Vid. I. Canor, *passim*; D. Halberstam, p. 24.

⁷² TJUE, as. C-411/10, EU:C:2011:865, *N.S. c. Sec’y of State for the Home Dep’t*, párr. 94; as. C-394/12, EU:C:2013:813, *Abdullahi c. Bundesasylamt*.

⁷³ Art. 3.2º Reglamento Dublín III nº 604/2013 (DO 2013 L 180/31).

No parece necesario insistir en que el asunto *N.S.* es de enorme importancia para el control constitucional del Derecho derivado de la UE. Sin embargo, cabe preguntarse si el enfoque del TJ en el sentido de apoyarse en “deficiencias sistémicas” se corresponde con el control que lleva a cabo el TEDH, que opera sobre la base de deficiencias en el caso singular (por tanto, el nivel de control es más intenso)⁷⁴. Las mismas consideraciones se aplican al reconocimiento mutuo en materia penal. En estas áreas el TJ esperaba obviamente una especie de control paralelo por parte del TEDH a la luz del Convenio⁷⁵.

Ciertamente, situaciones similares podrían darse también en el marco del Derecho internacional privado europeo. Hasta el momento no se han apreciado déficits sistemáticos, a pesar de que la Comisión está supervisando la independencia y el funcionamiento de los sistemas judiciales de varios Estados miembros de reciente adhesión a la UE⁷⁶. Sin embargo, comentaristas de *Sneersone y Kampanella v. Italia* se preguntan abiertamente si el TEDH va a convertirse en una suerte de “cuarta instancia” de revisión del Derecho internacional privado europeo⁷⁷. No es difícil imaginar una situación de este tenor: por ejemplo, si se preguntara al TEDH a propósito de una solicitud a los tribunales en Letonia de no ejecutar la decisión italiana por insuficiencia de la protección otorgada a intereses de la madre por parte del tribunal de origen. Incluso en el estado actual de cosas es aventurado predecir el resultado.

V. Futuros desarrollos

1. TEDH: Povse II y Avotins II

¿Cuál será la reacción del TEDH frente al Dictamen 2/2013 de Luxemburgo? Cabe temer que el Tribunal de Estrasburgo decida abandonar la presunción *Bosphorus* en lo relativo al Derecho de la UE sobre reconocimiento mutuo y confianza recíproca. El 15 enero 2015, el TEDH se pronunció en sobre la “segunda parte” de *Povse*: en *M-A. v. Austria*⁷⁸, el padre de *Sophia*, la menor en *Povse*, solicitó ser compensado por Austria al amparo del art. 41 CEDH por la ineficiente respuesta de las autoridades del país a sus solicitudes de devolución de la menor. En su respuesta el TEDH alude abiertamente al principio de confianza recíproca

⁷⁴ D. Halberstam, p. 24 s. se refiere al dictamen del TEDH en *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, demanda n° 30696/09.

⁷⁵ D. Halberstam, pp. 29 ss.

⁷⁶ A. Dori, “The Judicial Scoreboard of the EU-Commission”, MPI Luxembourg working paper, 2015.

⁷⁷ P. Beaumont, K. Trimmings, L. Walker, J. Holiday, *loc. cit.*, pp. 51 ss.

⁷⁸ TEDH, 1/15/2015, demanda n° 4097/13.

como fundamento de la cooperación judicial en el Espacio Europeo de Justicia⁷⁹. El Tribunal concluyó que las autoridades de Austria no habían adoptado las medidas pertinentes para asegurar la satisfacción de las obligaciones derivadas del art. 8 CEDH⁸⁰, y acordó 25.000 € en concepto de compensación al demandante. Obviamente, en este caso el TEDH no ha cambiado su jurisprudencia *Bosphorus* a pesar del Dictamen 2/13 del TJ. Sin embargo cabe que la decisión de enero no deba ser tenida como concluyente, dado que fue adoptada antes de las Navidades de 2014.

El TEDH tiene otra ocasión aclarar si, y hasta qué punto, considera que la presunción *Bosphorus* aún se aplica. *Avotins* está ahora ante la Gran Sala: cabe esperar que la decisión explique si la actitud hasta ahora vigente de conciliación de los dos regímenes, se entiende aún aplicable. Es de desear que el TEDH no modifique su enfoque, aunque no sorprendería que fuera más exigente en casos concretos.

2. Diálogo sostenido entre Luxemburgo y Estrasburgo

La revisión de la jurisprudencia pone de relieve que hay un diálogo permanente (aunque indirecto) entre los dos Tribunales europeos a propósito de los principios esenciales de la UE y las garantías que posibilitan el respeto del estado de derecho en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. No cabe negar la influencia de la jurisprudencia de Estrasburgo en la interpretación de los textos de Derecho internacional privado de la UE⁸¹. Las referencias cruzadas en las decisiones respectivas son numerosas, lo que evidencia la conciencia de ambos Tribunales acerca de ellas.

Finalmente debe mencionarse que las reglas procedimentales de ambos tribunales se utilizan de un modo que facilita el diálogo; cuando la Gran Sala del TEDH escuchó los argumentos de las en *Avotins* en 2015, la Comisión estuvo presente⁸²; su representante fue oído e interrogado como *amicus curiae*, lo que le permitió explicar de forma amplia a los jueces cómo funcionan los arts. 38 ss. del RB I. Aunque la posición procesal de un *amicus curiae* en el seno del TEDH es discutible⁸³, la UE fue escuchada y pudo “defender” su sistema legal. Como cuestión de principio, la Conferencia de La Haya puede hacer lo mismo. Igualmente, en casos de sustracción de menores el TEDH suele invitar al Estado requirente o al requeri-

⁷⁹ TEDH, demanda nº 4097/13, párr. 114.

⁸⁰ TEDH, demanda nº 4097/13, párrs. 135–136.

⁸¹ Se debería tener en cuenta que la perspectiva del TJUE es diferente en el sentido de que aborda especialmente la cooperación entre el juez nacional y el TJUE: K. Lenaerts, *Jurisprudencia*, pp. 1302, 1313 ss. (devolución de menores con arreglo al art. 11 del reglamento Bruselas IIbis).

⁸² Se puede ver un vídeo de la consulta previa en: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=1750207_08042015&language=lang&c=&py=2015.

⁸³ A. Wiik, *Amicus curiae in international courts and tribunals*, tesis doctoral, Heidelberg, 2015.

do a intervenir en el procedimiento. En *Povse II* el gobierno italiano hizo uso de esta posibilidad.

Consideraciones semejantes se aplican al TJ. El Consejo de Europa no es oído en relación con el CEDH⁸⁴; sin embargo es una práctica frecuente de los AG la de intentar alinear el CEDH y la CEDF. Además se permite a los Estados contratantes del Convenio de Lugano intervenir en los procesos relativos al reglamento Bruselas I, y el gobierno Suizo suele participar en estos procedimientos⁸⁵. Estos ejemplos demuestran cómo el diálogo indirecto entre los tribunales europeos es respaldado por las reglas de procedimiento respectivas. Ante esta evidencia parece que podemos predecir que la comunicación no terminará por virtud del Dictamen 2/13 de diciembre 2015.

Bibliografía

- Althammer, C. y Schäuble D.: “Art. 11”, *Brussels IIa–Rome III*, C.H. Beck, 2014.
- Beaumont, P., Trimmings, K., Walker L. y Holiday, J.: “Child Abduction, Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Int’l. Comp. L. Q.*, vol. 64, 2015, pp. 39–63.
- Beaumont, P. y Walker, L.: “Shifting the balance achieved by the Abduction Convention: the contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 7, 2011, pp. 231 ss.
- Bogdan, M.: “Some reflections on the treatment by the ECtHR of the Hague Convention on Civil Aspects of Child Abduction”, *Liber Amicorum A. Borrás*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2013, p. 231 ss.
- Canor, I.: “My Brother’s Keeper? Horizontal Solange: An Ever Closer Distrust among the People of Europe”, *Common Market L. Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 383–422.
- Cuniberti, G.: “Some Remarks on the Efficiency of Exequatur”, *Law Working Paper Series of the Faculté de Droit de Luxembourg*, Paper Number 2012–01.
- Dori, A.: “The Judicial Scoreboard of the EU–Commission”, *MPI Luxembourg working paper*, 2015.
- Halberstam, D.: “‘It’s the Autonomy, Stupid!’ A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward”, pendiente de publicación en *Michigan L. Rev.*, 2015
- Hess, B.: “The State of the Civil Justice Union”, Hess/Storsskrub (ed.), *The Civil Justice Union*, pendiente de publicación
- Hess, B.: *Europäisches Zivilprozessrecht*, C.F. Müller, 2010
- Jarass, H.D.: *Charta der Grundrechte der Europäischen Union: GRCh*, 2ª ed., C.H. Beck, 2013
- Lenaerts, K.: “The Best Interests of the Child Always Come First: The Brussels II bis Regulation and the European Court of Justice”, *Jurisprudencia*, 2013, p. 1302 y ss.
- Lenaerts, K.: “The Principle of Mutual Recognition in the Area of Freedom, Security and Justice”, *The Fourth Annual Sir Jeremy Lever Lecture All Souls College, University of Oxford*, 30 enero 2015

⁸⁴ Vid. Conclusiones del AG Kokott en el asunto C–195/08 PPU, EU:C:2008:406, *Rinau*.

⁸⁵ Art. 23.3º Estatuto del Tribunal de Justicia; vid. también art. 40 del Estatuto (intervención de terceros).

- Lock, T.: *Das Verhältnis zwischen dem EuGH und internationalen Gerichten*, Mohr Siebeck, 2010, p. 257 ss.
- Nussberger, A.: “Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: An Analysis on the Basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law”, en Seibert/Villiger (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, 2015, p. 165 ss.
- Requejo Isidro, M.: “On Exequatur And The ECHR: Brussels I Regulation before the ECtHR (zu ECtHR, 25.2.2014– n° 17502/07 Avotiņš v. Latvia)”, *IPRax*, 2015, pp. 69–74, p. 69 y ss.
- Schlosser, P. y Hess, B.: *Europäisches Zivilprozessrecht*, 4ª ed., C.H.Beck, 2015
- Wiik A.: *Amicus Curiae in International Courts and Tribunals*, tesis doctoral, Heidelberg, 2015.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Marta REQUEJO ISIDRO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Coherencia e incoherencias en la jurisprudencia del TJ sobre DIPr y Derecho procesal europeo. 1. Los criterios de interpretación del TJ. 2. Coherencia: A) Coherencia interna, o vertical; B. Coherencia horizontal. 3. Incoherencias: A) Incoherencias metodológicas; B) Incoherencias sustantivas. III. Explicando la jurisprudencia del TJ (I). El medio: contexto y funcionamiento de la institución. 1. El contexto. 2. Materiales de trabajo: A) Vaguedad en la redacción de las normas; B) La inestabilidad de las reglas; C) Alcance de las reglas; D) Pluralidad de valores. 3. Funcionamiento orgánico: A) El tratamiento de las cuestiones prejudiciales; B) Reparto de tareas TJ/juez nacional en la cuestión prejudicial. 4. La situación del TJ en el engranaje de la UE. IV. Explicando la jurisprudencia del TJ (II). 1. ¿Qué hace el TJ?: A) El precedente; B) Construyendo el edificio. 2. El rol de los comentaristas, o la responsabilidad compartida. V. Conclusiones.

RESUMEN: La jurisprudencia del TJ es un motor esencial del desarrollo del DIPr y el Derecho procesal civil europeo; de ahí que sea objetivo de atención constante de la doctrina. Si los comentaristas reconocen la coherencia de las decisiones emanadas a lo largo de estos años, por motivos obvios ponen el acento en aquellas otras en las que – en realidad, o al menos en apariencia – se rompe la continuidad. El presente texto pretende aportar algunas claves para el análisis del último tipo de decisiones. En este sentido el estudio destaca particularidades del funcionamiento del TJ, así como de su contexto, que podrían, bien justificar las incoherencias allí donde las hay, bien explicarlas y facilitar su reconducción a líneas jurisprudenciales existentes.

PALABRAS CLAVE: TRIBUNAL DE JUSTICIA – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – DERECHO PROCESAL EUROPEO – JURISPRUDENCIA – INTERPRETACIÓN – COHERENCIA.

ABSTRACT: *PIL and European Civil Procedural Law in the Court of Justice Case law.*

The relevance of the CJEU's case law in the evolution of EU PIL and Procedural Law explains the attention it gets from academia. Comments and notes acknowledge the consistency of many decisions delivered throughout the years; however, for obvious reasons inconsistent decisions – really so, or at least, apparently inconsistent decisions – are the most preferred target in legal literature. In the follow-

* Senior Research Fellow. Max Planck Institute Luxembourg.

ing pages we intend to walk the reader through some particular features of the CJEU and the way it accomplishes its task of interpretation. It is our aim to help understand some of the purported inconsistencies, and justify others – i.e., those cases where no possible explanation in terms of consistency is available.

KEYWORDS: ECJ, Private International Law; European Procedural Law; case law; interpretation; consistency.

I. Introducción

Hace quince años publiqué en la revista *La Ley* el artículo “Tessili y Concorde, De Bloos y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: un tribunal fiel a sí mismo, veintitrés años después”¹, a modo de comentario de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJ). Recientemente tropecé con este otro: el artículo titulado “*La Cour de justice et le droit international privé ou l’art de dire parfois tout et son contraire*”². ¿Qué parte de razón corresponde a cada uno?

El presente trabajo no pretende demostrar que el TJ es coherente cuando interpreta los textos europeos de DIPr. y Derecho procesal. Su intención, más limitada, es la de ofrecer algunas explicaciones para la incoherencia, real o en todo caso sentida, que denuncia el artículo citado en segundo lugar haciéndose eco de una opinión extendida en la doctrina³. La tarea es necesaria por dos motivos: el primero, porque la acusación de incoherencia pone en tela de juicio al TJ y su legitimidad⁴; el segundo, porque son notables los esfuerzos de la institución por desmentirla. Por estas mismas razones el punto de partida debe ser la presunción de coherencia. Este va a ser también nuestro punto de llegada: nuestra opinión es que es posible explicar las decisiones del TJ y su metodología; ello no implica, sin embargo, que sean previsibles. En gran medida tal resultado se debe a todo lo que *no* sabemos a propósito de cómo se adoptan las decisiones en el seno del TJ: a la cantidad e importancia de la información a este respecto que no está disponible

¹ *La Ley-Unión Europea*, 2000, pp. 1549-1554.

² T. Azzi, *Mélanges en l’honneur du Professeur B. Audit*, LDGJ, París, 2014, pp. 43-58.

³ Por ejemplo en España R. Arenas García, “La diferencia entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 393-415; “Sombras y luces en la jurisprudencia del TJUE en materia de DIPr de sociedades”, C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhíques*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 739-759, así como numerosas notas de jurisprudencia.

⁴ C. Nourissat, “La Cour de Justice face aux règlements de coopération judiciaire en matière civile et commerciale: quelques interrogations dix ans après”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 2010-2012, pp. 19-49, esp. p. 49.

para el gran público y que no se deriva de la lectura de una decisión del Tribunal⁵, ni de los documentos que la acompañan y se hacen públicos. Otros elementos condicionantes vienen dados por el contexto estructural en que el TJ desempeña su labor; finalmente, algunos más se hallan las características del material normativo con que trabaja el órgano⁶.

En este estudio hay dos partes. La primera ejemplifica coherencia e incoherencias al hilo de la interpretación que hace el TJ de textos de Derecho internacional privado y Derecho procesal europeo en respuesta a las cuestiones prejudiciales⁷; nos centraremos especialmente en el Reglamento (CE) n° 44/2001, por razones obvias de número de casos y rol central del instrumento en el sistema⁸. La segunda

⁵ Acerca de lo cual lo único que es posible hacer es admitir la imposibilidad de saber más (en este sentido, S. Sankari, *European Court of Justice Legal Reasoning in Context*, Europa Law Publishing, 2013, esp. p. 157), o especular. Por citar un ejemplo: es muy habitual que la Comisión presente observaciones al TJ en relación con determinada cuestión prejudicial; lo mismo hacen, aunque en menor medida –dependiendo de su interés en la cuestión–, los Estados miembros; de ellas sólo trasciende a la decisión final un resumen, o nada. Las preguntas que el TJ dirige eventualmente a estos actores no constan en los textos publicados: *vid.*, *v.gr.*, as. C-536/13, EU:C:2015:316, *Gazprom*, e *infra* nota al pie n° 104.

⁶ El presente estudio descansa en gran medida en trabajos generales sobre el razonamiento del TJ: se ha escrito mucho sobre el tópico en los últimos años, desde perspectivas tanto descriptivas –lo que el TJ hace–, como normativas –lo que debe hacer. Cabe destacar los monográficos de G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the UE*, Hart Publishing, 2012; el ya citado S. Sankari; M. Jacob, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice*, CUP, 2014. La muestra de casos analizada por los autores suele comprender decisiones interpretativas de los Tratados, pero también de legislación secundaria, dando cabida a algunas (pocas) decisiones en DIPr. y Derecho procesal europeo. Nuestro punto de partida ha sido la convicción de que los métodos de razonamiento son sustancialmente los mismos para cualquier cuestión prejudicial, y que las decisiones del TJ en nuestro ámbito de estudio se corresponden con las conclusiones de los autores mencionados – y por tanto, son explicables desde ellas. Corroborar esta impresión la recientemente publicada tesis doctoral de J. Schmidt, *Rechtssicherheit im europäischen Zivilverfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 2015.

⁷ El análisis es de la coherencia entre casos, y no en el seno de uno solo. Se añade que no se examina la incoherencia/divergencias derivadas de la aplicación del Derecho de la UE por los tribunales nacionales una vez dictada la sentencia – el estudio sería otro: *vid.*, *v.gr.*, J. Bomhoff, *Judicial Discretion in European Law on Conflicts of Jurisdiction*, La Haya, 2005; o B. Hess, “The Protection of Privacy in the Case Law of the CJEU”, en *The Protection of Privacy in the Aftermath of the Recent Judgments of the CJEU*, Nomos, de próxima publicación, a propósito de las interpretaciones nacionales del art. 5.3° Reglamento (CE) n° 44/01 tras el as. C-509/09, *eDate*. Los casos aquí examinados no son los que comúnmente se entienden como más representativos de la intervención del TJ en el DIPr (una selección según este criterio es la de M. Karpenschif, C. Nourissat, *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union Européenne*, Thémis, PUF, 2010), y ello por que dicha evolución no se ha hecho sobre la base de la ruptura (la incoherencia) con lo anterior, ni necesariamente tampoco (aunque sí más, en nuestra opinión) sobre la base de la reelaboración pausada, no siempre fácil de percibir, de las *rationes decidendi*. Como ejemplos de incoherencia hemos recogido ante todo los que denuncia T. Azzi en el artículo citado *supra*, y los referidos por J. Schmidt. La selección es por tanto aleatoria, lo que, unido al hecho de que es posible explicar los supuestos (*vid. infra*, bajo IV.1.B), es un indicio a favor de la coherencia del TJ.

⁸ Entre 1976 y 2014 el TJ pronunció más de 200 decisiones sobre el CB y el Reglamento (CE) n° 44/01. Entre 2014 y abril de 2015 se han presentado al TJ 515 cuestiones previas, de las cuales 63 se refieren al espacio de libertad, seguridad y justicia.

parte, a su vez dividida en otras dos, trata de explicar el TJ examinando primero su contexto de trabajo y posteriormente determinadas herramientas utilizadas en la interpretación.

II. Coherencia e incoherencias en la jurisprudencia del TJ sobre DIPr y Derecho procesal europeo

1. Los criterios de interpretación del TJ

La pregunta sobre los criterios hermenéuticos con que el TJ aborda las cuestiones prejudiciales interpretando los textos de DIPr. y Derecho procesal europeo se responde, a la luz de su jurisprudencia, en términos que permiten concluir su identidad con los que emplea cualquier tribunal doméstico⁹. Bajo unas u otras etiquetas aparecen los métodos habituales:

– el genético: si la referencia a los trabajos o negociaciones que han conducido a la versión final de un texto no sirven nunca como único argumento justificativo de una decisión, sí se emplea sumada a otros criterios interpretativos. Utilizando una acepción laxa de “genético”, cabe calificar como tal la referencia al instrumento previo –por ejemplo, el Convenio de Bruselas (CB) en relación con el Reglamento (CE) n° (CE) 44/2001–, y a los informes explicativos que van acompañando las distintas versiones de éste¹⁰.

– el literal: como ejemplos de ocasión en que el TJ se sujeta estrictamente (aunque no como único argumento) al texto de los instrumentos valga la interpretación a propósito del art. 16.1° CB y su aplicación a arrendamientos de inmuebles con independencia de su duración¹¹. Recientemente el TJ ha acogido una lectura estricta del art. 26 Reglamento (CE) n° 1896/2006, sobre el proceso monitorio europeo, para excluir la aplicación analógica de otros preceptos del texto¹².

– el recurso al argumento sistemático es una práctica común del TJ, hasta el punto de que no necesita ejemplificación. Un amplio abanico de elementos son tomados en consideración como pertenecientes al sistema: los considerandos en el

⁹ G. Beck, cap. 7, en general; lo mismo, S. Sankari, p. 64. C. Nourissat, pp. 23–24, en cuanto a la materia que nos ocupa.

¹⁰ Vid. por ejemplo el as. C– 185/07, EU:C:2009:69, *West Tankers*, n° 26; o el as. C–514/10, EU:C:2012:367, *Wolf Naturprodukte GmbH*, n° 26. Para el Reglamento (CE) n° 2201/2003 vid. el as. C–256/09, EU: C :2010:437, *Purrucker I*, n° 84 ss.

¹¹ As. 241/83, EU:C:1985:6, *Rösler*, n° 21 ss.

¹² As. acumulados C–119/13 y C–120/13, EU:C:2014:2144, *Eco cosmetics* y *Raiffeisenbank St. Georgen*, n° 45. El argumento se suma al sistemático para alcanzar la respuesta final.

preámbulo de los textos, otras partes del articulado de un mismo texto, otros instrumentos. La interpretación conforme a los principios que informan el sistema forma parte también de este criterio; importa tener presente que el abanico es amplio y heterogéneo: puede tratarse de principios propios del sistema de la UE, como el efecto útil o la confianza recíproca; genéricos, como interpretación restrictiva de las excepciones; específicos de un determinado sector, como la protección de consumidores. Esta pluralidad se traduce tanto en tensiones entre los elementos como en opciones para el intérprete.

– el argumento teleológico. Es tan frecuente como la interpretación sistemática. El criterio teleológico se aplica a la norma para interpretarla a la luz de su objetivo, del objetivo del texto concreto al que se inserta, o de objetivos del sistema en sentido amplio. De nuevo, la pluralidad se traduce tanto en tensiones entre los elementos como en la oferta de opciones para el intérprete.

– interpretación autónoma y comparación. La combinación de los criterios sistemático y de los objetivos de un texto han dado lugar a la llamada interpretación autónoma, que consta por primera vez en la jurisprudencia del TJ sobre DIPr y Derecho procesal en 1976, comprendiendo por una parte los objetivos y al sistema del (entonces) CB, y por otra los principios generales se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales¹³. La referencia a los principios generales comunes a los Estados miembros implicaba un análisis de Derecho comparado; en la práctica se abandonó pronto, quedando la interpretación autónoma centrada en el instrumento europeo aludido por la cuestión prejudicial. Esto no debe entenderse como desaparición total de la herramienta del Derecho comparado. Por una parte, la comparación trasciende al razonamiento del TJ en la medida en que es incorporada a las conclusiones del Abogado general – tanto si las sigue como si opta por separarse de ellas, indicando su falta de interés por este elemento en la interpretación. Por otra, el TJ mismo puede solicitar del Servicio de investigación y documentación la elaboración de informes a propósito del tratamiento de determinada cuestión en los ordenamientos de los Estados miembros, con distintos objetivos, siendo uno de ellos el que le sirva de fuente de inspiración para desarrollar su propia interpretación autónoma¹⁴.

– el precedente. El peso del precedente en la jurisprudencia del TJ es evidente; lo raro son los casos en que no hay mención a decisiones previas. El criterio aparece de diversas maneras: aparte de las citas o referencias a sentencias anteriores,

¹³ As. 29/76, EU:C:1976:137, *L.T.U. v. Eurocontrol*.

¹⁴ R.C. Economides–Apostolidis, “Brussels I in the European Practice. How Autonomous European Concepts are Developed by the ECJ”, *European Legal Forum*, 2010 (nº 5/6), pp. I–256 a I–258. Cabe citar como ejemplo los as. C– 585/08: *Pammer*, y C– 144/09: *Alpenhof*, EU:C:2010:740.

en el recurso a fórmulas del tipo “según reiterada jurisprudencia”¹⁵; también, en supuestos en que la cuestión ha sido resuelta ya en otro caso previo y el TJ estima que cabe pronunciarse mediante auto motivado¹⁶.

2. Coherencia

El diccionario de la RAE define coherencia como “Conexión, relación o unión de unas cosas con otras”, y también como “Actitud lógica y consecuente con una posición anterior”. Ambas definiciones son válidas a los efectos de este estudio.

En atención al ámbito examinado cabe distinguir entre coherencia interna de la jurisprudencia del TJ (en el seno de cada texto de DIPr y de Derecho procesal internacional analizado, o coherencia vertical; en el seno de la red de los instrumentos europeos sobre cooperación judicial en materia civil, o coherencia horizontal); y externa (en el marco del sistema jurídico de la UE en sentido amplio; en relación con instrumentos elaborados fuera del sistema)¹⁷.

A) Coherencia interna, o vertical

Las manifestaciones de coherencia vertical en la interpretación del TJ son múltiples. Entendida la coherencia como conexión o relación de unas cosas con otras ofrece una buena muestra la delimitación de los ámbitos materiales de aplicación de los art. 5.1º y 5.3º Reglamento nº 44/2001¹⁸. Definida como actitud consecuente con lo anterior, la coherencia aparece en forma de continuidad en la interpretación: entre los instrumentos sucesivos –Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y Reglamento (CE) nº 44/2001¹⁹–; y entre las decisiones del TJ, por la vía de la inclusión constante de referencias a decisiones propias previas. La voluntad de continuidad en cuanto a lo primero guarda correspondencia con llamada del legislador a construir las nuevas versiones de los instrumentos a la luz de la jurisprudencia existente²⁰. Con relación a lo segundo merece la pena señalar que también se refleja en las conclusiones de los abogados generales, de forma expresa²¹.

¹⁵ As. acumulados C-509/09 y C-161/10, EU:C:2011:685, *eDate* y *Oliver Martínez*, nº 32, 38, 40.

¹⁶ As. C-469/12, EU:C:2013:788, *Krejci Lager & Umschlagbetriebs GmbH*.

¹⁷ El análisis de esta última forma de coherencia requiere aplicar parámetros parcialmente distintos. Por ello, y también porque otras contribuciones a este volumen del Anuario abordan este último aspecto (vid. las de B. Hess y M. Pertegás Sender) no vamos a entrar en él.

¹⁸ Desde el as. C. 51/97, EU:C:1998:509, *Réunion*.

¹⁹ Entre otros muchos supuestos *vid.* la decisión en el as. C-180/06, EU:C:2009:303, *Ilse*.

²⁰ Cdo. nº 19 Reglamento (CE) nº 44/01.

²¹ *Vid.* las recientes conclusiones del AG Y. Bot en el as. C-366/13, EU:C:2015:274, *Profit*, nº 3.

B) Coherencia horizontal

La coherencia horizontal alude en primer término a la delimitación de los instrumentos entre sí con el objetivo de evitar que se solapen (i). En segundo lugar se refiere a la comunicación entre los Reglamentos: por ejemplo, a la definición idéntica de los términos y expresiones contenidos en ellos para asegurar la comprensión única de palabras similares o idénticas; a la proyección de los mismos principios sobre todos ellos; a la exportación de soluciones de unos a otros (ii). En último lugar alude a la relación con otros elementos del Derecho de la UE, más allá de los textos sobre DIPr y Derecho procesal (iii).

i) A través de sus respuestas el TJ trata de evitar el solapamiento entre instrumentos. Ahora bien, ese no es el único resultado de la tarea interpretativa que opera a la luz de la red de textos de DIPr. y de Derecho procesal europeo. El TJ intenta también llevar a cabo un “ensamblaje de las piezas” – donde las “piezas” son los diferentes Reglamentos o en su caso, directivas²² tan perfecto como sea posible, con el fin de reforzar y trasladar al observador la idea de un sistema jurídico coherente y completo. Se aprecia aquí una evolución interesante en la delimitación material de los instrumentos por parte del TJ: originalmente, bajo el CB la interpretación de las excepciones o materias excluidas trataba de establecer los contornos de la relación entre los ordenamientos nacionales y el Convenio; en la actualidad ello se ha transformado en una cuestión de interpretación sistemática entre Reglamentos comunitarios²³.

El ejemplo más representativo de las dos tendencias aludidas está en las decisiones sobre la relación entre el RB I y el Reglamento (CE) n° 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia: por una parte este debe ser interpretado de forma restrictiva²⁴. Por otra, el TJ ha indicado que los dos textos deben ser leídos de ma-

²² Cabe añadir las recomendaciones de la Comisión, especialmente aquellas cuyo enunciado disfraza un mandato, mucho más que una mera recomendación: *vid.*, *v.gr.*, la Recomendación sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, (2013/396/UE), de 11 junio 2013, DO L201 de 26.7.2013.

²³ B. Hess, C. Oró, “Civil and Commercial Matters”, *European Encyclopedia of Private International Law*, a), pendiente de publicación, bajo III.2.

²⁴ As. C-292/08, EU:C:2009:544, *German Graphics*, n° 25, “Por consiguiente, el ámbito de aplicación de este último Reglamento [n° 1346/2000] no debe ser objeto de interpretación amplia”. Es legítimo preguntarse si esta pauta se mantendrá tras la adopción del nuevo Reglamento en materia de insolvencia, habida cuenta de la ampliación de su ámbito de aplicación. Lo mismo, en cuanto a las relaciones con los Reglamentos en material patrimonial pero en el seno de la familia – así, el Reglamento (CE) n° 4/2009, sobre relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos–; en principio cabe afirmarlo, en tanto que se trata de *lex specialis*. Al mismo tiempo no es posible obviar el hecho de

nera tal “que se evite todo solapamiento entre las normas jurídicas que ambos textos establecen, así como todo vacío jurídico. De este modo, las demandas que, en virtud de la letra b) del art. 1, ap. 2, del Reglamento nº 44/2001, estén excluidas del ámbito de aplicación de este último Reglamento, por relacionarse con “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos”, estarán comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1346/2000. De modo simétrico, las demandas que no estén incluidas en el ámbito de aplicación del art. 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 estarán comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 (sentencia *F-Tex*, C-213/10, EU:C:2012:215, aps. 21, 29 y 48)”²⁵.

ii) La coherencia en el marco de la interpretación de los instrumentos europeos resulta de la convergencia de los significados atribuidos a los términos empleados en ellos²⁶. En las materias civil y mercantil patrimoniales el Reglamento (CE) nº 44/2001 aparece de nuevo como el “instrumento madre”: el significado de la expresión en este texto puede ser considerado como la definición básica del ámbito de aplicación del resto de los que la emplean²⁷. Otras nociones se retoman igualmente en otros instrumentos posteriores: es el caso del “consumidor” en el Reglamento (CE) nº 805/2004, sobre el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, art. 6.1º.d): en varias ocasiones el TJ ha aludido explícitamente al carácter suplementario de las reglas del Reglamento, por comparación con las del Reglamento (CE) nº 44/2001²⁸.

La coherencia intra-sistemática (y la apariencia de la misma) se refuerza además con la aplicación o proyección transversal de principios y soluciones. Un ejemplo se produce en relación con el alcance material del Reglamento (CE) nº 2201/2003: al hilo de una cuestión prejudicial sobre los efectos de la decisión de un Estado miembro en otro, el TJ respondió importando la jurisprudencia sobre el Reglamento (CE) nº 44/2001 al respecto²⁹.

que el instrumento comprende también la ley aplicable, e incorpora elementos externos al sistema (en “concreto el Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, de 23 noviembre 2007).

²⁵ As. C- 157/13, EU:C:2014:2145, *Nickel & Goeldner Spedition GmbH*, nº 21.

²⁶ En defensa de que sea así (posición monista), H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et execution des jugements en Europe*, LGDJ, 2012, nº 183, en relación la noción de “materia contractual”; C. Nourissat, “Le champ d’application du Règlement Rome II”, en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, dir. S. Corneloup, N. Joubert, Litec, 2008, p. 13 ss, esp. 20. T. Azzi, “Bruxelles I, Rome I, Rome II: regard sur la qualification en droit international privé”, *Rec. Dalloz*, 2009, p. 1621.

²⁷ B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser, *The Brussels I Regulation. Application and Enforcement in the EU*, C.H. Beck, 2008, par. 65.

²⁸ *V.gr.*, as. C 508/12, EU:C:2013:790, *Vapenik*.

²⁹ As. C-92/12, EU:C:2012:255, *Health Service Executive*, nº 142.

iii) El TJ cuida en su jurisprudencia la coherencia en relación con el sistema entendido en sentido amplio. En línea con su aproximación metodológica general, el TJ ha desarrollado unos principios y valores de carácter predominante aplicables también al Derecho procesal internacional y al derecho internacional privado: por una parte, respetando los instrumentos constitucionales de la UE y los principios que en ellos se contienen³⁰. Por otro lado, por lo que se refiere al Derecho derivado, el TJ ha aprovechado las oportunidades que se le ofrecían para mantener los instrumentos inter-comunicados. Uno de los ejemplos más claros se halla en el contexto de la protección de los consumidores³¹.

3. Incoherencias

Como dijimos en la Introducción el TJ y su jurisprudencia son blanco habitual de las críticas de la doctrina. Las objeciones se dirigen tanto a la metodología empleada y la forma de hacerlo (A), como a los resultados obtenidos (B)³².

A) Incoherencias metodológicas

En su contribución al Libro Homenaje a B. Audit T. Azzi ofrece como ejemplo de incoherencia metodológica el contraste entre el as. C-533/07³³, donde la definición de “servicios” prescinde de toda referencia de Derecho material y hay un rechazo explícito a incorporar la definición amplia que se había previamente a los efectos del art. 50 del TCE (hoy, art. 57), y el as. C-381/08³⁴, donde la “venta de mercancías” es definida a la luz de cuatro textos de Derecho sustantivo. El autor prosigue la ejemplificación en el ámbito del uso del precedente y de la interrelación entre instrumentos citando los as. C-133/08³⁵ y C-29/10³⁶, ambos relativos a la interpretación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en un momento en que el RR I, su sucesor, ya había sido adoptado: mientras que en el último caso el TJ se refiere explícitamente a la coherencia entre el convenio y el Reglamento para apoyar su argumentación, no existe ninguna mención al respecto en el primer supuesto.

³⁰ *V.gr.*, en relación con el art. 47 CEDF: *vid.* el as. C-112/13, EU:C:2014:2195 A v. B.

³¹ *Vid.*, *v.gr.*, as. C 508/12, EU:C:2013:790, *Vapenik*, nº 26, en relación con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

³² Las incoherencias en los resultados son en general consecuencia de lo mismo en términos de método; por ello en la partes III y IV de este estudio abordamos sólo las segundas.

³³ EU:C:2009:257, *Falco*.

³⁴ EU:C:2010:90, *Car Trim*.

³⁵ EU:C:2009:617, *ICF*.

³⁶ EU:C:2011:151, *Koelzsch*.

B) Incoherencias sustantivas

i) El supuesto más conocido y probablemente más deplorado de incoherencia interna en la interpretación del TJ lo proporciona su jurisprudencia a propósito del art. 5.3³⁷. Suelen citarse como contradictorios *eDate Advertising* y *Martinez, Wintersteiger*, and *Pinckney*³⁸, en tanto que decisiones en las que el TJ se separó de los previos *Pammer* and *Hotel Alpenhof*³⁹ en relación con los retos que internet supone de cara a determinar la competencia judicial internacional por la vía de la *targeting test*⁴⁰. La teoría vuelve a ser empleada, sin embargo, en *Football Data-co*⁴¹.

Aparte de ello, entre sí las tres decisiones citadas en primer lugar tampoco son totalmente coincidentes: en *eDate Advertising* y *Martinez*, sobre la infracción de los derechos de la personalidad, el TJ optó por otorgar competencia sobre la totalidad de los daños al tribunal del lugar donde se halla el centro de intereses de la persona lesionada (alternativamente, el lugar de establecimiento del emisor de los contenidos lesivos)⁴². En *Wintersteiger*, relativa a la infracción de marcas, el TJ determinó como lugar del daño el de registro de la marca, y como lugar del hecho el del domicilio del causante. En *Pinckney*, a propósito de la violación del derecho de autor —que podría ser considerado como emanación de la personalidad del creador—⁴³ el TJ se separa también de *eDate* y *Martínez* optando por la jurisdicción del país de registro del derecho de autor.

Otra disposición del Reglamento (CE) n° 44/2001 que el TJ interpreta a juicio de la doctrina de forma incoherente es el art. 6.1°, a la luz de las decisiones C—51/97, *Réunion Européen*, y la recaída en el as. C—98/06, *Freeport*⁴⁴. En el Cdo n° 50 de la primera el TJ señaló que “no puede considerarse que tengan un punto de conexión dos demandas de una misma acción de reparación, dirigidas contra distintos demandados y basadas, una de ellas, en la responsabilidad contractual y, la

³⁷ T. Azzi, pp. 48–50.

³⁸ As. acumulados C—509/09, *eDate*, y C—161/10, *Martinez*, EU:C:2011:685; as. C—523/10, EU:C:2012:220, *Wintersteiger*; as. C—170/12, EU:C:2013:635, *Pinckney*. Debe añadirse el reciente as. C—441/13, EU:C:2015:28, *Pez Hedjuk*, que sigue a *Pinckney*.

³⁹ As. acumulados C—585/08 (*Pammer*) y C—144/09 (*Hotel Alpenhof*), EU:C:2010:740.

⁴⁰ M. Reymond, “The ECJ’s *eDate* Decision: A Case Comment”, *Yearb Pr. Int’l L.*, 2011, p. 493, 500.

⁴¹ As. C—173/11, EU:C:2015:28.

⁴² Podría también ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible, pero dichos órganos sólo serán competentes para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido.

⁴³ Repárese, no obstante, en que la discusión era sobre derechos patrimoniales.

⁴⁴ T. Azzi, pp. 50–51; J. Schmidt, p. 251.

otra, en la responsabilidad delictual⁴⁵. En la segunda, en el n.º 47 y en el dispositivo el TJ se pronunció como sigue: “El art. 6.1º Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados tengan fundamentos jurídicos distintos no impide la aplicación de esta disposición”⁴⁶.

ii) Más allá de las incongruencias en el seno de un mismo instrumento se encuentran las relativas a las relaciones entre varios. El as. C-435/06⁴⁷, decidido por la Gran Sala, provee un ejemplo de divergencias en la comprensión de los Reglamentos (CE) n.º 44/2001 y (CE) n.º 2201/2003 en cuanto a la cuestión de si las decisiones adoptadas por autoridades públicas en ejercicio de su función deben ser consideradas como “materia civil”. En el supuesto la decisión nacional requería que un menor fuera entregado en acogimiento: una medida que podría, bajo determinadas circunstancias, resultar incluso en la privación de libertad del niño. El TJ respondió afirmativamente a pesar de los antecedentes recaídos en el marco del RB I, que apuntaban en sentido opuesto⁴⁸.

Los mismos textos chocan en lo relativo a la interpretación de la regla de litispendencia. La inflexibilidad ha sido siempre la “marca de la casa” en la jurisprudencia del TJ en relación con el art. 27 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, o el previo art. 21 CB, como evidenció la decisión en el as. C-116/02, *Gasser*⁴⁹. En abierta oposición, en el dispositivo del as. C-296/10 el TJ señaló que:

“Cuando, a pesar de los esfuerzos realizados por el órgano jurisdiccional ante el que se plantea el asunto en segundo lugar para recabar información de la parte que alega la litispendencia, del primer órgano jurisdiccional y de la autoridad central, el segundo juez no disponga de ningún dato que permita determinar el objeto y la causa de una demanda interpuesta ante otro órgano jurisdiccional y que demuestre, en particular, la competencia de este órgano conforme al Reglamento n.º 2201/2003, y cuando, debido a circunstancias particulares, el interés del menor exija la adopción de una resolución judicial que pueda ser reconocida en otros Estados miembros distintos del Estado miembro del segundo órgano jurisdiccional, le compete a este, después de esperar respuesta, durante un plazo razonable, a las preguntas formuladas, continuar el examen de la demanda que se le haya planteado. La duración de este plazo razonable debe tener en cuenta el interés superior del menor en función de las circunstancias propias del litigio en cuestión”⁵⁰.

⁴⁵ As. 51/97, EU:C:1998:509.

⁴⁶ EU:C:2007:595, n.º 47 y dispositivo.

⁴⁷ As. C-435/06, EU:C:2007:714, C.

⁴⁸ *V.gr.*, as. C-49/12, EU:C:2013:545, *Sunico and Others*. *Vid.* también B. Hess, C. Oró, bajo III.2b).

⁴⁹ As. C-116/02, EU:C:2003:657.

⁵⁰ As. C-296/10, EU:C:2010:665, *Purrucker II*.

La decisión en el as. C-45/13, *Kainz*,⁵¹ pone de manifiesto divergencias en la interpretación de los textos de la UE sobre Derecho procesal internacional y Derecho internacional privado. En el caso analizado la noción controvertida era la de “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” del art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001, en materia de responsabilidad por los productos. Una interpretación en línea con el Reglamento (CE) nº 864/2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales habría llevado a localizar el lugar del hecho dañoso en el lugar donde el producto se pone en circulación; el TJ optó en cambio por el lugar de manufactura del producto.

Finalmente merece la pena indicar como ejemplos de incoherencia entre Reglamentos los asuntos C-514/10 y C-527/10⁵², a propósito de la aplicabilidad temporal los textos. En el as. C- 514/10 se preguntaba al TJ si el Reglamento (CE) nº 44/2001 se aplica al reconocimiento de la decisión de un Estado miembro (Austria) recaída en un momento en que ni el Reglamento ni el CB estaban en vigor en el Estado requerido (la República Checa). En el as. C- 527/10, se producía una situación similar, pero esta vez en relación con el reconocimiento de la declaración de insolvencia en Austria antes de la entrada en vigor del Reglamento (CE) nº 1346/2000, de insolvencia, en el estado requerido (Hungría). Mientras que el primer supuesto recibió una respuesta negativa la afirmativa prevaleció en el segundo⁵³

III. Explicando la jurisprudencia del TJ (I). El medio: contexto y funcionamiento de la institución

La doctrina acusa a la jurisprudencia del TJ de incoherente en el método y el resultado: se ignora qué método va a seguir el TJ en cada caso; ante la evidencia de que se manejan varios, lo que se critica es la ausencia de preferencia clara por un criterio o por una precisa combinación de los disponibles⁵⁴. En particular se deplora la falta de fidelidad a los argumentos literal y del precedente, en detrimento de la previsibilidad⁵⁵.

Ciertamente, si se toma como punto de partida el análisis doctrinal –basado en la observación de jurisprudencia nacional– según el cual la interpretación judicial comienza habitualmente por el criterio literal, y sólo si este es insuficiente procede

⁵¹ As. C- 45/13, EU:C:2014:7.

⁵² As. C- 514/10, EU:C:2012:367, y as. C- 527/10, EU:C:2012:417.

⁵³ Vid. la crítica de R. Varela Figeroa, “El ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001. Aplicación en los nuevos estados miembros de las normas relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras”, *La Ley*, 30 noviembre 2012.

⁵⁴ C. Nourissat, pp. 28-30; T. Azzi, pp. 45-48.

⁵⁵ J. Schmidt, pp. 248-254.

al argumento sistemático y en último término al teleológico⁵⁶, hay que admitir que el TJ no respeta el esquema. La pregunta es, sin embargo, por qué habría de adaptarse a esta u otra propuesta de ordenación de los criterios de interpretación al “estilo nacional”⁵⁷; la evidencia es que *no lo hace*, no sólo en el ámbito material que nos ocupa, sino en ninguno⁵⁸. Así las cosas, a menos que se quiera defender al TJ a toda costa, sin que importe el argumento, o quedarse sin más en la crítica y la desaprobación⁵⁹, lo que se impone es modificar el ángulo del análisis: reconsiderar el planteamiento del examen de la jurisprudencia del TJ. En esta línea entendemos pertinente el estudio de dos aspectos. En primer lugar, el de los factores más relevantes en la “inestabilidad” metodológica del TJ –si se quiere, su porqué–; dedicaremos a estos puntos el presente epígrafe III separando los elementos que contribuyen inevitablemente a ese resultado, y los argumentos a favor de que ese *sea* el resultado. En segundo lugar, bajo el epígrafe IV explicaremos qué es lo que hace el TJ: su empleo de los criterios de interpretación. A modo de epílogo a esta segunda parte sugeriremos que la manera de operar del TJ desencadena consecuencias sobre el rol de sus intérpretes, es decir, de la doctrina.

1. El contexto

El contexto de trabajo del TJ está configurado por varios niveles o capas, dando lugar a un entorno complejo con aptitud para repercutir negativamente en la correcta comprensión de razonamientos y resultados. Son de sobra conocidos, por lo que nos limitaremos aquí a recordarlos brevemente.

De entrada, los instrumentos de DIPr y de Derecho procesal europeo son parte del sistema jurídico correspondiente a un proyecto político, económico y social en marcha– la UE. El conjunto de rasgos definitorios esenciales y objetivos prioritarios del proyecto pesan como condicionamientos de la interpretación de cualquier regla del sistema: por una parte sus contornos difusos y dinamismo se traducen en un margen variable de indefinición que ineludiblemente se proyecta sobre ella; por otra el objetivo de consolidar el proyecto orienta la interpretación al tiempo que se alimenta de ella.

La tarea del TJ se ve afectada también por elementos externos al sistema. En el ámbito de los instrumentos relativos al acceso a la justicia el CEDH representa el

⁵⁶ Refiere estas posturas G. Beck, p. 279 ss.

⁵⁷ En parecido sentido, P. Courbe, “Le juge, la jurisprudence et le droit international privé”, *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen J. Héron*, París, LGDJ, 2008, pp. 180–196, esp. p. 196.

⁵⁸ G. Beck, pp. 294–312, con matizaciones según áreas legales. En la misma línea, la referencia de C. Nourissat, p. 24, al antiguo Presidente del TJ Mertens de Vilmer.

⁵⁹ Como indica S. Sankari, p. 63: “*The more practical tools of legal interpretation presented next do seem to be rather universal, alike for all, but are used differently. The differences are prone to generate disagreement over the acceptability of Court of Justice practice (...)*”.

de mayor relevancia. Como ya se dijo antes, habida cuenta de que otros autores tratan el tema en este mismo volumen del Anuario, no va a ser objeto de desarrollo aquí⁶⁰.

Los Estados miembros de la UE son parte del contexto del TJ; ello afecta a diferentes planos de su actuación como intérprete del derecho de la UE. Dos son los datos de mayor trascendencia en este sentido: por un lado, la propia configuración y finalidad de la cuestión previa limita y da forma a la interpretación del TJ; su tarea es compartida con la jurisdicción nacional de referencia, que interviene en diferentes momentos del proceso de interpretación. Por otro lado, los ordenamientos de los estados miembros pueden tener un rol en dicho proceso, incorporándose a los razonamientos del TJ como material de trabajo (como sucedía, o podía suceder, en la definición original de la interpretación autónoma), o como límite, si el TJ opta por considerar el impacto que en tales sistemas puede tener una u otra interpretación (a través del criterio teleológico en la vertiente que analiza las consecuencias de cierta interpretación⁶¹).

En la práctica del TJ se observa la paulatina relegación de los estados miembros en cualquiera de las dos perspectivas: la interpretación autónoma no incorpora ya (o no de manera explícita ni principal) el elemento de los principios comunes a los ordenamientos de los estados miembros⁶²; los ejemplos más conocidos de impacto sobre los ordenamientos de los estados miembros apuntan a imposiciones en el sentido de limitar el uso de determinadas instituciones o figuras nacionales, por incompatibilidad con el sistema procesal de la UE⁶³.

Finalmente, el contexto es la institución misma, esto es, el TJ: cómo funciona y cuáles son los elementos que lo caracterizan orgánicamente. Por su peso natural sobre la interpretación este aspecto requiere un desarrollo propio, que abordamos más abajo (*vid.* 3).

2. Materiales de trabajo

El TJ es competente para interpretar el DIPr y el Derecho procesal civil europeo. Una descripción de los instrumentos en vigor en este ámbito con pretensiones de abarcarlos todos nunca será acertada completamente. Aceptando esa premisa, podemos tomar como punto de partida un conjunto de rasgos predicables en general de cualquier normativa, ya sea doméstica, europea o convencional, y trasladarla

⁶⁰ *Supra* nota al pie nº 17.

⁶¹ R.C. Economides–Apostolidis, pp. I–256 a I–258.

⁶² *Supra* bajo II.1.

⁶³ *V.gr.*, as. 288/82, EU:C:1983:326, *Duijnste*.

al ámbito objeto de examen: la vaguedad en la redacción de las reglas; inestabilidad de las mismas; reglas incompletas; pluralidad de valores⁶⁴.

A) Vaguedad en la redacción de las normas

A primera vista los textos europeos en la materia que aquí interesa no son particularmente vagos. En cambio sí se emplean con frecuencia términos dotados de un significado técnico, que difiere de la comprensión laxa del ciudadano común y que no es necesariamente el mismo en todos los sistemas de la UE. La mayoría, sino todos, los términos utilizados en los textos son conocidos en los sistemas jurídicos nacionales; sin embargo su significado varía entre ellos⁶⁵.

Además de ello sí es posible identificar conceptos jurídicos indeterminados⁶⁶; normas abiertas cuya concreción deja el legislador comunitario a los nacionales⁶⁷; y textos de redacción confusa como consecuencia de la necesidad de alcanzar un compromiso político. Un ejemplo de esto último es la excepción de arbitraje en el seno del Reglamento (UE) n° 1215/2012, Bruselas I bis: la viva discusión doctrinal suscitada por la cuestión preliminar en el as. C- 536/13 y las conclusiones del AG Wathelet⁶⁸, justificada o no en términos puramente técnicos, da prueba de ello; el debate persiste en torno al Cdo. n° 12, cuya inclusión en el texto se explica, precisamente, en la voluntad de aclarar la exclusión del arbitraje.

Los datos anteriores se suman a una particularidad del funcionamiento del TJ para explicar por qué pocas veces puede limitarse a repetir una expresión legal y por qué como regla la interpretación literal no prevalece sobre las demás interpretaciones, ni es practicada como único criterio explicativo de los instrumentos de DIPR y procesales europeos: nos referimos a la pluralidad lingüística de los textos, o *input multilingualism*⁶⁹. El TJ utiliza más de veinte versiones de cada instrumento, todas ellas igualmente auténticas. Varias son las consecuencias: en primer término, en caso de divergencias en el mismo texto en función del idioma el TJ no retiene el máximo denominador común; la interpretación se realiza conforme al propósito de las reglas en cuestión y a la luz del sistema en que se integran. En segundo lugar es esencial identificar a qué se deben las divergencias en las traducciones: en tanto que errores son corregibles, mientras que la solución es más com-

⁶⁴ G. Beck, p. 162.

⁶⁵ La naturaleza de los materiales es legal; pocas veces hay *un* significado legal para un término.

⁶⁶ El interés del menor es el ejemplo clásico, en el Reglamento (CE) n° 2210/2003.

⁶⁷ En el Reglamento (UE) 1215/2012, Bruselas I bis, v.gr., el art. 48: “El órgano jurisdiccional resolverá sin demora sobre la solicitud de denegación de la ejecución”

⁶⁸ EU:C:2015:316, *Gazprom*. Las conclusiones: EU:C:2014:2414.

⁶⁹ S. Sankari, p. 79.

pleja ante el problema, de mayor envergadura, de la ausencia de términos equivalentes en varios idiomas⁷⁰.

B) La inestabilidad de las reglas

La inestabilidad de las reglas de DIPr y Derecho procesal europeo no es excesiva, si con ella se hace referencia a cambios textuales introducidos por el legislador⁷¹; y es que precisamente el dinamismo de la normativa se produce sobre todo a través de la interpretación del TJ. Las revisiones que se producen están previstas en los propios instrumentos a través de cláusulas al respecto, como es el art. 79 Reglamento (UE) n° 1215/2012, y van precedidas de estudios sobre el funcionamiento del texto en la práctica y sobre lo que se estima necesario cambiar. Las consultas de la Comisión a este respecto son abiertas; en consecuencia los interesados pueden exponer su opinión y los cambios son anunciados.

Hay, no obstante, algún dato reseñable en la dinámica de las normas –su redacción, su naturaleza, su número–, con efectos sobre su interpretación:

– con frecuencia las decisiones del TJ en las que se acusan déficits en la letra de las reglas en vigor son tenidas en cuenta por el legislador a la hora de revisar los textos⁷²; no obstante es difícil encontrar ejemplos de interpretación directamente *contra legem*.

– el cambio en la naturaleza de los instrumentos en el tiempo – de convenios a Reglamentos– no ha alterado los métodos de interpretación por el TJ (sí el hecho de su competencia inmediata para interpretarlos), por cuanto ya en la etapa de los Convenios había optado por los que se practican actualmente, y no por los típicos sobre interpretación de los tratados. Sin embargo en los documentos más recientes sí se aprecia una evolución en la técnica de redacción respecto de la empleada con los Convenios y los primeros Reglamentos, con incidencia potencial en la interpretación: nos referimos a la amplitud de los preámbulos y al detalle de los Considerandos.

⁷⁰ L. Mulders, “Translation at the Court of Justice of the European Communities”, en S. Prechal, B. van Roermund (ed.), *The Coherence of EU Law*, OUP, 2008, pp. 3–58.

⁷¹ Modificaciones en breve tiempo tras la adopción de un texto, como la ocurrida en el Reglamento Bruselas I bis por virtud del Reglamento (UE) n° 542/2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal, son infrecuentes. Tampoco es habitual la derogación total de un Reglamento en un plazo breve, como ocurrió con el Reglamento (CE) n° 1347/2000 o, en materia de notificación, con el Reglamento (CE) 1393/2007, que deroga el previo Reglamento (CE) n° 1348/2000.

⁷² El caso típico es el de la regla sobre litispendencia en el Reglamento (CE) n° 44/2001 cuando media una cláusula de elección de foro: *vid.* art. 31 Reglamento (UE) n° 1215/2012.

– el señalado incremento en la extensión y en el desarrollo de los Considerandos – es buen ejemplo el nº 12 del Reglamento (UE) nº 1215/2012; muchos otros aparecen en el texto de 12 marzo 2015 que será base del futuro Reglamento sobre insolvencia– obliga a preguntarse si se les debe conceder algún efecto en particular; y si cabe una respuesta general a esta pregunta, o cada Considerando debe ser tratado en función de la razón de su inclusión en el texto analizado. La cuestión es discutida. La posición clásica niega a los Considerandos un valor mayor en comparación con otros elementos sistemáticos u otros criterios hermenéuticos, pero el uso que se hace de ellos por parte de alguna jurisprudencia⁷³, y por miembros del TJ⁷⁴ pueden apuntar en otro sentido. El discurso reiterado por algunos autores de renombre sobre el valor añadido de los Considerandos está generando además un estado de opinión a favor de aceptarlos como parte *quasi* obligatoria de los textos⁷⁵.

– el número de textos aplicables en el espacio de libertad, seguridad y justicia ha aumentado considerablemente en los últimos años, dando lugar a una red de instrumentos sectoriales que sigue teniendo como documento “madre” el Reglamento (CE) nº 44/2001. El conjunto de elementos que integran el sistema se agranda, y pasa a primer plano la cuestión de su delimitación, que se complica, y la de su interpretación idéntica, especialmente cuando emplean la misma terminología. Ahora bien, siendo la coherencia una noción relativa mantenerla *ad intra* (en el seno de un mismo instrumento) puede perfectamente conducir, y además justificar, incongruencias *ad extra*, con otros instrumentos. La coherencia entre dos o más textos específicos por razón de la material, todos ellos pertenecientes al área de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, no puede resultar en incongruencias internas. El “mantra” de una comprensión idéntica de términos idénticos o similares no es más que una presunción, que cabe refutar, de que vocablos y conceptos empleados a lo largo y ancho del sistema legal poseen el mismo signifi-

⁷³ Vid. los asuntos acumulados C–509/09 y C–161/10, EU:C:2011:685, *eDate* y *Olivier Martínez*, nº 55: “En este sentido, la parte dispositiva de un acto de la Unión no puede dissociarse de su motivación, por lo que, si es necesario, debe interpretarse teniendo en cuenta los motivos que han llevado a su adopción (sentencias de 29 abril 2004, *Italia/Comisión*, C 298/00 P, Rec. p. I 4087, apartado 97 y jurisprudencia citada, y *Lassal*, antes citada, apartado 50)”.

⁷⁴ Vid. las conclusiones del AG Wathelet a propósito del Cdo. nº 12 RB I bis. En realidad esta forma de razonar no difiere de la sostenida por el AG Kokkot y el propio TJ en el as. C– 185/07, EU:C:2009:69, *West Tankers*, nº 26, donde la inclusión de la validez de la cláusula arbitral planteada a título preliminar en el ámbito de aplicación del Reglamento 44/01 se resuelve exclusivamente a la luz de un Informe al Convenio de Bruselas (los Informes han desaparecido como acompañamiento habitual de los textos normativos, pero pueden entenderse sustituidos por los Considerandos).

⁷⁵ En dos seminarios a los que he asistido recientemente en torno a instrumentos de Derecho procesal europeo esta fue la posición de P. Beaumont a propósito del Cdo. nº 12 Reglamento 1215/2012 (Instituto TCM Asser, La Haya, 19 de marzo 2015), y de S. Bariatti a propósito de la Propuesta de nuevo Reglamento de insolvencia (Facultad de Derecho, Viena, 17 de abril 2015).

cado. Cuando los objetivos de dos textos divergen su sentido debe discernirse a la luz de su propósito respectivo. El TJ lo ha dicho expresamente: primero, con carácter general, en su Dictamen 1/91 sobre el Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, por otra parte, sobre la creación del Espacio Económico⁷⁶. En segundo lugar, en el área de la cooperación judicial, en lo relativo a las relaciones entre instrumentos de Derecho procesal europeo en el as. C-435/06⁷⁷; en tercer lugar, a propósito de las relaciones entre textos de DIPr y de Derecho procesal, en el as. C- 45/13, *Kainz*, nº. 20⁷⁸.

– a lo anterior debe añadirse la diferencia “generacional” entre los textos: unos poseen mayor potencial para la integración que otros. Por ejemplo, documentos como el Reglamento (UE) nº 1215/2012 tienen un gran potencial en la medida en que a efectos del reconocimiento y la ejecución transfronteriza se ha creado un formulario detallado cuyo uso es obligatorio. Por lo que se refiere a la interpretación, ello se aprecia en que unos instrumentos son más abiertos que otros en cuanto al espacio abierto a una extensión por analogía –a menos que haya que concluir que la presencia de un precepto como el art. 26 del Reglamento (CE) nº 1896/2006: “Todas las cuestiones procesales no tratadas expresamente en el presente Reglamento se regirán por el Derecho nacional”– y su ausencia en instrumentos como el Reglamento (CE) nº 861/2001, por el que se establece un proceso de escasa cuantía, es irrelevante.

C) Alcance de las reglas

En línea con lo anterior se encuentra la idea de que el alcance de las reglas de DIPr y Derecho procesal europeo es limitado, como consecuencia de factores tanto estructurales como coyunturales. Los primeros se relacionan con el reparto de competencias en la UE; los segundos agrupan las divergencias políticas y de políticas legislativas de los estados miembros, que repercuten en los textos condicionando su literalidad tanto como su alcance. Ello no ha evitado la pretensión y la

⁷⁶ Dictamen 1/91: “El hecho de que el tenor de las disposiciones del Acuerdo sobre la creación del Espacio Económico Europeo sea idéntico al de las normas comunitarias correspondientes no significa necesariamente que hayan de ser interpretadas de manera idéntica. En efecto, un Tratado internacional no ha de interpretarse exclusivamente en función de los términos en que está redactado, sino también a la luz de sus objetivos”.

⁷⁷ As. C-435/06, EU:C:2007:714, C. El argumento formal del TJ es la necesidad de una interpretación autónoma que separa el Derecho de la UE del nacional (*vid.* nº 45); lo cierto es que es su respuesta al gobierno de Suecia, cuyo razonamiento se apoya en realidad en la definición de materia civil en el Convenio de Bruselas. Mucho más clara en este sentido, admitiendo la ruptura entre los dos textos, la AG, EU:C:2007:543, nº 38.

⁷⁸ As. C- 45/13, EU:C:2014:7.

afirmación de que los Reglamentos europeos configuran un sistema completo, lo que sólo es correcto si se entiende como que es completo dentro de un perímetro delimitado *a priori*.

La falta de contornos precisos sobre el reparto de competencias legislativas, su carácter dinámico, la maraña de intereses en juego generan falta de claridad sobre aspectos vitales de la interpretación, tales como hasta dónde es posible una extensión de las reglas expresas, ya sea por analogía ya en nombre de principios y valores propios de la UE⁷⁹.

D) Pluralidad de valores

La labor interpretativa del TJ se desarrolla en el seno de un sistema presidido por un conjunto de valores: como todos. Ahora bien, el contexto europeo presenta ciertas particularidades en este sentido. En primer término hay un valor peculiar al espacio europeo, que es el de la integración. El mismo ocupa una posición de superioridad desde la que desempeña una función de dirección e impulso, lo que determina que pueda explicar por sí mismo decisiones arriesgadas del TJ, incluso cuando no figure explícitamente⁸⁰.

En segundo lugar, el grado en que factores relativos a los valores se perciben en los materiales con que trabaja el TJ es diferente a lo que ocurre en otros contextos. La pluralidad y diversidad de valores, o principios, aparece más acentuada; el grado o intensidad en que permean los elementos que integran el sistema es variable (son elásticos), y pocas veces explícito, hasta el punto de que las referencias terminan por aparecerse al lector como fórmulas huecas, de puro estilo. Hay unos principios transversales válidos para todos los instrumentos, y propios de la UE (efecto útil, confianza recíproca); otros transversales, pero no exclusivos de la UE (protección de parte débil); otros restringidos al área particular (*v.gr.*, en los instrumentos de distribución de competencia judicial entre las jurisdicciones de los estados miembros, el equilibrio entre demandante y demandado). La pluralidad de principios y su carácter maleable dotan al intérprete de un vasto margen de opción. Un ejemplo lo proporciona la diferente forma de aplicar la regla sobre la litispen-

⁷⁹ Vid. una propuesta de extensión por analogía para llenar una laguna en las conclusiones del AG Szpunar al as. C- 4/14, EU:C:2015:233, *Bohez*; como consecuencia de la aplicación de principios, el as. C- 327/10, EU:C:2011:745, *Hypoteční banka a.s.*, en el que el TJ extiende la aplicación geográfica del Reglamento (CE) n° 44/2001 a demandados cuyo domicilio se desconoce, cuando no hay datos para determinarlo ni indicios probatorios que permitan concluir que *no* lo tiene en la UE.

⁸⁰ Permite esta lectura casos como el as. C- 327/10, EU:C:2011:745, *Hypoteční banka a.s.* En nuestra opinión el principio de integración opera tanto directamente como de manera indirecta, es decir, incitando a evitar las interpretaciones aptas para la desintegración: *vid.* por el ejemplo el n° 30 del as. C- 159/02, EU:C:2004:228, *Turner* (riesgo de multiplicación de *anti-suit injunctions*).

dencia en los Reglamentos (CE) n° 44/2001, y (CE) n° 2201/2003⁸¹ –el interés del menor justifica la flexibilidad con que se aplica en el segundo–, frente a la rigidez que siempre ha caracterizado su aplicación en el primero.

3. El funcionamiento orgánico

La pregunta por el funcionamiento del TJ trata de responder la cuestión sobre qué sabemos acerca de una decisión del TJ. El interrogante se subdivide en dos: la dinámica interna del TJ⁸² – qué tratamiento se da a las cuestiones prejudiciales en el seno de la institución; y cómo opera el reparto de tareas entre TJ y tribunales nacionales.

A) El tratamiento de las cuestiones prejudiciales

El procesamiento de una cuestión prejudicial dirigida al TJ se realiza en el seno de una maquinaria pesada, que involucra a un gran número de actores: muchos de ellos son anónimos; todos se encuentran ligados por obligaciones de secreto y confidencialidad.

El camino de una cuestión prejudicial se inicia con el examen de la misma por el Servicio de investigación y documentación del Tribunal⁸³. A los administradores de este servicio compete hacer un repaso exhaustivo de los asuntos pendientes o cerrados que sean “*affaires identiques*” o “*affaires voisines*” del presentado. A este fin el Servicio cuenta con unas bases de datos potentísimas y exhaustivas que recogen toda la jurisprudencia desde 1952, indexada punto por punto, con las citas normativas y jurisprudenciales usadas.

Con el material recabado el administrador elabora un informe preliminar (la “*fiche de préexamen*”), que se envía al Presidente del Tribunal y al primer Abogado General, para su atribución a una sala, a un ponente y a un Abogado General. En el Informe se aconseja sobre aspectos tales como la falta de competencia del TJ por razón de la materia, o la inadmisibilidad de la cuestión (por ejemplo, por falta de descripción del marco fáctico y jurídico). Si la cuestión es muy similar a otra previa y resuelta se aconseja que el TJ responda mediante auto motivado; se opina igualmente la posibilidad de acumular asuntos pendientes cuando ello es posible o, si por la fase procesal en que se encuentra el primer asunto ya no es posible la acumulación, sobre la suspensión del segundo en tanto no se resuelva el primero, por cuestiones de congruencia pero también porque así cabe que el segundo sea decidido por la vía auto motivado. Otro objetivo es ayudar a determinar el proce-

⁸¹ As. C- 296/10, EU:C:2010:665, *Purrucker II*.

⁸² Vid. el Reglamento de Procedimiento del TJ, versión consolidada en DO L 265 de 29.9. 2012.

⁸³ Agradezco al Dr. Cristian Oró Martínez su explicación acerca del funcionamiento del Servicio.

dimiento posterior— v.gr., sin necesidad de conclusiones; o tramitado como PPA o como PPU—; a aligerar el trabajo de los gabinetes (si bien se espera que los letrados continúen posteriormente la búsqueda de documentación); y a que se mantenga la coherencia entre respuestas.

La colegialidad es un elemento decisivo en la actuación del TJ⁸⁴. Las decisiones del TJ se adoptan en pleno, Gran Sala (quince jueces), o en salas de tres o cinco miembros. Es importante tener presente que los miembros del TJ no ostentan una posición vitalicia; las composiciones de las salas rotan de manera que los jueces toman parte en todas —en otras palabras, las salas carecen tanto de estabilidad en la formación, como de especialización particular por materias. El Presidente del Tribunal determina quién será el juez ponente en cada caso, y distribuye los asuntos en atención a la carga de trabajo, conocimientos, experiencia y nacionalidad de los jueces. La atribución de un caso a un tipo u otro de sala depende de la dificultad percibida del caso; como se ha indicado no hay especialización por materias y salas, a pesar de la evidencia de que las cuestiones prejudiciales planteadas van ganando progresivamente en complejidad⁸⁵.

Las decisiones se adoptan por mayoría y cualquier juez de la formación puede solicitar que se introduzcan modificaciones, pero no caben las opiniones separadas ni las disidentes; tampoco hay posibilidad de discusión posterior, o apelación, de lo decidido por el TJ en interpretación. La composición de las salas se hace pública con la decisión y se conoce la identidad del juez ponente, pero no es posible determinar el peso específico de las opiniones de cada uno de ellos sobre el resultado final, por cuanto el debate no es abierto ni se desvelan los resultados de las votaciones⁸⁶.

Un dato interesante en relación con la interpretación de los textos es que la formación de los jueces responde en general a la tradición francesa. Además, si bien la lengua⁸⁷ del procedimiento será la del órgano remitente, los jueces trabajan y

⁸⁴ Sobre su trascendencia en la interpretación K. Lenaerts, “How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy”, *Fordham Int'l L.J.*, vol. 36, pp. 1302 ss, esp. pp. 1350–1351.

⁸⁵ Recuerda A. Borrás Rodríguez, “Legislation through Individual Case Law – The ECJ Handwriting in the Brussels I Regulation”, *The European Legal Forum*, 2010 (5/6), I– 241 a I–252, en I– 251, la propuesta del Parlamento al hilo de los trabajos de refundición del Reglamento (CE) nº 44/2001 de crear una sala en el TJ sólo para la interpretación del instrumento. En parecido sentido, C. Nourissat, p. 38, apoya el nombramiento de jueces y AG expertos en DIPr.

⁸⁶ Con este sistema determinar las preferencias singulares de cada juez no es imposible, pero no está al alcance de cualquiera. Vid. a propósito de la actitud pro-integración o contra-integración de los jueces del TJ la contribución de M. Malecki, “Do ECJ Judges All Speak with the Same Voice? Evidence of Divergent Preferences from the Judgments of Chambers”, *Journal of European Public Policy*, vol. 19, reproducido en S.K. Schmidt, R.D. Kelemen (ed.), *The Power of the European Court of Justice*, Routledge, 2013, pp. 59–75.

⁸⁷ Sobre este punto vid. L. Mulders, *passim*; también M. Derlén, “Multilingual Interpretation of CJEU Case Law: Rule and Reality”, *E.L. Rev.*, 2014, pp. 295–315.

deliberan sin intérpretes en un idioma común, el francés. El dato se explica en que esta era la lengua mayoritaria de los primeros estados miembros de la Comunidad; hoy, en cambio, no es ya la lengua madre de la mayoría de ellos. La decisión es vinculante y auténtica en el idioma del procedimiento; sin embargo la versión original, o primera, es francesa⁸⁸, por lo que en un gran número de ocasiones es precisa la traducción⁸⁹. Importa señalar que los traductores no están presentes en la deliberación de los jueces, por lo que es perfectamente imaginable que no perciban los matices y los entresijos de los razonamientos que justifican la decisión. La calidad del idioma y la uniformidad en el estilo de la redacción es asegurada por los magistrados “*lecteurs d’arrêts*”. Las decisiones son traducidas a la mayoría o a todas las lenguas de la UE; el inglés, francés, alemán, italiano, español se utilizan como “lenguas de paso” o puente entre idiomas cuando la traducción inmediata entre dos no es posible. No debe sorprender, en consecuencia, que existan divergencias en el sentido de una decisión si se consulta el conjunto de todas las versiones⁹⁰.

Los rasgos anteriores pueden ayudar a explicar algunas de las incoherencias en la interpretación del TJ denunciadas por la doctrina: así, las divergencias en las decisiones y la inestabilidad en la jurisprudencia porque las cuestiones se atribuyan a distintas salas⁹¹. La colegialidad contribuye a explicar el tono moderado o las soluciones de compromiso de las decisiones, características que aparecen como “*vital means to oil collegiate cooperation and institutional loyalty, constant features and expectations in a permanent institution like the ECJ*”⁹². La voluntad de alcanzar el máximo consenso posible entre los jueces puede explicar también el abandono de una línea de razonamiento seguida hasta el momento⁹³. La falta de

⁸⁸ En cuanto a los Abogados Generales la versión auténtica de las conclusiones es aquella en que se han redactado, que suele ser la lengua materna del Abogado.

⁸⁹ Importa señalar que la tarea de traducción no se limita a la sentencia; es mucho más vasta. Todos los documentos presentados al TJ – solicitudes, alegatos, observaciones – deben ser traducidos al francés como idioma de trabajo de los jueces. Algunos documentos han de ser además traducidos a todas las lenguas de la UE con el fin de informar a potenciales interesados (*v.gr.*, Estados miembros, legitimados para intervenir o para presentar observaciones): es lo que ocurre con la cuestión prejudicial misma. La tarea de los traductores se caracteriza en todo caso por el “encorsetamiento” o escaso margen abierto a la creatividad; *v.gr.*, si las partes emplean diferentes términos para designar una misma realidad en los documentos presentados el traductor no es libre para armonizarlos o emplear un tercer término: L. Mulders, p. 50.

⁹⁰ M. Derlén, p. 315.

⁹¹ D. Sarmiento, “Half a Case at a Time: Dealing with Judicial Minimalism at the European Court of Justice”, en M. Claes y otros (ed.), *Constitutional Conversations in Europe (Actors, topics and Procedures)*, Intersentia, 2012, pp. 13–40, *esp.* p. 36 (nota: salvo que se indique otra cosa todas las referencias al Prof. Sarmiento son a esta obra). Recuerda sin embargo T. Azzi que los as. C–533/07, *Falco*, y C–381/08, *Car Trim* fueron encomendados a la misma sala – aunque cabe decir, no obstante, que la composición no era totalmente idéntica.

⁹² M. Jacob, p. 108.

⁹³ S. Sankari, p. 33; K. Lenaerts, pp. 1350–1351.

permanencia en las salas dificulta a los jueces adquirir experiencia y pericia, tanto en términos sustantivos como personales, y afecta negativamente a la consolidación de una “memoria colectiva”, lo que a su vez se traduce en probabilidades más elevadas de caer en incoherencias, y conlleva la preferencia por decisiones lacónicas a fin de minimizar tal riesgo⁹⁴.

La imposibilidad de opiniones separadas o disidentes sustrae al lector información que sería importante de cara a comprender el producto final. Las conclusiones del AG – cuando las hay –, mucho más elaboradas, compensan hasta cierto punto esta falta⁹⁵; pero sólo hasta cierto punto, por cuanto de la lectura comparada de la decisión del TJ y las conclusiones cabe derivar lo que el primero no ha acogido, sin que ello signifique necesariamente oposición o rechazo⁹⁶. La ausencia de apelación –por tanto, de introducir correctivos donde se estime que se haya cometido un error, la necesidad de dejar margen en lo que se dice para casos posteriores⁹⁷.

El multilingüismo en el seno de la institución es un factor para explicar, entre otras cosas, el uso del precedente al que más adelante aludiremos como “*string citation*” frente a la cita sustantiva, que se entra en el detalle de la decisión previa para discutir sus semejanzas y divergencias con el caso bajo examen: la falta de familiaridad con los matices de las diferentes lenguas resta destreza en la manipulación del precedente⁹⁸. La multiplicidad de versiones lingüísticas de las decisiones mismas (*output multi-lingualism*⁹⁹) es apta para producir variaciones terminológicas con –como sucede con los textos legales– mayor o menor trascendencia, según que sean voluntarias o no. Ligeras variantes en la reproducción de un párrafo por lo demás idéntico en decisiones sobre supuestos diversos, redactadas en idiomas distintos, pueden ser resultado de una voluntad de cambio o sólo de un error; para determinarlo es relevante examinar si el cambio se ha producido en la versión auténtica de las decisiones, en la francesa o en la traducción¹⁰⁰.

⁹⁴ D. Sarmiento, p. 28, subraya además la proximidad entre la forma de deliberación de una sala con estas características (inestabilidad en la identidad de los miembros singulares) y un proceso legislativo.

⁹⁵ C. Nourissat, p. 20.

⁹⁶ Como indica S. Sankari, p. 155. La cuestión está directamente emparentada con el significado de los silencios del TJ, en ocasiones más reveladores que sus palabras: sobre ello vid. D. Sarmiento, “The Silent Lamb and the Deaf Wolves”, en M. Avbelj, J. Komárek (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, 2012, pp. 285–317.

⁹⁷ M. Jacob, pp. 156–159, comparando con la *Supreme Court* de EE UU y del RU.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁹⁹ En palabras de S. Sankari, p. 79, para diferenciarlo de la dimensión interna o *input multi-lingualism*”, ligado a la pluralidad de versiones de los textos.

¹⁰⁰ L. Mulders, p. 58.

B) Reparto de tareas TJ/juez nacional en la cuestión prejudicial

Los jueces nacionales están llamados a actuar como “jueces ordinarios” en la aplicación del Derecho de la Unión, en un marco que se caracteriza por la descentralización y la cooperación. Los estados miembros confiaron al TJ la tarea de interpretar el Derecho comunitario, lo que hoy recogen el art. 19 TEU y el art. 267 TFUE. La cuestión prejudicial es la herramienta que permite asegurar la interpretación uniforme del Derecho de la UE, a propuesta de un juez nacional, en lo que constituye un raro ejemplo de cooperación. Es interesante recordar, no obstante, que esta competencia del TJ no ha sido siempre bien vista por los estados miembros y sus jurisdicciones, y que a lo largo del tiempo ha habido – y hay – altos y bajos en la apertura de las autoridades nacionales a comunicarse con el TJ. En todo caso, la voluntad del TJ de desarrollar su tarea y de dotarla de amplitud se lee en su jurisprudencia y es la actitud común del TJ, siempre y cuando la interpretación sea precisa para resolver una cuestión actual, y no hipotética¹⁰¹.

Del reparto de competencias entre el TJ y las jurisdicciones estatales se derivan consecuencias. Por un lado, son las segundas las que seleccionan en primera instancia la materia a interpretar; son también responsables de la forma en que se presenta la cuestión, como elemento que predetermina la respuesta, con aptitud para orientar al TJ hacia interpretaciones más o menos progresistas¹⁰² – si bien debe tenerse en cuenta que el TJ disfruta de cierto margen para reformular o adaptar la cuestión¹⁰³. Son también los tribunales de remisión los que aportan al TJ la información pertinente y suficiente para decidir¹⁰⁴, de forma que descansa sobre ellos la responsabilidad de una comprensión correcta o incorrecta por parte del TJ.

Se ha dicho que la división de tareas y competencias entre el TJ y los tribunales nacionales “*in theory, confines the former to answering questions regarding the interpretation of EU Law whilst it is then left to the national courts to apply the Court’s answers to the facts of the case before it*”¹⁰⁵. El TJ desarrolla su labor en el

¹⁰¹ V.gr., as. C-281/02, EU:C:2005:120, *Owusu*, nº 50.

¹⁰² D. Sarmiento, p. 25. Interesa señalar la insistencia en este aspecto en el marco del curso de formación de jueces a propósito del RB I bis, organizado por la EJTN y celebrado en Barcelona, 7 y 8 mayo 2015, por parte de M.E. de Blas, letrada en el gabinete del AG Spuznar. Vid. en el DO C 338 de 6.11. 2012, las Recomendaciones del TJUE a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales.

¹⁰³ Vid. asuntos acumulados C-119/13 y C-120/13, EU:C:2014:2144, *Eco cosmetics y Raiffeisen-bank St. Georgen*, nº 32 a 36.

¹⁰⁴ Si no lo hacen queda a la discreción del TJ solicitar los datos que estime necesarios: por ejemplo, en el reciente as. C-536/13, *Gazprom*, el TJ dirigió a los Estados Miembros una cuestión sobre la comprensión del Cdo. nº 12 Reglamento (UE) nº 1215/2012 (información proporcionada por N. Castell representante de Francia en las negociaciones del texto).

¹⁰⁵ G. Beck, p. 266.

marco de una tensión entre dos objetivos: por una parte debe producir una interpretación útil para el caso específico en relación con el cual se ha elevado la cuestión prejudicial. Por otra debe atender al rol prospectivo propio de este mecanismo: la interpretación debe tener vocación de universalidad, ir más allá del supuesto concreto y proporcionar pautas útiles de cara a casos futuros que puedan plantearse en los Estados miembros¹⁰⁶. En la práctica relativa a los instrumentos de DIPr. y Derecho Procesal europeo – como en otras áreas – la combinación de estos datos se refleja en dispositivos redactados en términos muy específicos, frente a motivaciones formuladas de manera abstracta. Conviene advertir que este no es siempre el resultado:

*“In practice, the law/fact distinction (...) gives the Court a great deal of discretion in determining the level of abstraction defining the scope of its own ruling and subsequently in interpreting and re-interpreting that level with regard to relevant previous case law”*¹⁰⁷.

La realidad es que la relación entre el TJ y los tribunales nacionales no tiene unos contornos bien definidos ni rígidos; el margen de acción que queda al juez nacional tras la decisión del TJ puede ser muy amplio, muy reducido¹⁰⁸, o simplemente difícil de determinar – como consecuencia de la falta de análisis de los hechos subyacentes a la cuestión prejudicial establecer con claridad el alcance preciso de sus respuestas puede ser una tarea ardua; lo mismo ocurre a la hora de establecer la equivalencia entre una controversia actualmente ante un juez nacional, y la controversia en la base de una cuestión ya elevada al TJ y resuelta por él¹⁰⁹. Lo anterior explica la heterogeneidad de los formatos en la jurisprudencia del TJ, que incluso adopta formas extremas: dispositivos que retoman todos los elementos singulares del caso entre manos (lo que prácticamente imposibilita la universalización de lo dicho) se oponen en su forma a otras sumamente amplias¹¹⁰.

4. La situación del TJ en el engranaje de la UE

Para dar cumplida cuenta de lo sugerido por el título los aspectos que habría que desarrollar en este epígrafe serían muchos, aun si se intentara retener sólo aquellos con trascendencia sobre la tarea de interpretación del TJ. Sin duda corresponden a

¹⁰⁶ La idea de que el TJ responde sólo al caso concreto (*vid.*, *v.gr.*, A. Borrás Rodríguez, *loc. cit. supra*) es correcta, pero parcial; cf. la visión global de D. Sarmiento, p. 19.

¹⁰⁷ G. Beck, *loc. ult. cit.*; D. Sarmiento, pp. 19–22 (“*universal and individual preliminary judgments*”).

¹⁰⁸ Como ejemplo de decisión muy pegada al caso *vid.* el el as. C– 180/06, EU:C:2009:303, *Ilseger*; el juez nacional poco puede hacer más que implementar en el proceso tal cual. En otros casos la parte operativa de la decisión es vaga: *vid.* el as. C– 145/10, EU:C:2011:798, *Painer*, sobre el art. 6.1º Reglamento (CE) nº 44/2001.

¹⁰⁹ En este sentido, G. Beck, pp. 243–244.

¹¹⁰ Se añaden, como indica D. Sarmiento, *loc. cit.* nota al pie nº 96 *passim*, las decisiones “parciales” y las “silenciosas”.

este punto tópicos de orden constitucional, como el del lugar del TJ en el marco del reparto de poderes entre las instituciones, o la oportunidad o legitimidad del activismo judicial. De manera mucho más modesta a lo que queremos referirnos aquí es sólo a un factor estructural que pesa gravemente sobre la labor del TJ: su permanencia, y ligada a ella, la inoportunidad e inconveniencia de pronunciarse en formas que aten sus manos. Incluso la forma de expresar sus decisiones juega un rol en el proyecto de UE; el TJ debe evitar pronunciamientos de los que en el futuro puedan derivarse desarrollos no queridos¹¹¹. Así, la tensión entre un pronunciamiento contundente y la necesidad de dejar vías de escape está siempre presente, dando lugar a diferentes estilos en la jurisprudencia del TJ, y a su particular uso del precedente (sobre este aspecto, *infra* bajo IV.1.A).

IV. Explicando la jurisprudencia del TJ (II).

1. ¿Qué hace el TJ?

T. Azzi y C. Nourissat critican al TJ su falta de fidelidad al método¹¹². Más concreto J. Schmidt alude a ello en relación con los dos elementos que a su entender más aportan a la previsibilidad: el argumento literal, y la continuidad en la jurisprudencia, o precedente¹¹³. A nuestro juicio la respuesta a la primera crítica es simple: lo que hay es una preferencia cualitativa del TJ por la acumulación de métodos, siendo común que varios aparezcan al mismo nivel y otros *ad abundantiam*. Sobre el manejo de los mismos, por los motivos que explicamos antes el argumento literal como único o preferente no es practicable en un contexto de trabajo como el del TJ¹¹⁴. Para el análisis de la continuidad separaremos el tratamiento del precedente, y lo que se conoce como “*building blocks*”.

A) El precedente¹¹⁵

El TJ se cita a sí mismo constantemente: el precedente es el criterio más utilizado. Las razones que lo explican son múltiples: una esencial es ofrecer apariencias de coherencia y de este modo asentar su credibilidad de cara a terceros, lo que a su

¹¹¹ Gráficamente M. Jacob, p. 134, alude al cuidado para evitar “*planting [any] time bombs*” en las decisiones.

¹¹² *Supra* nota al pie nº 54.

¹¹³ *Supra* nota al pie nº 55.

¹¹⁴ El propio TJ se hace eco de la pobreza del argumento literal a través de frases como esta: “procede constatar que el tenor literal del art. 5, punto 1, letra b), primer guión, del Reglamento nº44/2001 no permite, por sí solo, responder a la cuestión planteada, ya que en dicha disposición no se define el concepto de contrato de prestación de servicios” (as. C-533/07, EU:C:2009:257, nº 19).

¹¹⁵ Sobre este punto *vid.* con carácter general el trabajo de M. Jacob; G. Beck, cap. 8.

vez se liga a la legitimidad y aceptación de la institución. A ello se añade que el recurso al precedente y a fórmulas previamente utilizadas aligeran la carga argumentativa¹¹⁶, lo que redundará en mayor eficiencia y un manejo de la carga de trabajo del TJ más sencillo.

Ante la evidencia del recurso al precedente por el TJ la pregunta dejar de ser *si* se usa, y pasa a ser *qué* es lo que cita y *cómo* lo hace; ello revela cuál es su peso en términos de vinculación. Pues bien, en este sentido hay que comenzar señalando que el término “precedente” aplicado al TJ se emplea en un sentido laxo: no hay una doctrina formal de vinculación al precedente. La prueba de ello se encuentra en que el TJ no otorga un valor diferente a la *ratio decidendi* y a los *obiter dicta* de sus respuestas¹¹⁷. El TJ descansa la argumentación en un caso ante él en cualquier afirmación de sus decisiones previas¹¹⁸. Ello, sin duda, tiene costes en términos de previsibilidad¹¹⁹. Así pues, el TJ no deja de ser coherente consigo mismo, pero su coherencia no se traduce necesariamente en claridad para los terceros observadores.

A lo anterior se añade un cierto capricho a la hora de seleccionar la jurisprudencia previa: en sus recordatorios el TJ no menciona necesariamente la decisión en la que originalmente dijo algo, sino otra u otras posteriores. En este contexto lo habitual es que desde la decisión previa citada sea posible pasar a otra anterior, y de esta a otra, de manera que se crean vínculos en cadena entre las decisiones, lo que juega a favor de la coherencia – y de la apariencia de la misma. Ahora bien, dado que no se sigue un estricto orden cronológico el diseño es en ocasiones más en red que en cadena¹²⁰. Además es importante subrayar que en ambos casos –red y cadena– el TJ manipula con frecuencia las citas separándose sutilmente de lo dicho en un momento anterior; el paso de un “nudo” a otro de la red se realiza en progresión dinámica (dando lugar a lo que se conoce como enfoque “*stone by stone*”, que

¹¹⁶ En realidad esto depende de cómo se realice la referencia al precedente: en forma de “*string citation*” o de “*substantive citation*” (*vid. texto*).

¹¹⁷ G. Beck, pp. 242–243; M. Jacob, p. 81. No siempre es sencillo determinar qué es cada cosa: *vid. las posiciones encontradas del AG Wathelet y la Comisión a propósito del nº 26 de la sentencia Turner*, al hilo de la discusión del as. C–536/13, *Gazprom* (nº 131 de las conclusiones, EU:C:2014:2414).

¹¹⁸ Hay otra diferencia importante entre el uso que del precedente hace el TJ, y cómo aparece en el *common law* – del que es elemento tradicional. Simplificando, en la doctrina del precedente en el *common law* los elementos esenciales son los hechos materiales y la *ratio decidendi*. El TJ en cambio tiene un acceso limitado a los hechos, que son reflejados de manera genérica; su respuesta viene condicionada además por la forma en que el órgano de remisión plantea la cuestión prejudicial.

¹¹⁹ *Vid. no obstante supra*, nota al pie nº 91, la idea de que a pesar de que no exista la regla como tal lo cierto es que las formaciones judiciales menores respetan lo que haya podido decidir previamente una formación mayor.

¹²⁰ *Vid. la figura 2.E.ii de M. Jacob*, p. 51.

veremos a continuación). Esto explica la afirmación de la doctrina que habla de un valor “sólo presuntivo” del precedente¹²¹.

En tercer lugar, a la pregunta sobre qué hace el TJ con el precedente hay que responder aludiendo a lo que se ha descrito como “nivel de especificidad variable” en el uso del precedente¹²²: con ello se indica la ausencia de pautas fijas en el grado de incorporación de las decisiones previas a una nueva. Ello no obstante, es fácil apreciar como más frecuente la mera cita de decisiones por su número y nombre, entre paréntesis, a modo de apéndice a una afirmación a la que acompañan con expresiones como “por analogía” (*string citation*), frente a la cita sustantiva en la que se entra a discutir la similitud o divergencias entre la situación bajo examen y la previa¹²³. El primer tipo de cita requiere una inversión menor de tiempo, pero sus costes en términos de capacidad de convicción y, en última instancia, de autoridad de quien los emplea, son perfectamente conocidos. Por supuesto, la cita de estas características dificulta al lector/comentarista de jurisprudencia el conocimiento de (las) bases del razonamiento del TJ.

La “*string citation*” no cabe, sin embargo, cuando de lo que se trata es de eludir el precedente. Para esta finalidad se ofrecen al TJ varias opciones técnicas: la más radical es el “*overruling*”, y la más practicada, el “*distinguish*”. El “*overruling*” supondría un reexamen de la jurisprudencia previa para decidir en sentido opuesto al vigente. Es muy infrecuente en el TJ: tanto su práctica como el reconocimiento formal de que se está procediendo a ello¹²⁴. Cabe, desde luego, sobre la base de un cambio en el texto legal, aunque en este caso puede hablarse más de “revisión” que de “*overruling*”. En materia de Derecho procesal europeo es un ejemplo el as. C-180/06, *Ilseger*, a propósito de la interpretación de los art. 13 CB y 15 del Reglamento (CE) n° 44/2001: la parte de redacción idéntica de los preceptos permite una interpretación idéntica (n° 53), mientras que donde difieren deben recibir significados distintos (n° 48, 49, 51). Era también la base de la construcción del AG Wathelet en el as. C- 536/13, aunque no prosperó – la decisión del TJ no se basa ni interpreta el Reglamento (UE) n° 1215/2012, como pretendía el abogado.

¹²¹ G. Beck, pp. 242, 244; M. Jacob, p. 148, alude a ello como característica de un sistema legal “*that purport not to give any particular decision true precedential force*”.

¹²² M. Jacob, p. 98, “*The ECJ is not irredeemably wed to a particular level of granularity*”.

¹²³ *Ibid.*, pp. 99–113.

¹²⁴ Un ejemplo: la decisión recaída en el as. C- 98/06, *Freeport*, en relación con la previa en el as. C- 51/97, *Réunion Européen*. El TJ pretende presentarlo como caso de “*distinguishing*”: n° 29, 42 ss., n° 43 “Como ha indicado acertadamente la Comisión, esa sentencia tiene un contexto fáctico y jurídico distinto al del asunto principal. En primer lugar, en esa sentencia se trataba de la aplicación del art. 5, n°s 1 y 3, del Convenio de Bruselas y no de la aplicación de su art. 6, n° 1”.

B) Construyendo el edificio

En directa relación con el uso que el TJ depara al precedente en tanto que criterio de interpretación se encuentra un importante rasgo de su forma de trabajar, apto para explicar en buena medida el desconcierto a que dan lugar algunas de sus decisiones: lo que conoce como uso de “*building blocks*”, esto es, la reproducción de párrafos de una decisión anterior, pero sobre la que el TJ construye aportando algo, por la vía de introducir en tal párrafo ciertos cambios. De este modo la jurisprudencia se asienta, por una parte, al tiempo que evoluciona¹²⁵.

Esta tendencia se enmarca en el contexto más amplio que ha sido descrito como enfoque “*stone-by-stone*”¹²⁶; o como el TJ dándose a “*repeated games*”¹²⁷. La idea subyacente a ambas expresiones es la de que el TJ desempeña la labor interpretativa de forma dinámica, prefiriendo los pronunciamientos de alcance temporal o material limitados que le dejen margen a un refinamiento posterior, a expandirlos o incluso a revocarlos en el largo plazo.

La suma final se refleja en los llamados “bloques de jurisprudencia”¹²⁸: conjuntos de respuestas a cuestiones preliminares en las que el TJ interpreta una regla a lo largo de un período de tiempo, en varios pasos¹²⁹. El camino es, o quiere presentarse, como fluido; el TJ evita los “saltos”. Por ello la evaluación correcta de la coherencia o incoherencia de la jurisprudencia requiere una visión de conjunto, para la que además se empleen los lentes de la evolución¹³⁰; la tolerancia del lector con reajustes y adaptaciones deberá formar parte del análisis. Por supuesto, el resultado final puede aún seguir manifestando incoherencias. En ocasiones la explicación puede ser un consciente abandono de la jurisprudencia previa: algo que el TJ no suele estar dispuesto a admitir; antes al contrario, lo habitual es que trate de esconderlo¹³¹.

¹²⁵ G. Beck, pp. 263–266.

¹²⁶ K. Lenaerts, p. 1356. Otra fórmula es la que contrapone “*single cases*” y “*lines of cases*”: S. San-kari, pp. 224–245.

¹²⁷ M. Dawson, “How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, *Europ. L.J.*, 2014, pp. 423–435, esp. p. 428.

¹²⁸ B. Bertrand, “Les blocs de jurisprudence”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, pp. 741–770.

¹²⁹ La interpretación del art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 es un ejemplo. *Vid.* al respecto T. Azzi, pp. 53–54, así como la opinión del AG Cruz Villalón en el as. C– 441/13, EU:C:2014:2212, *Hejuk*.

¹³⁰ Como indica K. Lenaerts, p. 1351, para entender correctamente al TJ en un área de Derecho de la UE no cabe limitarse a un caso, ni siquiera aunque sea *el* caso revolucionario, sino que es preciso considerar lo anterior y los siguientes.

¹³¹ *Vid.* en el apartado anterior sobre la falta de reconocimiento del “*overruling*”.

2. El rol de los comentaristas, o la responsabilidad compartida

Pretender que el TJ es sobresaliente en materia de calidad de su razonamiento jurídico sería ir contra la evidencia. Tal vez más que en relación con otros tribunales, en el caso del TJ la interpretación sustituye un tipo de incertidumbre (la concerniente al texto) por otra¹³². De ahí que la intervención de la doctrina sea esencial en la comprensión de lo que dice el TJ; ahora bien, en la medida en que la lectura de sus decisiones es ella misma interpretación, la doctrina se convierte en responsable¹³³.

A nuestro juicio el trabajo de los comentaristas de la jurisprudencia del TJ debe hacerse desde la presunción de coherencia: lo que se traduce en que corresponderá a los autores buscar la articulación entre los casos cuando la misma no sea evidente¹³⁴. El trabajo doctrinal, que gana así en relevancia y aparece como cooperación con el TJ, requiere conocer el contexto de la institución y ser consciente del *modus operandi* del TJ; y exige interlocutores del TJ con capacidad para descubrir sus estrategias. Desde estas premisas creemos que será posible releer algunas de las decisiones del TJ criticadas en tanto que incongruentes: definitivamente no todas. Algunos de los ejemplos que más atrás hemos presentado como incoherencias del TJ han sido retomados y explicados en este estudio a la luz de los parámetros expuestos¹³⁵. Vemos aquí los que quedan:

– incoherencia metodológica entre el as. C–533/07¹³⁶, donde la definición de “servicios” prescinde de toda referencia de Derecho material, y hay un rechazo explícito a incorporar la definición amplia que corresponde tanto al art. 50 del TCE (hoy, art. 57) como a las Directivas sobre el IVA, en comparación con el as. C–381/08¹³⁷, donde la “venta de mercancías” es definida a la luz de cuatro textos de Derecho sustantivo. *A nuestro juicio no existe incoherencia: en el as. C–330/07 el TJ no se resiste a interpretar el texto sobre el que se le pregunta empleando elementos externos al mismo – en otras palabras, recurriendo al argumento sistemático entendido en sentido amplio. Lo que hace es rechazar unos*

¹³² Como señala G. Beck, p. 172.

¹³³ Vid. la crítica de S. Sankari, pp. 224–245.

¹³⁴ De entrada la tarea de los autores debe ser intentar buscar la continuidad en los pronunciamientos del TJ. Ello no debe confundirse con una doctrina complaciente y sumisa.

¹³⁵ La jurisprudencia del TJ a propósito del art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 es uno de los ejemplos más claros de “*building block*”; la recaída a propósito del art. 6.1º, un caso de “*overruling*” que el TJ trata de presentar como “*distinguishing*”. Los diferentes objetivos del Reglamento (CE) nº 2210/2003 explican que el TJ defina de manera propia lo que es “materia civil” a los efectos del mismo, y también que prefiera una aplicación diferente de la regla de litispendencia.

¹³⁶ EU:C:2009:257, *Falco*.

¹³⁷ EU:C:2010:90, *Car Trim*.

*concretos elementos, porque su objetivo y el del precepto objeto de la cuestión prejudicial no coinciden; la interpretación amplia de “servicios” está justificada de cara al art. 50 TCE y de las Directivas, pero no para el art. 5.1 b) Reglamento (CE) 44/2001, en el que es una excepción a la regla del domicilio del demandado*¹³⁸.

– incoherencia en el as. *Football Dataco*¹³⁹, donde el TJ vuelve a utilizar la teoría del “targeting test” tras haberla abandonado en los previos *eDate* y *Martínez*. *La explicación de la diferencia se encuentra en qué interpreta el TJ en el caso concreto: qué significa “reutilización”. Se añade (aunque el peso del argumento no es decisivo) que en Football Dataco la interpretación recae sobre una directiva.*

– as. C– 133/08¹⁴⁰ y C– 29/10¹⁴¹, ambos relativos a la interpretación del Convenio de Roma: mientras que en el último caso el TJ se refiere explícitamente al Reglamento (CE) n° 593/2008 para apoyar su argumentación, no existe ninguna mención al respecto en el primer supuesto. *Ambos casos son resueltos por la Gran Sala, con una composición parcialmente diferente. No nos sentimos inclinados a conceder a este aspecto demasiada importancia, sin embargo. Mucho más convincente son las fechas de cada cuestión prejudicial, así como el precepto del Convenio de Roma a interpretar en cada caso y el tenor de su sucesor respectivo en el Reglamento Roma I. En el as. C– 133/08 la cuestión prejudicial fue recibida por el TJ el 2 abril 2008; el Reglamento es adoptado el 17 junio 2008 y se publica en el DO el 4 de julio. La cuestión versa sobre el art. 4, en particular sobre el contrato de transporte; en el Reglamento este contrato es objeto de una disposición especial, en relación con la cual (en la línea de la nueva redacción del art. 4) la continuidad no es evidente a simple vista. En el as. C– 29/10 la cuestión prejudicial es recibida por el TJ cuando el Reglamento ya está en vigor (aunque no era aplicable al supuesto) y se discute sobre el art. 6 del Convenio, que se mantiene en el art. 8 del texto nuevo.*

– los as. C–514/10 y C–527/10¹⁴² versan sobre la aplicabilidad temporal del Reglamento (CE) n° 44/2001, y el Reglamento sobre insolvencia, en ambos casos en relación con el reconocimiento, y alcanzan soluciones opuestas. *Los asuntos son prácticamente contemporáneos. Conocen de ellos salas distintas: sin embargo*

¹³⁸ No creemos que sea un dato determinante el de la identidad de los AG a cargo de un caso y otro, aunque desde luego sí es llamativo el estilo de razonamiento de uno y otro: *vid.* EU:C:2009:34 (as. C–533/07), y EU:C:2009:577 (as. C–381/08).

¹³⁹ As. C–173/11, EU:C:2015:28.

¹⁴⁰ EU:C:2009:617, *ICF*.

¹⁴¹ EU:C:2011:151, *Koelzsch*.

¹⁴² As. C–514/10, EU:C:2012:367, y as. C–527/10, EU:C:2012:417.

no creemos que esto sea un dato relevante. No percibimos incoherencia metodológica entre ellos. En cuanto a sus resultados se explican precisamente como consecuencia de recurrir en ambos a los mismos argumentos, que son el de la interpretación sistemática en el seno de cada instrumento y la confianza comunitaria. La confianza comunitaria entre Estados miembros es practicable en el momento del reconocimiento de decisiones (por tanto, el reconocimiento puede ser automático, y la declaración de ejecutividad se simplifica) siempre y cuando se haya satisfecho el objetivo de las reglas comunes de competencia judicial internacional establecidas por cada uno de los textos. Esto podía afirmarse en el as. C-527/10 (el COMI del deudor estaba en un Estado miembro en el momento de apertura allí del procedimiento de insolvencia), pero no en el as. C-514/10 (el domicilio del demandado, que no compareció, se hallaba en un Estado tercero en el momento de interposición de la demanda; no fueron aplicados ni los criterios de competencia del Reglamento, ni las cautelas previstas en su art. 20).

V. Conclusiones

Por muchos motivos (su posición en el sistema; el tiempo que lleva desarrollando su tarea; la calidad innegable de muchos de los juristas que trabajan para él; y por lo que hemos explicado en la exposición anterior) el TJ merece que el análisis de su jurisprudencia se haga a la luz de una presunción de coherencia. Su metodología de interpretación no difiere, en cuanto a los instrumentos que utiliza, de los que utilizan otros tribunales; sí se aprecian, en cambio, divergencias en la forma en que se usan y en cómo se combinan. A lo largo de estas páginas hemos intentado exponer alguno de sus porqués.

Bien miradas, las incoherencias en las decisiones del TJ pueden serlo sólo a primera vista. Ciertas incongruencias no son tales y ello se aprecia fácilmente: en realidad resultan de la aplicación de reglas de interpretación comunes (por ejemplo, en caso de conflicto mantener la coherencia dentro de un mismo instrumento prevalece sobre procurar que sea congruente con otro). Otras veces, en cambio, la situación no es tan sencilla, y entender lo que dice el TJ sólo es posible desde un conocimiento profundo de la institución (quiénes la forman, cómo se relacionan entre sí), de sus condicionantes (el reparto de competencias con las jurisdicciones nacionales), de los datos específicos de su funcionamiento (su *modus operandi* interno); y desde la disposición a no evaluarlo desde los moldes que corresponden

al funcionamiento de otros tribunales, cuyas circunstancias, tanto estructurales como coyunturales, son distintas¹⁴³.

En un contexto de crítica que reprocha al TJ falta de previsibilidad una cuestión clave es qué busca el TJ a través de su interpretación. La respuesta principal es una: busca legitimidad. Pues bien: la previsibilidad es un ingrediente de la legitimidad, que no se confunde con ella, y que puede verse relegada por razones ligadas al desempeño del TJ; en particular, por la permanencia de la institución en el tiempo. De ella se deriva una preferencia por asegurar que sus decisiones puedan ser explicadas, aunque sea *ex post* (frente a la de facilitar los pronósticos *ex ante*). En este contexto, “*ex post*” suele requerir ir más allá del caso concreto e identificar la línea de casos con los que el TJ construye poco a poco, sobre la base de lo dice tanto como sobre lo que no dice.

Tras años de leer al TJ, y después de este trabajo, creemos que a la hora de adjetivar la jurisprudencia del TJ el adjetivo “desconcertante” es apropiado que el de “incoherente”. Parte del desconcierto nace de la siguiente paradoja: el deseo del TJ de ser materialmente coherente y, además, de parecerlo, produce el efecto opuesto; la institución es víctima de su estilo. El criterio hermenéutico común es la cita de decisiones previas; pero el TJ se apoya indistintamente en las *ratio decidendi* y en los *obiter dicta*, y prefiere la “string citation” a la cita sustantiva. El TJ recurre a herramientas formales para reforzar la apariencia de coherencia: nombra constantemente principios fundamentales como la confianza recíproca, la proximidad, la buena administración de la justicia; reitera párrafos enteros de decisiones previas en sus razonamientos sugiriendo continuidad y adhesión al precedente; se cita a sí mismo todo el tiempo. Ahora bien: los principios aludidos son elásticos, esencialmente vagos, y en la medida en que son simplemente mencionados, sin mayor explicación sobre su sentido para el caso específico, terminan convertidos en fórmulas de estilo, huecas y cansinas. Los párrafos o bloques que el TJ repite no siempre se adaptan a la materia discutida y al reiterarla no se gana en claridad: hasta se pierde. En fin, las ocasiones en que el TJ está dispuesto a admitir que cambia su jurisprudencia, o que la reexamina o la aclara, son raras. Esa resistencia genera incertidumbre y perplejidad. En definitiva, el TJ sería más creíble con una redacción más transparente.

En esta situación cabe por supuesto proponer pro futuro cambios en la forma de operar y de expresarse del TJ¹⁴⁴. Mientras llegan —si llegan— la colaboración de los autores es imprescindible: para que otros autores puedan entender al TJ; para que

¹⁴³ En palabras de M. Jacob, p. 1, refiriéndose expresamente al uso del precedente: “*existing scholarly approaches, even progressive ones, often have a difficult time fitting this practice into adequate conceptual arrangements*”.

¹⁴⁴ Vid. el capítulo 9 de M. Jacob, “Conclusiones y sugerencias”.

este sea comprendido, aceptado¹⁴⁵... y por supuesto, criticado, cuando corresponda.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “La diferencia entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, 2006, pp. 393–415.
- Arenas García, R.: “Sombras y luces en la jurisprudencia del TJUE en materia de DIPr de sociedades”, C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhíques*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 739–759.
- Azzi, T.: “Bruxelles I, Rome I, Rome II: regard sur la qualification en droit international privé”, *Rec. Dalloz*, 2009, p. 1621.
- Azzi, T.: “La Cour de justice et le droit international privé ou l’art de dire parfois tout et son contraire”, *Mélanges en l’honneur du Professeur B. Audit*, París, LGDJ, 2014, pp. 43–58.
- Beck, G.: *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the UE*, Hart Publishing, 2012.
- Bertrand, B.: “Les blocs de jurisprudence”, *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, pp. 741–770.
- Bomhoff, J.: *Judicial Discretion in European Law on Conflicts of Jurisdiction*, La Haya, 2005.
- Borrás Rodríguez, A.: “Legislation through Individual Case Law – The ECJ Handwriting in the Brussels I Regulation”, *European Legal Forum*, 2010 (5/6), I– 241 a I–252.
- Courbe, P.: “Le juge, la jurisprudence et le droit international privé”, en *Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen J. Héron*, París, LGDJ, 2008, pp. 180–196.
- Dawson, M.: “How Does the European Court of Justice Reason? A Review Essay on the Legal Reasoning of the European Court of Justice”, *European L.J.*, 2014, pp. 423–435.
- Derlén, M.: “Multilingual Interpretation of CJEU Case Law: Rule and Reality”, *E.L. Rev.* 2014, pp. 295–315.
- Economides–Apostolidis, R.C.: “Brussels I in the European Practice. How Autonomous European Concepts are Developed by the ECJ”, *European Legal Forum*, 2010 (nº 5/6), pp. I–256 a I–258.
- Gaudemet–Tallon, H.: *Compétence et exécution des jugements en Europe*, París, LGDJ, 2012.
- Hess, B.: “The Protection of Privacy in the Case Law of the CJEU”, en *The Protection of Privacy in the Aftermath of the Recent Judgments of the CJEU*, Nomos (próxima publicación).
- Hess, B. y Oró, C.: “Civil and Commercial Matters”, en J. Basedow, P. de Miguel Asensio, F. Ferrari, G. Rühl, *European Encyclopedia of Private International Law* (próxima publicación).
- Hess, B., Pfeiffer, T. y Schlosser, P.: *The Brussels I Regulation. Application and Enforcement in the EU*, C.H. Beck, 2008.
- Jacob, M.: *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice*, CUP, 2014.
- Karpenschif, M. y Nourissat, C.: *Les grands arrêts de la jurisprudence de l’Union Européenne*, Thémis, PUF, 2010.
- Lenaerts, K.: “How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 36, 2013, pp. 1302 ss.
- Malecki, M.: “Do ECJ Judges All Speak with the Same Voice? Evidence of Divergent Preferences from the Judgments of Chambers”, *Journal of European Public Policy*, vol. 19, reproducido en S.K. Schmidt, R.D. Kelemen (ed.), *The Power of the European Court of Justice*, Routledge, 2013, pp. 59–75.

¹⁴⁵ *Supra* nota al pie 59.

- Mulders, L.: "Translation at the Court of Justice of the European Communities", en S. Prechal, B. van Roermund (ed.), *The Coherence of EU Law*, OUP, 2008, pp. 3–58.
- Nourissat, C.: "La Cour de Justice face aux règlements de coopération judiciaire en matière civile et commerciale: quelques interrogations dix ans après", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.*, 2010–2012, pp. 19–49.
- Nourissat, C.: "Le champ d'application du Règlement Rome II", en *Le Règlement communautaire Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, dir. S. Corneloup, N. Joubert, Litec, 2008.
- Requejo Isidro, M.: "Tessili y Concorde, De Bloos y Lethertex, o la determinación del lugar de ejecución de la(s) obligación(es) que da(n) base a la demanda: un tribunal fiel a sí mismo, veintitrés años después", *La Ley: Unión Europea*, 2000, pp. 1549–1554.
- Reymond, M.: "The ECJ's eDate Decision: A Case Comment", *Year. Pr. Int'l L.*, 2011, pp. 493–506.
- Sankari, S.: *European Court of Justice Legal Reasoning in Context*, Europa Law Publishing, 2013.
- Sarmiento, D.: "Half a Case at a Time: Dealing with Judicial Minimalism at the European Court of Justice", en M. Claes y otros (ed.), *Constitutional Conversations in Europe (Actors, topics and Procedures)*, Intersentia, 2012, pp. 13–40.
- Sarmiento, D.: "The Silent Lamb and the Deaf Wolves", en M. Avbelj, J. Komárek (ed.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, 2012, pp. 285–317.
- Schmidt, J.: *Rechtssicherheit im europäischen Zivilverfahrensrecht*, Mohr Siebeck, 2015.
- Varela Figeroa, R.: "El ámbito de aplicación temporal del Reglamento 44/2001. Aplicación en los nuevos estados miembros de las normas relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras", *La Ley*, 30 noviembre 2012.

LA EFICACIA INTERNACIONAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES TRAS LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I *

Louis D'AVOUT **

SUMARIO: I. El espíritu de la reforma. 1. El mantenimiento de un reconocimiento condicional de las resoluciones. 2. Confianza mutua y asimilación de las resoluciones europeas. 3. Las distintas modalidades de asimilación de las resoluciones europeas. II. Aspectos técnicos. 1. Vías de recurso en el Estado requerido. 2. Causas de denegación del reconocimiento. 3. Desmultiplicación y articulación de los controles. III. Destino de la reforma. 1. El modelo y sus declinaciones. 2. La suerte de los Reglamentos “excepcionales”; la conveniente derogación del Reglamento por el que se instituye un Título Ejecutivo Europeo. 3. Expansión del modelo europeo hacia el exterior.

RESUMEN: Al perseguir, desde el año 2000, una política de confianza mutua máxima y de reconocimiento automático de las resoluciones judiciales, el legislador de la Unión Europea hacía temer una desaparición del espíritu y de las técnicas clásicas del Derecho internacional privado (la cooperación transfronteriza entre “iguales”), a favor de un sistema federal de justicia centralizada en el cual los jueces de un Estado adoptarían las decisiones mientras que los órganos de los otros Estados estarían obligados a reconocerlas y ejecutarlas sin posible excepción. Los debates suscitados por los trabajos de refundición del Reglamento Bruselas I han permitido reorientar estos objetivos políticos y darles una nueva traducción jurídica. En el nuevo capítulo III del Reglamento ya en vigor (reconocimiento y ejecución de resoluciones), se han suprimido las formalidades de exequátur, sin que los controles de fondo y todos los recursos suspensivos estén centralizados en el país de origen de la resolución. El sistema evoluciona hacia una confianza mutua de asimilación razonada de las resoluciones nacionales y extranjeras, que se traduce en una eficacia inmediata e íntegra de estas últimas, aunque bajo reserva de la posibilidad de su ulterior impugnación exitosa en el Estado requerido. El nuevo régimen paneuropeo de eficacia de las

* Traducido por Miguel Gardeñes Santiago, Profesor Titular de DIPr de la Universidad Autónoma de Barcelona, y por Cristian Oró Martínez, Jurista de la Dirección de Investigación y Documentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

** Professeur Université Panthéon–Assas (Paris II). El autor de esta contribución ya se ha ocupado previamente de esta materia: antes de la reforma (véase especialmente “Faut-il supprimer l’exequatur dans le contentieux transfrontière en Europe ? ...”, *Revue Droit et Procédures*, noviembre de 2010, p. 68; “La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, nº 1, 2006; “L’exequatur en droit prospectif européen”, *Revue de droit des affaires internationales*, 2012, p. 526) y después de esta (“La refonte du règlement Bruxelles I”, *Recueil Dalloz*, 2013.2014). El análisis que sigue será sobrio en citas doctrinales, por no poder citar todas las contribuciones relativas a esta materia de interés común europeo.

resoluciones civiles debería tener el valor de modelo; podría extenderse a los otros Reglamentos europeos de cooperación judicial civil y contribuir de esta manera a la emergencia de un sistema común europeo.

PALABRAS CLAVE: EXEQUÁTUR – CONFIANZA MUTUA – ORDEN PÚBLICO – RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES – EJECUCIÓN.

ABSTRACT: *International Effects of Judicial Decisions after the Recast of the Brussels I Regulation*

The European legislature has followed since 2000 a policy of maximum mutual trust and automatic recognition of judicial decisions, which led to fear that the traditional spirit and techniques of private international law (cross-border cooperation among “equals”) would disappear in favour of a federal system of centralized justice in which the judges of one State would deliver decisions while the judges of the other States would be obliged to accept and enforce them, with no possible exception. The debates that took place in view of the adoption of the Brussels I Recast allowed to reorient these political objectives and to give them a new legal translation. Chapter III of the Regulation now in force (recognition and enforcement of judgments) has abolished exequatur proceedings, but without centralizing in the country of origin of the decision all possible controls as to the substance of the case and applications for a stay of the proceedings. The system is evolving towards a mutual trust implying a reasoned assimilation of national and foreign judgments, which leads to the immediate effectiveness of the latter, unless they are successfully challenged at a later stage in the State addressed. The new regime of Pan-European effects of civil judgments should serve as a model; it could be introduced in the other European Regulations on judicial cooperation in civil matters, thus contributing to create a common European system.

KEYWORDS: EXEQUATUR – MUTUAL TRUST – PUBLIC POLICY – RECOGNITION OF JUDGMENTS – ENFORCEMENT.

Ocuparse del reconocimiento de decisiones extranjeras, después de la refundición del Reglamento Bruselas I llevada a cabo en 2012, exige analizar tanto el nuevo sistema aplicable en materia civil y mercantil, que ha acabado definitivamente con el antiguo procedimiento de exequátur, como también las posibles repercusiones de la reforma sobre los regímenes especiales, en materia civil y mercantil y más allá. Los muy numerosos Reglamentos en el ámbito de la cooperación judicial civil han sido concebidos por imitación o demarcación consciente del modelo “Bruselas I”. Es por ello necesario preguntarse si la evolución del Reglamento–modelo es susceptible de incidir sobre el resto de Reglamentos. En lo que concierne a la materia examinada, la refundición del Reglamento Bruselas I es meritoria: su nuevo sistema de reconocimiento y ejecución directa¹ concilia los objetivos de eficacia y de equidad procesal. Cabe por lo tanto esperar que estos méritos tengan una eficacia expansiva y que conduzcan a la racionalización y a la estabilización del Derecho del espacio judicial europeo. Es la conclusión que po-

¹ Según la fórmula oficial del considerando 29 del Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre 2012 (en adelante, “Reglamento refundido”).

dremos extraer después de haber examinado la filosofía del nuevo sistema y de haber sintetizado algunos aspectos técnicos. El espíritu de la reforma, su técnica y su destino: éstos serán los tres puntos de los que nos ocuparemos a continuación.

I. El espíritu de la reforma

Detrás de la modificación bastante consecuente de las normas del Capítulo III del Reglamento Bruselas I se encuentra una filosofía legislativa perfectamente consciente de sí misma, a raíz de la intensidad de los trabajos preparatorios de la reforma y de la calidad de las discusiones preliminares (políticas² y académicas). La idea simple sobre la cual se pusieron finalmente de acuerdo el Parlamento Europeo y el Consejo consiste en el tratamiento disociado del reconocimiento y del antiguo procedimiento de exequátur. El exequátur, que el Reglamento Bruselas I había ya reducido a una simple formalidad administrativa, desaparece con la reforma, sin que por ello se le prohíba al juez del Estado de ejecución llevar a cabo un test de reconocimiento cuando una parte interesada impugne la regularidad de la resolución extranjera. El reconocimiento opera sin formalidades, pero es presunto y reversible: no se impone incondicionalmente al juez de ejecución. De este modo, el nuevo Reglamento ha optado por consolidar el enfoque clásico interestatal. La lógica tradicional del DIPr ha prevalecido sobre la lógica centralizadora del Derecho de la Unión, que proponía someter a los Estados miembros, a efectos de reconocimiento, al Estado de origen de la decisión³. A la vez, la idea fundacional de la “confianza mutua” (o recíproca⁴) se perpetúa y lleva a singularizar el régimen de la eficacia de las decisiones extranjeras cuando éstas emanan de Estados miembros, de Estados “hermanos”: de una lógica de creación/recepción de los actos extranjeros, se pasa a una lógica de asimilación casi perfecta de las resoluciones europeas entre dichos Estados; y aunque la instancia de reconocimiento subsiste desde un punto de vista formal, ha devenido en cierto modo invisible.

² Con una clarividencia remarcable, P. Kinsch escribió recientemente (*Annuaire du droit de l'Union européenne*, 2013, p. 449) en apoyo de la eliminación radical del exequátur, que la misma comporta “un sens politique profond: dans un domaine à la fois important et suffisamment technique pour que les réformes puissent se faire de manière relativement discrète à l'égard d'une opinion publique devenue sceptique au sujet des projets ouvertement fédéralistes, il s'agit de faire la démonstration de l'équivalence des institutions judiciaires entre les Etats membres, justifiant un traitement identique des décisions prononcées dans un autre Etat membre et des décisions prononcées dans le for de leur reconnaissance (...). L'enjeu pour l'Union de la suppression de l'exequatur est un enjeu réel”. No compartimos la radicalidad de P. Kinsch en lo relativo a la localización de los controles de regularidad en el país de origen; sin embargo, suscribimos sus observaciones, a la luz del estado de la reforma llevada a cabo y aquí descrita.

³ Vid. M. Lopez de Tejada, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, LGDJ, Paris 2013, p. 171: “La sujétion de l'Etat d'exécution à l'Etat d'origine”.

⁴ Considerando 26 del Reglamento refundido.

1. *El mantenimiento de un reconocimiento condicional de las resoluciones*

El marco del razonamiento europeo sigue siendo clásico. Como acabamos de señalar, es internacionalista y no federalista o integrativo, en el sentido de que no se niega la existencia de una pluralidad de Estados, ni tampoco la independencia de los sistemas jurisdiccionales y coercitivos. El espíritu del Reglamento Bruselas I refundido sigue siendo la *cooperación interestatal entre iguales*; una cooperación entre un Estado de origen de la resolución y un Estado de ejecución llamado a otorgarle efectos; una cooperación que implica el consentimiento del Estado miembro, inicialmente pasivo, a la decisión tomada por el que ha adoptado la resolución, y no la sumisión incondicional de uno al punto de vista jurídico del otro.

Este esquema no es el que había imaginado la Comisión Europea en virtud de la desaparición programada del *exequátur*. En nombre de dicho objetivo, constantemente reiterado desde la cumbre de Tampere y usado en varios Reglamentos sectoriales, empezando por el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo de 2004, se pretendía eliminar cualquier procedimiento jurisdiccional de control en el Estado de ejecución⁵. Frente a una resolución dictada en un Estado miembro, solamente los órganos jurisdiccionales de dicho Estado debían tener el control de su eficacia internacional en el espacio europeo. Cualquier vía de recurso que tuviese por objetivo alcanzar dicho principio de eficacia incondicional debía quedar centralizada en un único país, el país de origen, mientras que los órganos de los otros Estados miembros quedaban limitados a un rol de agentes de ejecución de títulos cuya eficacia había sido establecida e impuesta desde el extranjero.

Con la refundición del Reglamento Bruselas I la vinculación exclusiva de la eficacia de la resolución a su ordenamiento jurídico de origen no fue adoptada en tanto que principio rector de la cooperación judicial en materia civil. Si bien la ejecución es en principio automática en todo el espacio europeo, a raíz de la desaparición del *exequátur*–formalidad, la posibilidad de un freno de emergencia jurisdiccional subsiste en el Estado de ejecución: sus tribunales serán competentes para conocer de la impugnación de la regularidad formulada por la parte condenada, sin tener que reenviarla sistemáticamente a litigar ante un juez de origen que no ha necesariamente elegido.

En este sistema de derecho común, los controles de compatibilidad de las resoluciones con las normas uniformes europeas seguirán estando divididos entre el

⁵ Vid. art. 38.1º del proyecto de refundición publicado por la Comisión (14 diciembre 2010): “Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento especial alguno y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento”. El ap. 2 de este mismo artículo, el único que finalmente se retuvo, derogaba la declaración local de fuerza ejecutiva (el *exequátur*–formalidad).

sistema judicial del país de origen (mediante las vías ordinarias y extraordinarias de recurso, que pueden servir para reparar una vulneración del orden público o de las garantías procesales) y el del país de ejecución (recurso para la oposición al reconocimiento o a la ejecución). Surge entonces la cuestión de la articulación entre los distintos tipos de recurso posibles; en relación con este punto, la refundición del Reglamento Bruselas I se inscribe dentro de una línea de continuidad del acervo europeo, textual y jurisprudencial (*vid. infra* epígrafe II.3).

2. *Confianza mutua y asimilación de las resoluciones europeas*

A pesar de que la lógica interestatal haya sido mantenida, la refundición del Reglamento ha relativizado ampliamente el carácter extranjero de las resoluciones de cuya eficacia se ocupa. Ello deriva de una percepción renovada de la idea de confianza mutua⁶, pero sin embargo no afecta al principio y a las técnicas de reconocimiento de las resoluciones extranjeras.

El rasgo común entre el Reglamento Bruselas I refundido y otros Reglamentos, como por ejemplo el que establece un título ejecutivo europeo, es esta fuerza ejecutiva automática de los títulos nacionales de cualquier tipo (resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales). La desaparición de las fronteras a efectos de la ejecución forzosa, que comporta la aparición de problemas técnicos de adaptación⁷, obliga a reconocer la *naturaleza idéntica de los títulos nacionales y de los títulos extranjeros*, a pesar de su diversidad residual de régimen. Partiendo del principio de equivalencia jurídica de las resoluciones de los Estados miembros en materia civil y comercial, y de su idéntica vocación ejecutiva, el efecto de la confianza mutua ya no consiste en proclamar la regularidad internacional presunta de los títulos extranjeros, sino en la asimilación cuasi total de las resoluciones civiles europeas y en el compromiso de otorgarles un tratamiento idéntico con independencia de su origen⁸.

La desaparición de la declaración de fuerza ejecutiva marca el fin de la más importante de las discriminaciones entre resoluciones europeas en función de su ori-

⁶ Considerando 26: “La confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial alguno. [...] Como consecuencia de ello, cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido”.

⁷ Cosa que el propio Reglamento reconoce (*vid. su considerando 28*), apelando a la adaptación de las medidas u órdenes extranjeras que no sean conocidas, en la medida de lo posible, a las formas locales más próximas.

⁸ La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha contribuido paralelamente a dicha asimilación, en especial en relación a la transposición del derecho a la ejecución forzosa, que forma parte del proceso justo (jurisprudencia *Hornsby c. Grecia*), de los litigios internos a litigios internacionales.

gen. Esta discriminación había sido considerada desproporcionada y perjudicial en términos de plazos y costes. Después de su supresión, las diferencias subsistentes son residuales –aunque jurídicamente justificadas– y tienen que ver con la irregularidad en la adopción del acto jurisdiccional o con el carácter inadmisibles de sus efectos. El Reglamento Bruselas I refundido apuesta sutilmente por hacer caer progresivamente en desuso, por falta de utilización frecuente, estas últimas diferencias de tratamiento que se traducen en el rechazo del reconocimiento y la ejecución de los títulos extranjeros a petición de un interesado; con todo, este freno de emergencia sigue estando disponible para la salvaguarda de los valores jurídicos esenciales.

3. Las distintas modalidades de asimilación de las resoluciones europeas

Para terminar con estos primeros desarrollos relativos al espíritu de la reforma, debemos señalar que la confianza mutua de asimilación mantiene el principio de una instancia indirecta de control y no prejuzga la totalidad de sus modalidades técnicas. Permanece intacto el principio del “reconocimiento” de las resoluciones extranjeras, esto es, de un razonamiento de admisión de su validez jurídica que puede terminar con su aceptación o su rechazo; con todo, este reconocimiento es independiente de cualquier petición al juez y opera de pleno derecho. Al igual que sucede desde los orígenes del Convenio de Bruselas, los Estados miembros se atienen a un principio de reconocimiento presunto pero reversible. Esta presunción simple de eficacia de las resoluciones extranjeras se adapta bien al carácter todavía ficticio del principio de equivalencia de los sistemas jurídicos y judiciales nacionales; la refutación de la presunción permite reaccionar a la posible aparición de disfunciones locales (parcialidad del juez, sesgo favorable a los intereses de la parte nacional, etc.) y evitar la propagación indebida de sentencias injustas.

En relación con la oposición clásica entre extensión de los efectos del acto extranjero y asimilación de las resoluciones extranjeras con las resoluciones nacionales, el Reglamento refundido no resulta innovador, autorizando algunas variaciones de un Estado a otro en virtud de la autonomía de los sistemas procesales nacionales. De conformidad con la antigua jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el efecto vinculante de la resolución para las partes se deriva necesariamente de una lógica de extensión de los efectos⁹. La deuda o la realidad jurídica declaradas por la resolución quedan en principio vinculadas al ordenamiento del país de origen, puesto que de lo contrario difícilmente podría hablarse de reconocimiento de la

⁹ Vid. la Sentencia de 4 febrero 1988, *Hoffmann c. Krieg*, as. 145/86, en la que se invoca la idea para justificar que una decisión extranjera, una vez declarado su ejecutur, sigue dependiendo del punto de vista de su país de origen.

eficacia de la resolución extranjera. Están relacionadas con esta idea la intangibilidad de la proclamación jurisdiccional de la prohibición de revisión en cuanto al fondo (art. 52 del Reglamento refundido), así como ciertas técnicas de control de la regularidad (como la que impone en ocasiones el carácter vinculante de los antecedentes de hecho establecidos por el juez extranjero, art. 45.2 del Reglamento). En cambio, los atributos legales de las sentencias (fuerza probatoria, autoridad de cosa juzgada y fuerza ejecutiva, incluyendo las garantías de ejecución)¹⁰, en función de las necesidades inherentes a las normas procesales nacionales y de la discordancia de los atributos extranjeros en relación con sus homólogos nacionales. Desde este punto de vista, sigue siendo posible proceder a la asimilación de las resoluciones extranjeras con las resoluciones nacionales en relación con ciertos efectos susceptibles de adaptación y de transposición a las instituciones jurídicas más cercanas del Derecho nacional. El Reglamento refundido lo ilustra en su art. 54 en relación con el reconocimiento de medidas u órdenes desconocidas en el ordenamiento del Estado requerido¹¹. Estas asimilaciones/adaptaciones son admisibles, si bien con la reserva clásica de la preservación de la eficacia de las normas uniformes europeas de reconocimiento y ejecución.

* * *

Así pues, la refundición del Reglamento Bruselas I mantiene una instancia de reconocimiento, aunque todavía más virtual de lo que ya era, con el objetivo de que termine siendo invisible en la mayoría de supuestos. El deseo de los autores de la refundición era que se pudiera olvidar el carácter extranjero de las resoluciones civiles europeas, sin por ello impedir a los Estados miembros expresar, en los casos graves, sus desacuerdos jurídicos fundamentales. De este modo se crea una *apariencia de justicia europea, uniforme pero descentralizada*; una justicia europea basada en la cooperación y no en la subordinación mutua de los Estados, que rechaza con razón el uso de un principio de origen que comportaría la derogación de la soberanía estatal en materia judicial. El mantenimiento del reconocimiento, en lo relativo a las resoluciones, supone la continuidad de la situación existente. Viene acompañado, en la reforma, de un refuerzo de la protección jurisdiccional de los litigantes.

¹⁰ La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia parece sin embargo federalizar, en ciertas circunstancias, la excepción de cosa juzgada: *vid.* la Sentencia de 15 noviembre 2012, as. C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung*.

¹¹ Con la particularidad de que la adaptación no afecta en este caso a los efectos exteriores de la resolución jurisdiccional, sino a su propia sustancia; de ahí que exista una norma legal explícita, que exceptúa la prohibición de revisión en cuanto al fondo.

II. Aspectos técnicos

Bajo su apariencia técnica, la refundición del Reglamento no solo supone la reducción de los costes y de los plazos en beneficio del demandante de reconocimiento y ejecución, sino que también comporta una mejor toma en consideración de los intereses del demandado.

Desde la perspectiva del demandante, la reducción de los costes y los plazos se traduce en algunas enmiendas oportunas, tales como la eliminación de la elección de domicilio en el país de ejecución o la posibilidad de transmitir, sin traducción previa, el título extranjero acompañado de su certificado a las autoridades nacionales de ejecución (es el llamado sistema de “ejecución directa” de los títulos europeos certificados). En cuanto al demandado, cabe remarcar que en la concepción del nuevo procedimiento se haya buscado un equilibrio de los intereses contradictorios que se traduce, en muchos aspectos, en una *mejora de la situación de la parte pasiva o que se opone al reconocimiento*. Es sintomático de esta búsqueda de equidad procesal el hecho de que se le otorgue al demandado el derecho a solicitar una traducción del certificado y, en ciertas circunstancias, de la propia resolución judicial; prerrogativas que deben entrar en juego en el momento crucial de la notificación del título certificado, previamente al inicio de la fase de ejecución forzosa¹².

El nuevo Reglamento prevé dos posibilidades en cuanto a la impugnación de las resoluciones europeas fuera de su país de origen: en primer lugar, mediante un refuerzo de las vías procesales construidas a partir de la distinción clásica entre reconocimiento y ejecución; y en segundo lugar, mediante un incremento de los aspectos susceptibles de ser controlados. El sistema en su conjunto debería ser menos costoso para el demandante, pero más protector para quien se oponga legítimamente a la eficacia de la resolución extranjera.

1. Vías de recurso en el Estado requerido

En lo relativo a las nuevas vías de recurso se observa una evolución sensible del sistema “Bruselas I”, así como, sobre todo, una clara oposición con respecto a lo que había propuesto inicialmente la Comisión Europea. Esta última pretendía crear un procedimiento de revisión en el Estado de origen, como en el caso del Reglamento sobre el título ejecutivo, y solo permitía al Estado requerido un último recurso para la protección de los derechos fundamentales procesales. El Reglamento refundido establece tres vías distintas para la impugnación de la eficacia de la

¹² Art. 43 del Reglamento refundido; considerando 32.

resolución fuera del Estado de origen, inspiradas en el antiguo sistema y adaptadas al principio de ejecución directa.

i) La primera vía, clásica, es la de la impugnación como cuestión incidental. Esta impugnación incidental, prevista en el primer artículo de la sección dedicada a la eficacia de las resoluciones, como un correlato del reconocimiento de pleno derecho (nuevo art. 36), surge como defensa frente a una acción principal de reconocimiento¹³ o bien, en un procedimiento conexo incoado en el foro, en forma de demanda reconvencional en la que se invoque una causa de denegación del reconocimiento.

Las dos otras vías constituyen novedades del Reglamento refundido.

ii) La primera, que es independiente de cualquier medida de ejecución iniciada en el Estado de ejecución, consiste en una demanda preventiva de denegación del reconocimiento. Se trata de una acción de tipo declarativo, cuyo objetivo es que se declare judicialmente que no cabe oponerse al reconocimiento de una resolución extranjera en el Estado requerido. Esta acción queda sometida a los requisitos de fondo del Reglamento. Debe interponerse ante el juez específicamente competente del Estado requerido¹⁴ y de conformidad con un procedimiento autónomo que está apenas regulado por el Reglamento (no se dispone que deba ser contradictorio desde la primera instancia); el juez deberá resolver en un plazo breve y su decisión podrá ser apelada. Este procedimiento debería servir para prevenir la posterior incoación de un procedimiento de ejecución forzosa. En caso de acogerse la demanda de denegación de reconocimiento, esta decisión supondrá la ineficacia de la resolución en el Estado requerido, pero sin que la decisión que declara dicha ineficacia pueda a su vez producir efectos en otros Estados miembros en virtud de las reglas del Reglamento¹⁵. El Reglamento no señala si la denegación del reconoci-

¹³ Esta acción está a disposición del sujeto que cuente con una resolución extranjera favorable y que desee obtener su reconocimiento de pleno derecho, cuando no pueda o no quiera recurrir a la ejecución forzosa local.

¹⁴ El órgano jurisdiccional competente *ratione materiae* es elegido por cada Estado miembro, debiendo la Comisión darle publicidad (art. 75 del Reglamento). Francia ha decidido hacer una distinción entre el juez competente para las demandas de denegación de ejecución (en principio, el *Juge de l'exécution*) y el competente para las demandas a título principal para la declaración de reconocimiento o de no reconocimiento (el *Tribunal de grande instance*, en formación colegial).

¹⁵ El Reglamento refundido no lo señala explícitamente. Con todo, la idea se vincula a la regla tradicional en virtud de la cual las resoluciones de exequátur o de denegación del exequátur no pueden producir efectos en el extranjero ("exequátur sobre exequátur no vale"). La regla de la limitación territorial de los efectos de las decisiones que otorgan o deniegan el exequátur, al igual que las que suspenden la ejecución, queda implícita en el principio de independencia de los Estados miembros para la apreciación del tratamiento que deben otorgar a las resoluciones europeas certificadas.

miento puede ser solo parcial¹⁶; pero las soluciones afirmativas tradicionales, favorables a la eficacia máxima de las resoluciones extranjeras, deberían ser mantenidas.

iii) La última vía de impugnación, igualmente nueva, viene establecida por el Reglamento como respuesta posible a la adopción de medidas de ejecución forzosa. Después de la notificación de la decisión certificada y una vez iniciada la fase de ejecución, la parte que se oponga puede tomar la iniciativa de dirigirse al juez específicamente competente para conocer de las impugnaciones de la ejecución forzosa. Es el demandado en ejecución quien puede solicitar este procedimiento de control (sistema del “contencioso inverso”, ya existente en el Reglamento Bruselas I y extendido a raíz de la eliminación de la declaración de ejecutividad). De este modo, el Reglamento prevé expresamente un recurso suspensivo de la ejecución forzosa que debe permitir que la parte que se opone pueda invocar las causas de denegación del reconocimiento¹⁷. Las reglas procesales quedan, una vez más, relativamente indeterminadas, remitiéndose al Derecho nacional. Pero es esencial subrayar que los considerandos prevén la posibilidad de invocar, incluso en la propia fase de oposición a la ejecución, las causas de suspensión o de denegación de la ejecución propias de la normativa nacional sobre ejecución forzosa¹⁸. Estas causas no podrán afectar al carácter limitado de las causas de denegación del reconocimiento y deberán referirse a acontecimientos posteriores a la fecha en que se dicte la sentencia, tales como la extinción de la deuda mediante pago¹⁹, la prescripción, o las irregularidades propias de la vía de ejecución.

En relación con las dos nuevas vías principales de impugnación introducidas tras la reforma, el Reglamento deja cierta libertad a los Estados miembros para regularlas, especialmente en relación a los plazos. De modo clásico, sugiere una articulación posible con los recursos pendientes o susceptibles de ser interpuestos en el Estado de origen²⁰. Pero, sobre todo, reconoce y extiende el derecho de iniciativa de los litigantes para solicitar la declaración, ya desde la primera instancia y no únicamente en apelación, de la imposibilidad de someter la decisión extranjera al sistema europeo de asimilación a las resoluciones nacionales. La economía de las nuevas vías de recurso es destacable: simplifica el formalismo de la ejecución e incrementa al mismo tiempo los medios de defensa de la parte que se opone al reconocimiento.

¹⁶ La antigua regla del art. 48 del Reglamento 44/2001 ha sido derogada, puesto que estaba contenida en las normas de la (desaparecida) declaración de ejecutividad.

¹⁷ Arts. 44 y 46, que se remiten a las condiciones del art. 45.

¹⁸ Considerando 30.

¹⁹ Desaparece así la dificultad subrayada por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Prism Investment* (as. C-139/10, de 13 octubre 2011).

²⁰ Art. 51.

2. Causas de denegación del reconocimiento

En cuanto al fondo, los casos de denegación del reconocimiento no han sido reducidos en relación a los del Reglamento 44/2001; las antiguas causas han sido íntegramente retomadas e incluso completadas, mientras que la metodología de control se mantiene sin modificación.

La extensión de los motivos de denegación del reconocimiento tiene que ver con los foros de competencia de protección de las partes débiles. Todos los regímenes específicos de competencia judicial internacional para la protección de partes débiles, incluidos ahora también los relativos a los trabajadores, permiten justificar la denegación del reconocimiento. A ello se añade el hecho de que la integridad de las normas de competencia protectoras se ha visto incrementada, ya que las partes débiles quedan protegidas frente al riesgo de prórroga tácita de la competencia a raíz del rol activo que se espera del juez competente (art. 26.2). De este modo, a condición de respetar las constataciones de hecho contenidas en la resolución, la parte débil podrá beneficiarse de un segundo control jurisdiccional, en el Estado requerido, sobre la cuestión de la competencia. La protección de las competencias exclusivas ha sido retomada, sin modificación alguna, como causa de denegación del reconocimiento.

Tratándose de una cuestión muy debatida y que estuvo en el centro de las preocupaciones en el momento de la preparación de la refundición, el supuesto de la vulneración del orden público ha sido mantenido como causa de ineficacia de la resolución extranjera. No ha desaparecido en beneficio de una excepción reducida, limitada a la protección de los derechos fundamentales procesales²¹. Esta elección política es acertada, puesto que el orden público es más amplio que los derechos fundamentales. Se trata de una garantía de valores jurídicos que se traducen en reglas y principios jurídicos objetivos (como la lucha contra los fraudes de todo tipo)²²; dichos valores pueden ser exclusivos del Estado requerido o bien compartidos con el Estado de origen. El orden público de la Unión Europea y el estableci-

²¹ Art. 46 de la propuesta de la Comisión de 14 diciembre 2010: “principios fundamentales que son la base del derecho a un juez imparcial”.

²² Según la última actualización de las fórmulas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia (as. C-302/13, *flyLAL*, de 23 octubre 2014, “[s]ólo cabe aplicar la cláusula de orden público [...] en el caso de que el reconocimiento [...] choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo [...], el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento” (ap. 49). La misma sentencia retoma también la fórmula clásica en virtud de la cual “si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado miembro, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado miembro pueden recurrir a este concepto [...]”.

do por el Consejo de Europa pertenecen al orden público de los Estados miembros²³. Estos estándares del orden público pueden ser salvaguardados de manera descentralizada, en cada uno de los países donde la resolución impugnada sea reconocida y pueda producir efectos concretos.

3. Desmultiplicación y articulación de los controles

Una dificultad esencial, en relación con el orden público o con otras causas de denegación del reconocimiento, es la de la apreciación que cabe realizar sobre el carácter leal y de buena fe de la invocación de dicha causa. ¿Debe ser siempre posible que, habiéndose abstenido de invocar la causa de denegación ante el juez de origen, una parte se aproveche del cruce de fronteras para prolongar el litigio invocando una causa de denegación del reconocimiento conocida anteriormente?

Cabe considerar que, en relación con aspectos esenciales que forman parte del respeto de los derechos de defensa, la posibilidad de un doble control es razonable solo en la medida en que en Europa no existan garantías institucionales del funcionamiento adecuado de los sistemas judiciales nacionales²⁴. El doble control ya existe en la actualidad, en relación con el carácter contradictorio del procedimiento extranjero, pero se trata de un control específico y se evitan sus efectos perjudiciales: el juez de origen controla la recepción del escrito de demanda o documento equivalente (art. 28 del Reglamento), pero el juez del Estado requerido puede también proceder a este control si el demandado es de buena fe y no negligente (art. 45.1.b)²⁵. Generalizando esta fórmula, parece posible admitir el mantenimiento de dobles controles, especialmente en materia de regularidad procesal y de orden público, siempre que exista la salvaguarda de una excepción de *estoppel* o de concentración de los motivos invocables; al menos cuando la causa de denegación del reconocimiento sea solo de interés privado. En tal caso, cabría considerar inadmisibles o manifiestamente infundada la demanda de denegación del reconocimiento invocada por primera vez en el Estado requerido, si el argumento podía haber sido

²³ Sobre las modalidades de defensa del orden público surgido del Derecho de la Unión, *vid.* el asunto pendiente C-681/13, *Diageo Brands*.

²⁴ Estas garantías institucionales podrían consistir en una mayor implicación del propio Tribunal de Justicia. Pero para ello deberían crearse posibilidades de recurso directo y de evocación de la integridad del litigio, bastante distintas de las actualmente existentes en materia de cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia considera, por ahora, que el mecanismo de la cuestión prejudicial basta para prevenir los riesgos de vulneración de los derechos fundamentales en el Estado de origen. Con todo, ello supone que el recurso a la cuestión prejudicial sea rigurosamente obligatorio, y que el Tribunal de Justicia se ocupe de los hechos del asunto (en ocasiones más allá del radio de su competencia).

²⁵ *Vid.*, en base al antiguo art. 34.2º, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 septiembre 2012, as. C-619/10, *Trade agency c. Seramico* (la violación de los derechos fundamentales puede ser controlada por el juez requerido incluso cuando el juez de origen haya emitido un certificado que establezca el carácter contradictorio de la decisión); sobre el “doble control”, *vid.* sus *aps.* 32 *ss.* y 44.

invocado en el Estado de origen pero no lo fue²⁶. Parece probable semejante limitación del control en esta fase, ya que el test de reconocimiento es ahora enteramente facultativo y se inicia a petición de parte. Pero no debería deducirse de ello la inutilidad general del segundo control llevado a cabo sobre las sentencias extranjeras. Las vías de recurso optativas abiertas en los Estados miembros constituyen frenos de emergencia que deben utilizarse de modo excepcional. Su utilidad no es simplemente reparadora, al servicio de los intereses individuales, sino que es también preventiva y disuasoria, en la medida en que la simple existencia de un derecho de revisión y bloqueo de las resoluciones extranjeras es susceptible de disuadir la comisión de una injusticia por parte de un órgano jurisdiccional.

Entendida y aplicada correctamente, la dualidad de controles de admisibilidad de las resoluciones europeas viene a reforzar, más que a debilitar, el nivel de confianza mutua susceptible de prevalecer en las relaciones entre Estados europeos.

III. Destino de la reforma

Los desarrollos anteriores han permitido destacar el carácter equilibrado de la refundición, en lo que se refiere al tema objeto de estudio, y la mejora del sistema preexistente de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

Queda por ver la cuestión del futuro²⁷. El Reglamento Bruselas I refundido ¿constituye un régimen transaccional, precario y revocable, en el sentido de que una próxima refundición más audaz debería sustituir el sistema de reconocimiento condicional por el de reconocimiento automático y absoluto? O, por el contrario, el sistema del Reglamento refundido ¿establece un punto de llegada duradero, capaz de irradiar su influencia y de adquirir valor de principio en el Derecho europeo del proceso civil transfronterizo? Sin negar que la mecánica procesal todavía pueda precisarse y perfeccionarse en el futuro, es legítimo pensar que los méritos del nuevo sistema lo convierten en perenne y fuente de inspiración. La idea de que las resoluciones deben ser tratadas como productos estandarizados y circular incondicionalmente en Europa ya ha pasado sus días. El principio es, y continúa siendo, el de una asimilación controlada de las resoluciones nacionales y el de un

²⁶ Vid. esta idea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (as. *FlyLAL*, citado, ap. 59; as. C-420/07, de 28 abril 2009, *Apostolides*, apdo. 60) y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (as. *Avotins c. Letonia*, dda. N° 17502/07, de 25 febrero 2014: “la Cour estime que le requérant a, de son propre fait, perdu l’opportunité de plaider la méconnaissance du droit chypriote, et que c’est à lui qu’il incombait d’apporter la preuve de la non-existence ou de l’inefficacité d’éventuels recours”; rechazo de la petición de condena por vulneración del derecho a un proceso equitativo del Estado miembro respecto de una sentencia chipriota dictada en rebeldía).

²⁷ Sobre este aspecto, *vid.*, ya en lengua francesa, la parte “Prospectivas” de la obra dirigida por E. Guinchard, *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014, pp. 293 ss (diversas contribuciones).

derecho al desacuerdo cortés entre los Estados miembros. Desde una perspectiva dinámica, este derecho al desacuerdo tiene el interés de permitir una confrontación de los valores propios de los sistemas jurídicos de los Estados, y de invitar a la convergencia de dichos sistemas merced a la virtud de la discusión, sobre todo la que tiene lugar en los recintos neutros del Tribunal de Justicia.

Merecen formularse tres observaciones finales sobre el futuro del DIPr europeo del reconocimiento de resoluciones. Estas observaciones son optimistas, y pretenden convencer de que dicho Derecho puede ser objeto de clarificación y simplificación, y de que su coherencia puede aumentarse²⁸, por medio de la articulación, alrededor de un modelo con valor de principio, de diversas declinaciones sectoriales y ciertos regímenes de excepción.

1. El modelo y sus declinaciones

La primera observación es que, ya actualmente, la lógica del Reglamento Bruselas I refundido posee valor de modelo en el Derecho del Espacio judicial europeo. Podemos encontrar algunas de sus declinaciones en otros Reglamentos, ya adoptados o por adoptar.

El Reglamento de insolvencia, por ejemplo, actualmente funciona según un modelo muy próximo al sistema general o de principio en materia civil y comercial. El reconocimiento de decisiones de apertura opera de pleno derecho y sin formalidades; se prevé restrictivamente una excepción de orden público; determinadas reglas materiales acompañan a la eficacia uniforme en Europa y al acceso directo a las medidas locales de ejecución forzosa²⁹. El proyecto de refundición del Reglamento de insolvencia no varía en este punto.

El Reglamento de sucesiones internacionales, adoptado cinco meses antes que el Reglamento Bruselas I refundido, parece haber quedado rezagado porque todavía prevé el principio de una declaración de la fuerza ejecutiva. Pero la lógica esencial queda preservada, lógica que consiste en un reconocimiento inmediato, excepcionalmente reversible, de las resoluciones adoptadas en otro Estado miembro³⁰. Por lo demás, este Reglamento, que no se limita a tratar las resoluciones jurisdiccionales contenciosas, distingue nítidamente el reconocimiento de las resoluciones, que se refiere a su contenido normativo, de la aceptación de la fuerza probatoria de los documentos públicos (que no despliegan su eficacia en los mis-

²⁸ *Vid.*, en este sentido, las Conclusiones del Consejo Europeo de 26 y 27 junio 2014 sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (2014/ C 240/05), según las cuales es conveniente “promover la coherencia y claridad de la legislación de la UE”.

²⁹ *Vid.*, especialmente, arts. 16-18 y 26 del Reglamento 1346/2000, de 29 mayo 2000.

³⁰ *Vid* art. 39 ss. del Reglamento 650/2012, de 4 julio 2012.

mos términos que las resoluciones judiciales)³¹. El sistema de ejecución directa sobre la base de la presentación de un certificado podría retomarse, sin mayores problemas, en el marco del Reglamento de sucesiones en el contexto de su próxima revisión.

Otros ejemplos emergentes de la coherencia del Derecho europeo: el Reglamento relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil³², así como el relativo a la orden europea de retención de cuentas³³, preconizan el reconocimiento de pleno derecho de las decisiones judiciales, pero atemperan dicho principio mediante excepciones de fondo y vías de recurso abiertas en el Estado requerido.

El sistema de reconocimiento que se ha construido mediante la refundición del Reglamento Bruselas I parece, por tanto, estar en condiciones de cumplir las expectativas de un derecho común europeo racionalizado: puede servir de referencia y ya se presta fácilmente a diversas declinaciones y adaptaciones sectoriales.

2. La suerte de los Reglamentos “excepcionales”; la conveniente derogación del Reglamento por el que se instituye un Título Ejecutivo Europeo

La segunda observación, a modo de pregunta, se refiere a la revisión periódica de los Reglamentos europeos de cooperación judicial, y sobre todo de los que se concibieron como excepciones al modelo de un reconocimiento presunto pero condicional. Con la sola excepción del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo, no parece que la emergencia de un modelo duradero obligue a derogar los sistemas divergentes. Sin duda, en el futuro bastará con poner en relación dichos sistemas excepcionales con su finalidad particular, y ponerlos en práctica con prudencia, habida cuenta de su carácter de excepción.

En materia personal y familiar, los dos sistemas de reconocimiento excepcionales son el del Reglamento Bruselas II bis, por lo que se refiere a medidas urgentes relativas al derecho de visita o al retorno de menores sustraídos³⁴, y el del Regla-

³¹ Vid. art. 59. Lo mismo puede decirse de las transacciones judiciales, cuyo contenido no es objeto de reconocimiento (porque dicho contenido depende de una aproximación en términos de conflicto de leyes), tratándose únicamente de la extensión de la fuerza ejecutiva. Sobre este punto, el Reglamento de sucesiones es coherente y compatible con la lógica del Reglamento Bruselas I.

³² Reglamento 606/2013, de 12 junio 2013 (medidas de protección de las personas físicas): art. 4 (eficacia de pleno derecho aplicable al contenido normativo y a la fuerza ejecutiva), 11 (adaptación de la medida de protección prescrita), y 13 (denegación del reconocimiento y de la ejecución).

³³ Reglamento 655/2014, de 15 mayo 2014, art. 20 ss (efectos de la orden de retención) y 33 ss (vías de recurso).

³⁴ Art. 40 ss, que constituyen una excepción al sistema clásico de los arts. 21 ss del Reglamento 2201/2003, de 27 noviembre 2003.

mento relativo a las obligaciones de alimentos³⁵. Se trata en todos estos casos de un contencioso de la necesidad o de la urgencia, de intervenciones jurisdiccionales formalmente no irreversibles en el marco de relaciones de carácter continuo. Puede entenderse, entonces, que se ponga en práctica una centralización excepcional de las vías de recurso, que, con carácter provisional, hace prevalecer la eficacia de la ejecución por encima de las consideraciones de equidad procesal. Sin embargo, estos mecanismos de excepción plantean dificultades notorias desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales³⁶. Y, aunque parece que el TEDH ha mostrado simpatía por los mecanismos federalizadores europeos de ejecución transfronteriza incondicional, liberando al Estado en el que se solicite la ejecución del riesgo de condena por violación de los derechos fundamentales³⁷, las exigencias de protección jurisdiccional efectiva persisten en el país de origen e implican una posible flexibilización de la rigidez de los textos a la luz de los derechos fundamentales reconocidos en la Unión³⁸. En el plano institucional, es probable que *la justicia de urgencia absolutamente centralizada en un Estado miembro conduzca a una movilización más intensa del Tribunal de Justicia*, que puede arbitrar discretamente los conflictos de competencia entre Estados y que, sobre todo, es el único que puede reabsorber las oposiciones de normas en el seno del sistema jurídico de la Unión (letra clara de un Reglamento de cooperación judicial, contrariada por un

³⁵ Art. 17 ss. del Reglamento 4/2009, de 18 diciembre 2008 (que incluyen reglas materiales originales, que establecen el régimen de prescripción de las obligaciones de alimentos que sean ejecutivas, y que el reconocimiento de la obligación de alimentos en virtud del reglamento no implica el reconocimiento de la relación familiar en que se base la obligación de alimentos que hubiera dado origen a la resolución).

³⁶ Véase, sin embargo, la firmeza con la que el TJUE ha defendido el mecanismo de centralización de la competencia y de los controles: asunto *Zarraga*, C-491/10 PPU, de 22 diciembre 2010, párrafos 51 ss., 69 ss. (y las remisiones).

³⁷ Sentencia del TEDH de 18 junio 2013 (demanda nº 3890/11), *Povse*, en la que moviliza la jurisprudencia *Bosphorus-Michaud* para inmunizar al Estado requerido de todo riesgo de condena cuando esté obligado, en virtud del Derecho de la Unión Europea, a ejecutar incondicionalmente resoluciones extranjeras sospechosas de vulneración del derecho a un juicio justo. Vid. el comentario de P. Kinsch, en *Annuaire du droit de l'Union européenne* 2013, ed. Panthéon-Assas, pp. 448 ss.; compárese con la interpretación más restrictiva de la sentencia de A. Frackowiak-Adamska, "Time for a European Full Faith and Credit Clause", *Common Market Law Review* 52 (2015) pp. 191 ss. Véase también la contextualización de G. Cuniberti, *Rev. crit. dr. int. pr.* 2014, p. 303.

³⁸ La precitada sentencia *Zarraga* insiste en ello, pero centraliza la obligación para con los derechos fundamentales en el país de origen; los jueces de dicho país deberían, en buena lógica y en cualquier momento del procedimiento, interrogar al Tribunal de Justicia por vía prejudicial siempre que se encontraran con una duda seria de compatibilidad con los derechos fundamentales. La dificultad surgiría si los jueces del país de origen no lo hicieran; en tal caso, los jueces del país en el que se solicita la ejecución deberían poder interponer una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad con los derechos fundamentales (vid. las notas siguientes y las explicaciones que aparecen en el cuerpo del texto).

mandato de los Tratados fundacionales o de la Carta europea de derechos fundamentales³⁹).

Por lo que se refiere a los Reglamentos relativos al proceso monitorio europeo y al proceso europeo de escasa cuantía, la lógica de DIPr ha sido claramente superada; pero esta desaparición se compensa con una renuncia más intensa de la autonomía de procedimiento de los Estados. En la medida en que se trata de procedimientos europeos uniformes, concebidos para ser administrados en términos idénticos por todos los jueces europeos, puede entenderse que se haya optado por un control centralizado tras haberse dictado resolución. Los efectos nefastos de esta centralización deberían poderse atenuar en la práctica, mediante el recurso a formularios estandarizados que constituyen un componente esencial de estos nuevos procesos regionales, así como por medio de la desmaterialización de los procedimientos que atenúa las dificultades derivadas de la distancia geográfica. En el marco de estos Reglamentos, aun cuando la eficacia sea directa e incondicional, los Estados miembros conservan el dominio de la organización y funcionamiento de las medidas de ejecución forzosa. Para no correr el riesgo de que en este marco se vulneren los derechos procesales fundamentales de los litigantes, la implicación del Tribunal de Justicia por vía de cuestión prejudicial todavía parece necesaria⁴⁰, y dicha implicación concreta podría conducir a reinstaurar en ciertos casos salvaguardas que eviten la propagación por toda Europa de lo que haya sido localmente mal juzgado⁴¹.

Queda por ver el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo. Podemos pensar que debiera derogarse, en la medida en que sea cierto que este texto-piloto tenía la función de permitir la experimentación de un principio de reconocimiento automático de vocación general. Recordaremos que dicho instrumento suprimió, por vez primera, las formalidades de exequátur para ciertas resoluciones judiciales, docu-

³⁹ En tal caso, y a no ser que exista una interpretación uniforme del aspecto litigioso dada anteriormente por el TJUE, la interposición de la cuestión prejudicial se impondría al juez nacional que conociera el caso, en la medida en que se trataría de pronunciarse, incidentalmente, sobre la legalidad de las reglas del Derecho derivado europeo (jurisprudencia *Foto-Frost* de 1987).

⁴⁰ La precitada sentencia *Povse* del TEDH insiste en ello (par. 81-85), actualizando la jurisprudencia *Michaud* (hay que entender que la inmunidad del Estado al que se solicita la ejecución con respecto a la vulneración del derecho a un juicio justo deriva de la demostración por parte de dicho Estado de que estaba obligado a reconocer y ejecutar la resolución; la duda de compatibilidad con los derechos fundamentales obligaría a interrogar al TJUE por vía prejudicial). Cf., además, la sentencia *Avotins*, precitada, par. nº 47: “*la tâche d’interpréter et d’appliquer les dispositions du Règlement [44/2001] incombe, premièrement, à la Cour de justice de l’Union européenne, qui se prononce dans le cadre du renvoi préjudiciel, et deuxièmement, aux juges nationaux en leur qualité de juges de l’Union, c’est-à-dire lorsqu’ils mettent en œuvre l’interprétation donnée par la Cour de justice*” (llama la atención la jerarquización de las responsabilidades, que destaca la creciente importancia de la función concreta del TJUE en la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales).

⁴¹ *Vid.*, v.gr., as. C-119/13, de 4 septiembre 2014 (eficacia de un requerimiento europeo de pago mal notificado).

mentos públicos y transacciones homologadas. De manera idéntica, el RB I refundido asegurará a partir de ahora la ejecución forzosa directa sobre la base de un certificado que acompañará a tales títulos, cuando sean originarios de un Estado miembro. Por tanto, si de lo que se trata es de proporcionar un acceso facilitado y poco costoso a la ejecución forzosa, el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo ya no sería útil. También hay que recordar que dicho Reglamento obliga al reconocimiento incondicional de las resoluciones dictadas a raíz de créditos no impugnados, y en particular de sentencias dictadas en rebeldía⁴². Se considera que la ausencia del demandado en la instancia significa que acepta la causa que fundamenta el proceso; ficción que es indebida y peligrosa, porque la presunción de aceptación, que podría reposar sobre una simple negligencia, refuerza la eficacia internacional del título jurisdiccional resultante. Tal es, a partir de ahora, la única aportación del Reglamento sobre el título ejecutivo europeo en comparación con el régimen surgido de la refundición del RB I: obligar a los Estados miembros a respetar las resoluciones no contradictorias en las que la parte condenada no se haya desplazado para manifestar su oposición al juez al que haya acudido el demandante. Se trata de una medida injusta y desmesurada, que sería legítimo esperar que fuera derogada. El Tribunal de Justicia ya interpreta este dispositivo con desconfianza: el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo constituye, para el Tribunal, “una excepción al régimen común de reconocimiento de sentencias, cuyos requisitos son, por principio, de interpretación estricta”⁴³. En la actualidad, *un Estado al que se requiera que ejecute, a través de sus órganos, un certificado de título ejecutivo europeo sospechoso de contener errores graves y de atentar contra el derecho a un juicio justo, debería interrogar sistemáticamente al Tribunal de Justicia antes de proceder a la ejecución*. De lo contrario, finalmente el Estado requerido corre el riesgo de ser declarado cómplice de una violación de los derechos fundamentales⁴⁴. En el futuro, insistamos en ello, el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo merecería ser pura y simplemente derogado, en beneficio de un retorno al derecho común de las garantías relativas a la notificación de los actos y al control de las resoluciones. Las sentencias dictadas en rebeldía pueden, excepcionalmente, comportar las más graves vulneraciones del derecho a un juicio justo; sería curioso que en Europa tales sentencias desplegaran una eficacia mayor que las que resulten de un debate jurisdiccional contradictorio.

⁴² Art. 5 del Reglamento 805/2004, que establece el principio de reconocimiento incondicional.

⁴³ Sentencia de 15 marzo 2012, as. C-292/10, *Cornelius de Visser*, par. 64.

⁴⁴ Tal es nuestra lectura de la ya citada jurisprudencia *Bosphorus-Michaud-Povse* del TEDH, que establece una presunción simple de compatibilidad con el CEDH del comportamiento del Estado miembro, obligado a ejecutar los títulos procedentes de otros Estados miembros, cuando todas las garantías procesales hayan sido puestas en práctica en el seno de la Unión (entre las cuales la cuestión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia).

3. *Expansión del modelo europeo hacia el exterior*

Última observación: el modelo europeo surgido de la refundición del Reglamento Bruselas I podría inspirar sin dificultades futuros convenios internacionales, o incitar a los Estados miembros a alinear sus regímenes nacionales de DIPr.

Por supuesto, la ejecución forzosa directa plantea un problema de identificación y asimilación de los títulos ejecutivos extranjeros con los títulos nacionales. En este sentido, el mantenimiento de un exequátur a los efectos de la ejecución será sin duda una solución razonable, a no ser que se reemplazara por una certificación internacionalmente estandarizada susceptible de reconocimiento automático.

En cuanto a la idea de un reconocimiento de pleno derecho de la eficacia de la resolución, reversible en caso de que se plantee un contencioso sobre la regularidad internacional de la resolución, debe constatar que ciertos países ya proceden así desde hace tiempo (v.gr., Suiza⁴⁵) y que otros países, como Francia, podrían generalizar dicho modelo sin mayores dificultades (sobre todo en materia de resoluciones patrimoniales, que todavía se consideran desprovistas de efectos obligatorios antes del cumplimiento del exequátur).

El nuevo régimen de reconocimiento de resoluciones, surgido de la refundición del Reglamento Bruselas I, es entonces susceptible de transposición en el momento de emprender una futura revisión del Convenio de Lugano, y también podría inspirar las prácticas nacionales no armonizadas; y ello contribuiría a reforzar con carácter general la aceptación del DIPr de la Unión en este punto, que ofrecería un modelo con vocación a convertirse en un régimen de Derecho común.

* * *

En las relaciones mutuas entre Estados miembros de la Unión, de la refundición cabe destacar que acentúa la asimilación jurídica de las resoluciones y su tratamiento por parte de las autoridades de ejecución, con la simple condición de una certificación de los títulos extranjeros destinada a favorecer su comprensión. El acceso directo a la ejecución forzosa en todos los Estados miembros constituye una medida con una fuerte carga simbólica susceptible de favorecer aún más la aproximación de los sistemas jurídicos y judiciales nacionales y la supresión de obstáculos, formales o simplemente psicológicos, a la eficacia difusa de las reso-

⁴⁵ El *Office fédéral de la justice* de Suiza intervino para sugerir el modelo que finalmente se adoptó con ocasión de los trabajos preparatorios de la refundición (véase mi antes citado artículo “Faut-il abroger l’exequatur...”, n° 14 y referencias citadas); destacando la compatibilidad, tras la reforma, del sistema europeo con el antiguo sistema suizo (art. 80 ss. de la Ley sobre la persecución por deudas y la quiebra), S. Girard, N. Meier y R. Rodriguez, “Le règlement Bruxelles I bis, un modèle pour une nouvelle convention de Lugano?”, en E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis...*, pp. 436 ss.

luciones pronunciadas en el Espacio judicial europeo. La idea de un reconocimiento condicional de las resoluciones extranjeras constituye el soporte técnico de la eficacia transfronteriza. Dicho reconocimiento es presunto y reversible, mediante las vías de recurso justamente abiertas a las partes interesadas de buena fe. A partir de ahora, el control de las resoluciones extranjeras ha sido enteramente “privatizado”⁴⁶, porque las consecuencias concretas del razonamiento sobre el reconocimiento dependerán de la contestación que pueda oponer la parte afectada. Pero los debates que tuvieron lugar con ocasión de la reforma del Reglamento Bruselas I han permitido comprender que esta técnica era virtuosa, y que incluso revestía un valor fundamental en un espacio regional pluralista que se ha dado como objetivo limar progresivamente el particularismo de las justicias estatales. Alternativamente, sólo el modelo de los procedimientos regionales uniformes puede permitir una centralización de los recursos y de los controles en un único país, pero entonces la defensa de los derechos fundamentales exigiría que se organizara una regulación activa e imparcial a nivel federal (los controles horizontales descentralizados serían sustituidos por un control vertical centralizado, lo que expondría al Tribunal de Justicia al riesgo de verse desbordado...). A la vez tradicional y moderna, la lógica de cooperación horizontal entre autoridades nacionales puede generalizarse fuera de la materia civil y comercial. Al haber optado por consolidar su valor de principio en el momento de refundir el Reglamento Bruselas I, podemos creer que el Derecho europeo de la cooperación judicial transfronteriza se dirige hacia un futuro duradero.

Bibliografía

- Frackowiak-Adamska, A.: “Time for a European Full Faith and Credit Clause”, *Common Market L. Rev.*, vol. 52, 2015, pp. 191 ss.
- Girard, S., N. Meier y R. Rodríguez, “Le règlement Bruxelles I bis, un modèle pour une nouvelle convention de Lugano?”, E. Guinchard (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis...*, pp. 436 ss.
- Guinchard, E.: *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014.
- Lopez de Tejada, M.: *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, París, LGDJ, 2013.

⁴⁶ La vieja sentencia *Munzer* de la *Cour de cassation* francesa (7 enero 1964), que sintetizó el régimen del exequátur de derecho común, justificó su existencia por el hecho de que el control de regularidad de las resoluciones extranjeras debía asegurar la protección del ordenamiento jurídico y de los intereses franceses. En las relaciones intraeuropeas, a partir de ahora dicha protección queda mediatizada por la contestación pertinente de un litigante, porque las autoridades públicas no tendrán que verificar la admisibilidad de la resolución extranjera a no ser que hayan sido expresamente invitadas a hacerlo (salvo el caso de contrariedad descarada con el orden público local, constatada por las autoridades encargadas de la ejecución forzosa).

NUEVAS REGLAS INTERNACIONALES SOBRE LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO EN CONTRATOS INTERNACIONALES: EL CONVENIO DE LA HAYA Y EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Marta PERTEGÁS SENDER*

SUMARIO: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación respectivo de los instrumentos. 1. Ámbito temporal. 2. Ámbito territorial. 3. Ámbito material. III. Régimen operativo de los instrumentos. 1. Los acuerdos de elección de foro regidos por Bruselas I bis y el Convenio. 2. El refuerzo de la eficacia internacional de los acuerdos de elección de foro. IV. Conclusión.

RESUMEN: El marco jurídico aplicable a las cláusulas de elección de foro se renueva en 2015 con la aplicación del Reglamento Bruselas I bis y la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 2005 sobre la materia. El objeto de esta contribución es analizar los elementos principales del renovado marco jurídico, aclarar el ámbito de aplicación respectivo de ambos instrumentos y valorar su objetivo común en favor de la eficacia internacional de las cláusulas de elección de foro. En sintonía con el régimen europeo sobre acuerdos de elección de foro, es de esperar que la consolidación del Convenio como el referente internacional en materia de cláusulas de elección de foro dote de un régimen jurídico previsible y eficaz al mundo de la litigación comercial internacional.

PALABRAS CLAVE : BRUSELAS I BIS – CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – CONVENIO DE 2005 SOBRE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO – ELECCIÓN DE FORO – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.

ABSTRACT: *New International Rules on Choice of Court Agreements in International Contracts: Hague Convention and Brussels I bis Regulation.*

The application of EU Regulation Brussels I bis and the entry into force of the 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements will bring about a renewed legal framework applicable to choice of court agreements. The aim of this contribution is to analyse the most relevant points of this enhanced legal framework, provide clarification as regards the scope of application of each of these instruments

* Primera Secretaria en la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado; profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Amberes (Bélgica). La autora agradece la ayuda recibida de Marta Tarragona, pasante en la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el primer trimestre de 2015, para su preparación.

and assess their common objectives to ensure international effectiveness of choice of court agreements. As an extension to the EU regime on choice of court agreements, it is anticipated that the Hague Convention will become the international landmark in this area of law and that it will lead to a secure and efficient worldwide legal framework for international commercial litigation.

KEY WORDS: BRUSSELS I BIS – HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW – 2005 HAGUE CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS – CHOICE OF COURT – RECOGNITION AND ENFORCEMENT.

I. Introducción

Tras la entrada en vigor del Reglamento 1215/2012 (el “Reglamento Bruselas I bis” o RB I bis)¹ en enero de 2015, este año se producirá también la entrada en vigor del Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro (el “Convenio de La Haya” o “el Convenio”) de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (la “Conferencia de la Haya”). Ambos instrumentos están pues destinados a coexistir en un marco jurídico renovado aplicable a las cláusulas de elección de foro que, en caso de contencioso internacional, permiten la determinación del tribunal competente. En efecto, estas normas incorporan algunas novedades sin por ello cuestionar el papel fundamental de la autonomía de la voluntad como principio regulador de la competencia judicial internacional. El objeto de esta contribución es presentar brevemente las novedades que dichos instrumentos aportan a la determinación del tribunal competente y al reconocimiento y ejecución de resoluciones con base en el acuerdo estipulado por las partes en un contrato.

A pesar de las diferencias notables en función del tipo de instrumento jurídico (Reglamento y convenio, respectivamente) y a su origen institucional (la Unión Europea (“UE”) y la Conferencia de La Haya, respectivamente), ambos instrumentos comparten un objetivo común, que es el de fortalecer la eficacia jurídica de los acuerdos de elección de foro en los litigios internacionales. Las reglas previstas a este efecto, tanto en el RB I bis como en el Convenio de La Haya, se asemejan considerablemente pero no son idénticas y conviene, pues, prestar particular atención a la delimitación entre ambos instrumentos (*infra*, II). Una vez determinado el instrumento que rige la controversia, sería de esperar, teniendo en cuenta su objetivo común en favor de la eficacia jurídica internacional de los acuerdos de elección de foro, que los efectos que uno y otro régimen jurídico deparen a la cláusula de elección de foro sean similares. Efectivamente, los cambios introducidos en el régimen “europeo” a fin de garantizar la coherencia con el régimen “internacio-

¹ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial (refundición), DO L 351/1 de 20.12.2012.

nal” auguran mayor convergencia en la interpretación de los instrumentos (*infra*, III).

II. Ámbito de aplicación respectivo de los instrumentos

El RB I bis constituye, como es sabido, la piedra angular del régimen de competencia internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias en la Unión Europea. De acuerdo con su art. 81, resulta aplicable a partir del 10 enero 2015 en todos los Estados miembros de la UE (salvo Dinamarca) y se caracteriza por un ámbito de aplicación general (ya que rige para cualquier caso que responda al criterio amplio “en materia civil y comercial”). RB I bis se suma así a la ya larga lista de fuentes uniformes sobre esta materia en el ámbito de la Unión Europea (principalmente, el Convenio de Bruselas de 1968 y el RB I de 2001).

Por su parte, el Convenio de La Haya es mucho más específico, al estar su aplicación condicionada por la presencia de un acuerdo exclusivo de elección de foro en el acuerdo concluido por las partes y por su naturaleza de convenio internacional convencional (y por tanto sujeto a ratificación, adhesión u otra forma de aprobación para su entrada en vigor). Aun así, se augura a este Convenio un gran potencial en el ámbito de la litigación comercial internacional al tratarse de un instrumento concluido en el marco de una organización intergubernamental de ámbito mundial como es la Conferencia de La Haya². De la misma manera que el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales vertebró la relevancia del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de litigios comerciales internacionales, el Convenio de La Haya aspira a convertirse en el régimen jurídico mundial de referencia para la litigación comercial internacional³.

² La Conferencia de La Haya cuenta actualmente con cerca de 80 Estados miembros (incluyendo los 28 Estados miembros de la Unión Europea y la Unión Europea como única ORIE – Organización Regional de Integración Económica– hasta la fecha) y tiene como misión principal la “unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”. Vid. art.1 Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, publicado en español en A. Borrás y Julio D. González Campos (coord.), *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (1951–2007), 2ª ed., Marcial Pons, 2008, p. 70.

³ Como resalta el Informe Explicativo sobre el Convenio, vid. el Informe Explicativo de Trevor Hartley y Masato Dogauchi, publicado en *Actes et Documents de la Vingtième Session*, t. III, 2005, pp. 790–791.

Trascurridos casi diez años después de su conclusión, el Convenio ha generado mucho interés doctrinal. Entre los trabajos publicados en lengua española sobre el Convenio, cabe destacar A. Borrás, “La XX Sesión diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI* n° 1, 2005, pp. 513–520; F. Garcimartín, “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro: autonomía privada y competencia judicial internacional”, *Diario La Ley*, 18 noviembre 2014, pp. 6–12; R. Arenas García, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de

Desde una perspectiva práctica, el RB I bis y el Convenio de La Haya se solapan ante la presencia de un acuerdo de elección de foro en un contrato internacional. Resulta pues necesario detenerse en el examen de los ámbitos de aplicación respectivos de los instrumentos, en el tiempo (1), en el espacio (2) y en cuanto al objeto de la operación internacional en cuestión (3), antes de pasar al análisis del régimen jurídico que dichos instrumentos promulgan para las cláusulas de elección de foro, que, como se ha adelantado, se centrará sobre las novedades que se incorporan en relación al régimen precedente.

1. Ámbito temporal

El *iter* legislativo de ambos instrumentos difiere considerablemente, pero ambos instrumentos tienen en común que comenzarán a aplicarse en 2015.

El RB I bis se aplica desde el 10 enero 2015 y concretamente, conforme a su art. 66, sus disposiciones serán aplicables a las acciones judiciales ejercitadas a partir de esa fecha. Para acciones ejercitadas antes del 10 enero 2015, continuará siendo aplicable el RB I. Examinando específicamente los litigios relacionados con un acuerdo de elección de foro, el RB I bis puede aplicarse a acuerdos de elección de foro celebrados antes del 10 enero 2015, a condición de que la acción judicial correspondiente se inicie a partir de dicha fecha.

El Convenio de La Haya, por su parte, entrará en vigor casi con certeza el 1 octubre 2015. La duda sobre la fecha de entrada en vigor se resolverá en el momento en que se conozca la fecha del depósito por parte de la UE del instrumento de aprobación del Convenio ante el depositario del mismo, que es el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos. Si el depósito se realiza, como cabe esperar, antes del 30 junio 2015⁴, el Convenio entrará en vigor el 1 octubre 2015 entre los Estados miembros de la UE (salvo Dinamarca) y México (que ya se adhirió al Convenio en 2007).

Conforme a las disposiciones transitorias del Convenio (art. 16), el elemento temporal a tener en cuenta no es, como en el caso del Reglamento, la fecha de ejercicio de la acción judicial, sino la fecha del acuerdo de elección de foro. Ello conlleva que el Convenio empezará a aplicarse solo a los acuerdos celebrados a partir de su entrada en vigor (es decir, aquellos cuya fecha coincida con el 1 octubre 2015 o una fecha posterior). A ello debe añadirse que la sucesiva fecha de entrada en vigor del Convenio para otros Estados no será el 1 octubre 2015 sino

foro: un cruce de caminos”, *La Ley: Unión Europea*, 2015, n° 22, pp. 35-45. Para una bibliografía general, también en otras lenguas, véase la bibliografía recopilada por la Oficina Permanente en http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.publications&dtid=1&cid=98.

⁴ Conforme a la Decisión del Consejo de la UE de 4 diciembre 2014 relativa a la aprobación, en nombre de la UE, del Convenio de La Haya, DO L 353 de 10.12.2014, p. 5.

una fecha posterior, es decir, aquella que resulte de la aplicación del art. 31.2º del Convenio al nuevo Estado contratante. Debido a esta entrada en vigor escalonada, propia de los Convenios internacionales, el 2.º párrafo del art. 16 prevé una regla de Derecho transitorio adicional⁵.

2. *Ámbito territorial*

Ambos instrumentos se aplican a situaciones internacionales, lo que requiere la consideración de sus ámbitos de aplicación respectivos desde una perspectiva geográfica.

En cuanto al Reglamento (considerando n.º 13), bastará en principio una conexión entre los procedimientos a los que se aplique y el territorio de los Estados miembros. Dicha conexión, en relación a los litigios que nos interesan, podría ser la existencia de un acuerdo atributivo de competencia en favor de un tribunal de la UE, o la invocación de dicho acuerdo en favor de otro tribunal elegido ante un tribunal ubicado en la UE o el reconocimiento y ejecución de una resolución judicial dictada en base o considerando un tal acuerdo. Por otro lado, el Convenio define lo que constituye una “situación internacional” desde la perspectiva del tribunal que conoce del asunto. Cuando se trata de examinar la competencia internacional, el art. 1.2º considera que el requisito de la “internacionalidad” se cumple cuando las partes residen en diferentes Estados contratantes o, incluso cuando residen en el mismo Estado, algún otro elemento relevante del litigio (que no sea el tribunal elegido) está conectado con otro Estado. Desde la perspectiva de un asunto del que conoce un tribunal español, sería pues suficiente que el lugar de ejecución del contrato se encuentre fuera de España, aunque dicho contrato haya sido celebrado por dos partes residentes en España, para que la situación sea internacional a efectos del Convenio de La Haya. Cuando el objeto del procedimiento es el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, el mero hecho de tratarse de una resolución dictada por un tribunal extranjero es suficiente para constatar que la situación es internacional. Además, al tratarse de un Convenio que obviamente solo puede aplicarse entre Estados contratantes, es imprescindible que la resolución se haya dictado en un Estado contratante del Convenio y deba reconocerse y ejecutarse en otro Estado contratante.

El ámbito de aplicación territorial de ambos instrumentos pone de manifiesto la necesidad de precisar su delimitación. Esta cuestión —“una de las más difíciles⁶” de las que surgieron durante las negociaciones del Convenio— generó una cláusula-

⁵ Los ejemplos del Informe Hartley/Dogauchi (pp. 838–839) son muy útiles para una mejor comprensión del art. 16.2º del Convenio.

⁶ Informe Hartley/Dogauchi, *op. cit.*, p. 795. A. Borrás, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, t. 317, 2005, pp. 313–536, esp. p. 490.

la de desconexión específica (art. 26.6º del Convenio), que regula la interrelación entre el Convenio y “las normas de una ORIE”, como es en la actualidad el RB I bis (y anteriormente el RB I de 2001). No olvidemos, por otro lado, la interrelación entre estos dos instrumentos y el Convenio de Lugano de 2007.

Para la determinación del juez competente, el RB I bis prevalece en los supuestos en que ambas partes son residentes en (un) Estado miembro(s) de la UE, así como en el supuesto en que una parte reside en la UE y la otra reside en un Estado que no es miembro de la UE ni tampoco parte del Convenio. Cuando una parte reside en un Estado miembro de la UE y la otra en un Estado no miembro de la UE que es parte del Convenio, éste último prevalecerá (art. 26.6ºa) del Convenio). De forma similar, el régimen correspondiente para el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras depende del origen de la resolución dictada (art. 26.6º.b) del Convenio). En consecuencia, las resoluciones originarias de un tribunal de un Estado miembro de la UE estarán siempre sujetas a las reglas de reconocimiento y ejecución del Reglamento Bruselas I bis cuando se solicita el reconocimiento y la ejecución de las mismas en otro Estado miembro de la UE. La aplicación del Convenio viene, pues, autolimitada al reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en un Estado parte al Convenio que no sea a su vez Estado miembro de la UE⁷.

De acuerdo con el art. 26.6º del Convenio, el RB I bis y el Convenio pueden operar paralelamente, sin que ello conlleve un conflicto de instrumentos. Ciertas dudas subsisten, sin embargo, en relación a la articulación entre el RB I bis y las normas nacionales que deban cubrir aquellas situaciones en que la conexión entre el procedimiento y el territorio de la UE es insuficiente y a las que el Convenio tampoco puede aplicarse. Se trata específicamente del supuesto en que el tribunal elegido se encuentra fuera de la UE en un Estado no parte al Convenio y el procedimiento se plantea ante un tribunal en territorio de la UE. Esta hipótesis parece quedar excluida del ámbito de aplicación del régimen de elección de foro tanto del Reglamento como del Convenio. En efecto, éste último no es aplicable porque el Estado del tribunal elegido no es (aún) parte del Convenio. En cuanto al Reglamento, su art. 25 sólo se aplica a aquellos casos en que el tribunal elegido está ubicado en la UE. Saber si el tribunal del Estado miembro ante el que se plantea el litigio puede aún así declararse competente, a pesar del acuerdo de elección de foro en favor de un tribunal de un tercer Estado, dependerá de la aplicación de otras reglas de competencia del Reglamento, como pueda ser el art. 26 (en caso de comparecencia voluntaria del demandado), del lugar donde el demandado está domiciliado (condición para la aplicación del los arts. 4, 7 y 8) o del caso específi-

⁷ Vid. Informe Explicativo y en particular los ejemplos que proponen T. Hartley y M. Dogauchi para esclarecer el funcionamiento de la llamada “regla de ceda el paso” a las ORIEs. Informe Hartley/Dogauchi, *op. cit.*, pp. 854-857.

co del art. 9 (acciones de responsabilidad derivadas de la utilización de un buque). Asimismo, cabe recordar que ciertas reglas de competencia del RB I bis (las reglas de competencia exclusiva del art. 24 o las reglas en materia de contratos de seguros, contratos celebrados por los consumidores o contratos individuales de trabajo) poseen un régimen de aplicación territorial especial.

Por ejemplo, la sentencia *Mahamdia* del TJUE ilustra la aplicación de las reglas en materia de un contrato individual de trabajo concluido entre un trabajador residente en Alemania y el Ministerio de Asuntos Exteriores de Argelia. A pesar de la cláusula en favor de los tribunales argelinos en caso de litigio, el tribunal alemán ante el cual el trabajador interpone la demanda por despido improcedente y falta de pago de horas extras es competente ya que el trabajador prestó sus servicios de chófer de la Embajada de Argelia en Alemania.⁸

En definitiva, la posible aplicación subsidiaria de reglas nacionales sobre elección de foro está condicionada por varios factores. En cuanto a la determinación de la competencia internacional, las respectivas reglas estatales permitirán a los tribunales en los Estados miembros de la UE examinar su competencia internacional en aquellos casos en que el RB I bis no resulte de aplicación. En cuanto al reconocimiento y ejecución de resoluciones de un tercer Estado, la delimitación es más clara ya que únicamente depende de la condición de “Estado miembro” o “Estado parte” del Estado de origen de la resolución. No cabe duda de que la política a seguir es fomentar un mayor número de ratificaciones del Convenio de La Haya para así disminuir progresivamente el riesgo de regímenes diferentes según el tribunal que conozca del caso en la UE.

Por ejemplo, en un contrato entre una empresa española y una empresa mexicana que contenga una cláusula de elección de foro en favor de los tribunales de Nueva York, ¿qué reglas aplica el tribunal español si el demandante plantea el litigio en España alegando que el acuerdo sobre el foro es nulo? El Convenio no entra en aplicación hasta que EE UU ratifique el Convenio (que ya ha firmado). El Reglamento, por su lado, será de difícil aplicación cuando la empresa mexicana sea la demandada e impugne la competencia de los tribunales españoles, lo que parece la opción más habitual en la práctica. Se aplicarán entonces las reglas españolas, reglas que pueden presentar diferencias respecto a las reglas que otro tribunal en la UE aplicaría a un mismo caso.

3. *Ámbito material*

No todas las operaciones internacionales sometidas a una cláusula de elección de foro podrán regirse por el Reglamento o el Convenio. En efecto, ambos instru-

⁸ STJ (Gran Sala) 19 julio 2012, as. C-154/11: *Mahamdia c. Algeria*.

mentos prevén exclusiones de sus respectivos ámbitos de aplicación. Es importante referirse al art. 1.2º del Reglamento y al art. 2 del Convenio.

Sin entrar aquí en un estudio detallado de las materias excluidas, cabe destacar que la principal diferencia en cuanto al ámbito de aplicación material de ambos instrumentos radica en el tratamiento de los contratos de consumidores, de los contratos de trabajo y de los contratos de seguros. Allí donde el Convenio excluye los contratos de consumidores y los contratos de trabajo (art. 2.1º.a y b), el Reglamento se aplica a litigios que emanen de estos tipos de contratos e incluyan un acuerdo de elección de foro. Sin embargo, el RB I bis contiene un régimen específico aplicable a estos litigios que se caracteriza por una considerable limitación de la autonomía de la voluntad en aras de la protección del consumidor y del trabajador, respectivamente (arts. 19 y 23).

El tercer “régimen protector” del RB I bis, es decir, el régimen aplicable a los contratos en materia de seguros, responde a los mismos objetivos de protección a la parte débil del contrato, es decir, el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario (art. 15). El Convenio, por su lado, no prevé un régimen específico para contratos en materia de seguros. Para paliar la falta de un régimen paralelo en el marco del Convenio, la Unión Europea se propone realizar una declaración con base en el art. 21 del Convenio, lo que conllevará que ciertos contratos de seguros se queden fuera del ámbito del Convenio⁹. En efecto, la UE declarará que el Convenio no se aplica a aquellos contratos en materia de seguros que respondan a los criterios establecidos en el anexo 1 de la Decisión del Consejo sobre la aprobación del Convenio. Para los operadores en materia de seguros en la UE, lo que esta declaración facilitará es la coherencia entre el régimen europeo e internacional en materia de competencia internacional aplicable a los contratos de seguros. Cabe preguntarse, sin embargo, si la gran tecnicidad de la declaración prevista por la UE (que reposa sobre conceptos específicos del derecho de seguros europeo como puede ser el concepto de “grandes riesgos”) no acarreará dificultades para la determinación de la competencia internacional en otros Estados contratantes que, en virtud del art. 21.2º.b), deban delimitar los efectos de la declaración de la UE a los efectos de la aplicación del Convenio en su territorio.

Por ejemplo, un tribunal mexicano debe pronunciarse sobre la aplicación del Convenio a un contrato de seguro celebrado por un tomador de seguro domiciliado en México y una aseguradora domiciliada en los Países Bajos, que contiene una cláusula de elección de foro en favor del tribunal de Rotterdam. Si se aplica o no el Convenio, dependerá de la aplicación (uniforme como requiere el art. 23 del Con-

⁹ Vid. anexo 1 a la Decisión del Consejo sobre la aprobación del Convenio de La Haya, DO L 353 de 10.12.2014, p. 7.

venio) que el tribunal mexicano pueda hacer de la declaración sobre contratos de seguros que la UE realizará con base en el art. 21 del Convenio.

III. Régimen operativo de los dos instrumentos

Ambos instrumentos comparten el objetivo de asegurar la eficacia de los acuerdos de elección de foro y fortalecer la promoción de la autonomía de la voluntad. Incitan a las partes implicadas en la contratación comercial internacional a anticipar la cuestión de la resolución de posibles litigios que puedan surgir de su transacción internacional y refuerzan la alternativa de la resolución por vía judicial fortaleciendo la armonía de las reglas aplicables en aquellos Estados que presenten una conexión con dichas partes o litigios. Para alcanzar esa eficacia reforzada de los acuerdos de elección de foro, juegan un papel fundamental las pautas para determinar si el acuerdo sobre elección de foro es válido (1), y la estipulación de los efectos de dichos acuerdos (2).

1. Los acuerdos de elección de foro regidos por Bruselas I bis y el Convenio

Al examinar la validez de un acuerdo de elección de foro en relación a las reglas del Reglamento o del Convenio, el tribunal debe siempre tener presente la diferente naturaleza jurídica de los instrumentos. En este sentido, los preceptos en materia de elección de foro del Reglamento forman parte de un régimen completo de competencia y reconocimiento y ejecución de sentencias: si esos preceptos no se cumplen, ello no conlleva la no aplicación del Reglamento. De hecho, la consecuencia será que el examen de la competencia internacional se llevará a cabo con base en las otras reglas de competencia del Reglamento. Por el contrario, el Convenio, que sólo contiene reglas en caso de elección de foro y que además se autolimita a acuerdos de ciertas características (como veremos enseguida), abre el paso a la aplicación de otras fuentes en materia de elección de foro para aquellos acuerdos que queden fuera de su ámbito de aplicación.

Los criterios autolimitativos que el Convenio se impone son principalmente a) el carácter exclusivo del acuerdo de elección de foro —salvo extensión por declaración recíproca en virtud del art. 22 del Convenio—; b) la elección a favor de los tribunales de un Estado contratante al Convenio y c) los requisitos de forma y materiales aplicables al acuerdo.

En cuanto al carácter exclusivo del acuerdo, es necesario que el acuerdo de las partes designe uno o más tribunales específicos o los tribunales en general de un solo Estado. El Informe Hartley/Dogauchi propone una serie de ejemplos para

esclarecer esta condición¹⁰. En los países de tradición del *common law* se da mucha importancia a que el Convenio estipule una presunción de exclusividad, lo que permitirá la aplicación del Convenio y en consecuencia la eficacia de la cláusula de elección de foro para ciertos acuerdos que, bajo la aplicación de normas nacionales, no se hubiesen regido por tal cláusula¹¹.

Por ejemplo, un tribunal de Singapur (Estado que prepara la ratificación del Convenio para 2016) aplicará el Convenio, a partir de su entrada en vigor, a una cláusula de elección de foro en favor de los tribunales españoles si la cláusula está redactada como sigue: “Los tribunales españoles serán competentes para dirimir cualquier litigio que resulte del presente contrato”, lo que supone una diferencia en relación a las reglas nacionales aplicables actualmente tanto en Singapur como en otros países de tradición del *common law*. En efecto, tal formulación ha sido interpretada en el *common law* como una pauta indicativa de las partes que, sin embargo, no debe impedir que un tribunal fuera de España conozca del caso.

Otro aspecto que cabe resaltar, sobre todo por tratarse diferentemente en el Convenio y el Reglamento, es el de los acuerdos “asimétricos” (o acuerdos en que una de las partes puede presentar una demanda únicamente ante el tribunal designado, pero la otra parte puede dirigirse a otros tribunales). Dichos acuerdos, que en la práctica internacional financiera y bancaria se dan con frecuencia, quedan fuera del ámbito del Convenio, pero no así del Reglamento. De hecho, la aplicación de las reglas del Reglamento Bruselas I y el Convenio de Lugano a dichos acuerdos ha generado mucha jurisprudencia que mantiene su utilidad para la interpretación del Reglamento Bruselas I bis¹².

En cuanto a la limitación geográfica de la elección a un Estado contratante, resulta de tal limitación que, por el momento, el tribunal elegido debe encontrarse en el territorio de la UE o México para que el Convenio pueda aplicarse. Se espera que la entrada en vigor del Convenio favorezca un número creciente de Estados contratantes, que podrían incluir a los Estados Unidos de América (sig-

¹⁰ Informe Hartley/Dogauchi, *op. cit.*, pp. 810–811.

¹¹ El Informe Hartley/Dogauchi ilustra esta diferencia con referencia a una resolución judicial de un tribunal de Nueva York en 2005, que bien podría constituir la primera referencia al Convenio en la jurisprudencia mundial. Se trata de *The Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited v. Yusuf Suveyke*, 392 F. Supp. 2d 489 (EDNY 2005), que se puede consultar en <https://casetext.com/case/the-hongkong-shanghai-banking-corp-v-suveyke> (consultado el 14 mayo 2015). Tampoco todos los sistemas de *common law* son iguales, como resalta Richard Garnett: *vid.* R. Garnett, “The Hague Choice of Court Convention – *Magnum Opus* or much ado about nothing?”, *J. Priv. Int’l L.*, 2009, pp. 161–180, esp. p. 164.

¹² *Vid.*, *v.gr.*, la decisión reciente de la *Cour de Cassation* francesa de 25 marzo 2015, recogida por G. Cuniberti en conflictoflaws.net y la nota de G. Cuniberti y B. Ancel sobre la decisión de la *Cour de Cassation* francesa de 26 septiembre 2012, *Journal des Tribunaux Luxembourg* 2013, pp. 7–12 (que también se puede consultar en SSRN http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2226551).

natorio del Convenio desde 2009) o Singapur (signatario del Convenio desde 2015). Es interesante comprobar que Estados que se perfilan como un foro atractivo para cierto tipo de contencioso internacional avanzan rápidamente en la ratificación del Convenio, conscientes del atractivo de un régimen uniforme sobre competencia y reconocimiento y ejecución, por un lado, y del valor de una alternativa al arbitraje internacional como método de resolución de litigios. No es pues casualidad que Singapur, que acaba de instaurar un tribunal especializado en resolución de litigios comerciales internacionales y se perfila como un foro atractivo para la resolución de litigios comerciales internacionales, se proponga la ratificación del Convenio en el transcurso de 2016. La aplicación del Convenio y la eficacia internacional del acuerdo de elección de foro que conlleva, pueden así convertirse en importantes factores determinantes (al margen de muchos otros como puedan ser la especialización y eficacia de los tribunales, el idioma o los costes de los procedimientos) de los foros que atraen un mayor número de litigios comerciales internacionales¹³.

En cuanto a los requisitos formales y materiales aplicables, las reglas del Convenio y del Reglamento no presentan grandes diferencias entre sí, ni en relación al régimen aplicable en virtud del anterior RB I¹⁴. Me limito, pues, a analizar la novedad más importante en relación a la validez material de la cláusula.

La jurisprudencia sobre el RB I (y sus precedentes hasta llegar al Convenio de Bruselas de 1968) deja ciertas dudas al descubierto sobre el examen de la validez material del acuerdo entre las partes, tal y como queda reflejado por la cláusula de elección de foro.¹⁵ Si, por ejemplo, una de las partes invoca la nulidad del acuerdo por vicio del consentimiento, la naturaleza contractual de la cuestión requiere su consideración con base en las normas materiales que correspondan. El Reglamento o el Convenio, como normas procesales que son, no permiten resolver todos los matices de dicha cuestión y requieren el complemento del Derecho nacional aplicable. La dificultad añadida radica en saber cómo se determinan las normas materiales aplicables a un caso internacional, que presenta por tanto un vínculo con más de un ordenamiento jurídico. De ahí que la nego-

¹³ *Vid.*, v.gr., la alocución de la máxima autoridad judicial de Singapur, *Chief Justice Sundaresh Menon*, en la Sesión de Clausura del Foro anual ASEAN, celebrada el 25 agosto 2013, que se puede consultar en <http://cil.nus.edu.sg/wp/wp-content/uploads/2013/09/Keynote-by-CJ-Menon.pdf>.

¹⁴ Para un estudio completo de esta cuestión, me remito a T. Hartley, *Choice-of-court agreements under the European and international instruments*, OUP, Oxford, 2013, especialmente el capítulo VII y el comentario de U. Magnus sobre la evaluación generalmente positiva de la aplicación del art. 23 del Reglamento Bruselas I: U. Magnus, in E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BIICL, 2012, p. 84.

¹⁵ *Vid.*, v.gr., el estudio de U. Magnus sobre el art. 23 RB I: U. Magnus, Article 23, in U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law, Brussels I Regulation*, 2ª versión revisada, Munich, Sellier, 2012, pp. 474-479.

ciación sobre el Convenio de La Haya y la refundición del RB I (que culminó con la conclusión del RB I bis) consideraran oportuno incorporar una regla común al respecto.

Se trata de la introducción de una norma de conflicto de leyes para determinar si el acuerdo es nulo en cuanto a su validez material. Este precepto se incluye en el art. 25 del Reglamento (al que se refiere el considerando 20) y en los artículos 5.1º y 6.1º del Convenio, cuyos respectivos efectos prorrogatorio y derogatorio examinaremos más adelante. La regla de conflicto en ambos casos determina que la validez se rige por la ley del tribunal elegido, que deberá ser interpretada como una referencia que incluye las normas de conflicto de leyes de la ley del tribunal elegido. Esta precisión resulta del Informe Hartley/Dogauchi¹⁶ en relación al Convenio y del considerando 20 RB I bis.

No cabe duda de que desde la perspectiva de la deseada concordancia entre instrumentos, una norma de conflicto común debe ser bienvenida. Sin embargo, al admitir el juego de las reglas de conflicto de leyes del tribunal elegido, la validez material de los acuerdos de elección de foro puede seguir siendo una cuestión de difícil resolución en la práctica. Sobre todo cuando se sabe que muchos sistemas de derecho internacional privado no especifican cuál es la regla de conflicto aplicable en materia de validez de un acuerdo de elección de foro. Sin ir más lejos, el RB I rechaza la calificación de esta cuestión como una cuestión regida por la ley aplicable al contrato y no permitirá pues la aplicación de las reglas de conflicto de este Reglamento. Es verdad que la incorporación de una norma uniforme de conflicto de leyes en los instrumentos internacionales, que, en la práctica, dé lugar a resultados diversos por el juego del reenvío a las reglas de conflicto nacionales, parece tener un valor limitado¹⁷.

Por ejemplo, un tribunal mexicano debe pronunciarse sobre la aplicación del Convenio a un contrato de compraventa de flores naturales celebrado por una distribuidora domiciliada en México y una empresa productora domiciliada en los Países Bajos, que contiene una cláusula de elección de foro en favor de los tribunales de Rotterdam. Con base en el art. 6 del Convenio, el tribunal mexicano podrá ser llamado a examinar la validez material de la cláusula conforme al derecho neerlandés. No será tarea fácil ya que la cuestión se debate en el Derecho internacional privado neerlandés (título X del Código Civil de los Países Bajos).

De acuerdo a la tradición de la Conferencia de La Haya, con miras a la facilitación de la aplicación de sus Convenios, podría resultar útil una compilación de

¹⁶ Vid. Informe Hartley/Dogauchi, óp. cit., pp. 808-809 y pp. 814-815.

¹⁷ Vid. las consideraciones de F. Villata, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Milán, Cedam, volumen nº 77, 2012, pp. 97-99.

las reglas nacionales que estarán llamadas a aplicarse por vía de los arts. 5.1º y 6.1º del Convenio de La Haya. De forma similar a los “Perfiles de País” que, mediante la colaboración de los Estados contratantes, la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya elabora y publica en su sitio web, podría proponerse un trabajo de recopilación y publicación de las reglas de conflicto aplicables a la validez material de los acuerdos de elección de foro que facilite la aplicación práctica del Convenio y del Derecho extranjero que su aplicación conlleve. A nivel europeo, este trabajo podría realizarse en colaboración con la Red Judicial Europea.

2. *El refuerzo de la eficacia internacional de los acuerdos de elección de foro*

Como se ha resaltado anteriormente, el RB I bis y el Convenio de La Haya persiguen un objetivo común para aquellos acuerdos que se ajusten a sus correspondientes criterios de aplicación.

Se trata, por un lado, de asegurar el efecto positivo o prorrogatorio de la cláusula de elección de foro (que, a su vez, se reafirma con el reconocimiento y ejecución de la resolución pronunciada por el tribunal elegido) y, por otro, de garantizar que dicha cláusula imponga a otro tribunal llamado a conocer del asunto que no sea el elegido, una obligación negativa o derogatoria en relación al asunto planteado.

El efecto positivo o prorrogatorio responde a la importancia de la autonomía de la voluntad en sede procesal. Si las partes se ponen de acuerdo sobre el tribunal competente, es de esperar que el tribunal elegido sea el que finalmente conozca del caso. El corolario del efecto prorrogatorio es que el reconocimiento y ejecución de la resolución dictada por el tribunal elegido se rige por las reglas del Convenio o del Reglamento, respectivamente, lo que a su vez refuerza la eficacia internacional del acuerdo de elección de foro¹⁸.

En sí, el efecto prorrogatorio se justifica plenamente cuando es el tribunal elegido el que examina su propia competencia. Ahora bien, determinar los confines del efecto prorrogatorio es algo menos evidente cuando el tribunal elegido tiene conocimiento de una causa ya pendiente en el extranjero sobre el mismo caso. En el marco de la UE, la cuestión debía resolverse hasta hace poco conforme al

¹⁸ Como resalta R. Arenas (*loc. cit.*, p. 36), la función de las reglas de reconocimiento y ejecución en sede del Convenio es mucho más limitada que las del Reglamento. En efecto, el Reglamento Bruselas I bis tiene vocación a constituir un régimen exhaustivo en la materia. Ello explica que el Convenio únicamente regule el reconocimiento y ejecución de sentencias dictadas por el tribunal elegido y no prevea reglas para el reconocimiento y ejecución de otras resoluciones que también puedan pronunciarse sobre una cláusula de elección de foro (en favor de otro tribunal). De ahí que una resolución como la que fue objeto de la sentencia del TJUE en el asunto C-456/11 (*Gothaer Allgemeine Versicherungen*) quede fuera del ámbito del Convenio.

adagio *prior tempore, potior ius*, en función del cual la prevalencia de la cláusula cedía en favor de las reglas de litispendencia¹⁹. Actualmente, el efecto prorrogatorio queda reforzado. De manera similar a lo que el Convenio explicita en su art. 5.º, que prohíbe la aplicación de reglas de litispendencia o de teorías como el *forum non conveniens* al tribunal elegido, es de esperar que el tribunal elegido no deba abstenerse de conocer del asunto aun en caso de litispendencia.

Por ejemplo, un tribunal neerlandés debe determinar si se declara incompetente en un litigio entre una empresa neerlandesa y una empresa nigeriana. El contrato contiene una cláusula exclusiva de elección de foro en favor de dicho tribunal neerlandés. Sin embargo, con anterioridad al inicio del proceso en los Países Bajos, la parte nigeriana interpone una demanda ante los tribunales nigerianos. Un caso similar fue resuelto por el tribunal neerlandés en favor de la continuación de la demanda en los Países Bajos²⁰.

El efecto negativo o derogatorio queda reflejado en el art. 6 del Convenio y en el art. 31.2º RB I bis. Por su lado, el Convenio estipula que el tribunal no elegido deberá abstenerse de conocer, excepto cuando a) el acuerdo sea nulo, b) alguna de las partes carezca de capacidad, c) el efecto del acuerdo conduzca a una manifiesta injusticia o sea contrario al orden público del Estado del tribunal que se encuentra conociendo, d) existan causas excepcionales fuera del control de las partes que razonablemente impidan la ejecución del acuerdo o e) el tribunal elegido haya decidido no conocer del litigio. El artículo correspondiente del Reglamento impone la suspensión (y posterior declaración de incompetencia cuando el tribunal elegido decida conocer del asunto).

A primera vista, los preceptos presentan importantes diferencias. El Convenio, por su vocación mundial y abierta a cualquier Estado (art. 27), debe prever ciertas hipótesis —como sería el caso de una guerra que impida el acceso al tribunal elegido²¹— que (afortunadamente) no tienen cabida en un instrumento europeo. De ahí que el Convenio, y no el Reglamento, contenga una excepción al efecto derogatorio basada en “una manifiesta injusticia” o manifiesta incompatibilidad con el orden público del tribunal que conoce. Cabe esperar que la aplicación del art. 6 del Convenio se apoye sobre una extensa jurisprudencia mundial generada por el art. II.3º Convenio de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales²². La extensa práctica desarrollada por los tribuna-

¹⁹ De acuerdo con la sentencia del TJUE en el asunto C-116/02, (*Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*), publicada en Rec. Jur. TJUE 2003, I-14693.

²⁰ Vid. una referencia a esta resolución en M. Freudenthal, “Dutch national rules on the recognition and enforcement of foreign judgments, Article 431 CCP”, *NIPR* 2014, 563-572, p. 570.

²¹ Vid. Informe Explicativo Hartley/Dogauchi, *op. cit.*, pp. 820-821.

²² El art. II.3º Convenio de Nueva York sirvió de referente en las negociaciones sobre el art. 6 del Convenio de La Haya, tal y como confirma el Informe Explicativo Hartley/Dogauchi, *op. cit.*, pp. 820-821.

les en aplicación de un Convenio tan exitoso (con 155 Estados miembros en la actualidad) puede servir de referente en la aplicación del art. 6 del Convenio.

También difieren Reglamento y Convenio en relación al alcance de la obligación para el juez que conoce del asunto (sin ser el elegido). El art. 31.2º del Reglamento presupone que también el tribunal elegido conoce del asunto y que, por tanto, las partes se encuentran en una situación de litispendencia. En caso contrario (cuando un tribunal distinto del elegido es el único que conoce del asunto), será éste quién deba apreciar su competencia con base en el art. 28 del Reglamento. En cambio, el Convenio parece imponer un régimen más riguroso para el tribunal no elegido. De hecho, “la confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión”, a su vez fundamento y objetivo de las normas europeas de Derecho internacional privado, no puede sin más presuponerse a nivel mundial. De ahí que el Convenio imponga en el art. 6 una obligación al tribunal que conoce incluso antes que exista litispendencia.

De modo particular, el análisis conjunto de estos preceptos plantea la cuestión de la relación entre una cláusula de elección de foro y la comparecencia voluntaria del demandado ante un tribunal distinto del elegido.

Por ejemplo, el contrato entre una empresa española y una empresa mexicana contiene una cláusula de elección de foro en favor de los tribunales de México D.F. El demandante (la empresa española) interpone una demanda en Madrid y la empresa mexicana comparece voluntariamente y no impugna la competencia de los tribunales españoles. ¿Debe aplicarse el art. 6 del Convenio a este caso?

Una lectura aislada del art. 6 del Convenio de La Haya parecería favorecer su aplicación. Sin embargo, el propio fundamento del Convenio, que es la consolidación de la autonomía de la voluntad en sede procesal, debería permitir la consideración de los efectos de la comparecencia voluntaria de las partes sobre los efectos de una cláusula en favor de otro tribunal²³. Una interpretación análoga a la jurisprudencia relativa a procedimientos judiciales en los que, pese a la existencia de una cláusula de arbitraje en el contrato, el demandado comparece voluntariamente y no contesta la competencia del tribunal, justificaría la solución favorable a la resolución del litigio por el tribunal que conoce del asunto²⁴. Del

²³ En este sentido, *vid.* T. Hartley, *op. cit.*, p. 185, que considera que si el demandado no invoca la cláusula de elección de foro y comparece voluntariamente ante un tribunal distinto del elegido, el Derecho procesal interno puede aplicarse. T. Hartley considera que esta cuestión se rige por las reglas procesales sobre la obligación del tribunal de examinar *ex officio* su competencia internacional.

²⁴ *Vid.* la Guía práctica sobre la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, disponible en inglés en www.newyorkconvention1958.org, que, a su vez se refiere en la sección sobre el art. II.3 a jurisprudencia estadounidense en la que un tribunal de Florida considera que la cláusula de arbitraje queda neutralizada por el escrito de la parte demandada (*notice of trial*) conforme a las que acepta la competencia del tribunal (Decisión del 11 de mayo, A.

mismo modo, el art. 31.2º RB I bis no se aplica en caso de comparecencia voluntaria (“sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 26”).

IV. Conclusión

En definitiva, las nuevas reglas aplicables a las cláusulas de elección de foro no modificarán radicalmente el régimen de competencia internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en materia civil y comercial. Dichas reglas, que resultan de la entrada en vigor en 2015 RB I bis y del Convenio de La Haya, reforzarán la eficacia internacional de las cláusulas de elección de foro. Asimismo, la consolidación del Convenio como el referente internacional en la materia dota de un régimen jurídico previsible y eficaz a aquellas partes que opten por un tribunal de un Estado parte al Convenio.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley: Unión Europea*, 2015, nº 22, pp. 35–45.
- Borrás, A. y González Campos, J.D. (coord.): *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* (1951–2007), 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Borrás, A.: “La XX Sesión diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI* nº 1, 2005, pp. 513–520.
- Borrás, A.: “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, t. 317, 2005, pp. 313–536, 490.
- Freudenthal, M.: “Dutch National Rules on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Article 431 CCP”, *Netherlands Internationaal Privaatrecht*, 2014, pp. 563–572.
- Garcimartín, F.: “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro: autonomía privada y competencia judicial internacional”, *Diario La Ley*, 18 noviembre 2014, pp. 6–12.
- Garnett, R.: “The Hague Choice of Court Convention – Magnum Opus or much ado about Nothing?”, *J. Priv. Int’l L.*, 2009, pp. 161–180.
- Hartley, T.: *Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford, OUP, 2013.
- Magnus, U.: “Article 23”, en U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law*, Brussels I Regulation, 2ª versión revisada, Munich, Sellier, 2012, pp. 474–479.
- Magnus, U.: en Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, Londres, BIICL, 2012, p. 84.
- Villata, F.: *L’attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Milán, Cedam, 2012.

Dockeray v. Carnival Corporation, District Court, Southern District of Florida, Miami Division, disponible en el sitio web citado).

DE ROMA A ROMA VÍA BRUSELAS: COMENTARIOS SOBRE LA LEY APLICABLE A OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN AUSENCIA DE ELECCIÓN DE LAS PARTES (ART. 4 RR I)

Franco FERRARI *

SUMARIO: I. El Art. 4 del Convenio de Roma. II. Art. 4.1º y 2º, Primera Frase, de la Propuesta Roma I. III. Art. 4 RR I. IV. Ejemplificación de las Diferencias.

RESUMEN: La entrada en vigor RR I que se aplica a las obligaciones contractuales constituidas desde el 18 diciembre 2009 en adelante es el último paso hacia la comunitarización del Derecho internacional privado de las obligaciones. En este sentido, las reglas establecidas en el art. 4 RR I en ausencia de elección de ley son más flexibles que las que se encontraban en el art. 4 de la Propuesta Roma I. No parece, sin embargo, que el grado de flexibilidad del art. 4 RR I iguale al de su equivalente en el Convenio de Roma.

PALABRAS CLAVE: LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS – AUSENCIA DE ELECCIÓN DE LEY – REGLAMENTO ROMA I.

ABSTRACT: *Rome to Rome Via Brussels: Comments on the Law Applicable to Contractual Obligations in the Absence of Choice of the Parties (Art. 4 RR I)*

The entry into force of the Rome I Regulation, which is applicable to contracts concluded since 18 December 2009 is the last step towards the comunitarization of Private International Law concerning obligations. In this sense, the rules provided in Article 4, in absence of choice of law, are more flexible than the rules provided by the Rome I Proposal. Nevertheless, the flexibility degree of Article 4 Rome I Regulation is not equivalent to the flexibility of Rome Convention.

KEY WORDS: APPLICABLE LAW TO CONTRACTS – ABSENCE OF CHOICE OF LAW – ROME I REGULATION.

* Professor of Law. Director, Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law. New York University School of Law.

I. El Art. 4 del Convenio de Roma

La entrada en vigor Reglamento Roma I (RR I) que se aplica a las obligaciones contractuales constituidas desde el 18 diciembre 2009 en adelante es el último paso hacia la comunitarización del Derecho internacional privado de las obligaciones, dado que el Reglamento resultante de los esfuerzos por la comunitarización de las obligaciones extracontractuales entró en vigor con anterioridad este mismo año.

Como es sabido, el primer paso hacia el RR I consistió en una amplia consulta con los Estados miembros, instituciones adicionales y sociedad civil, en particular a través del Libro Verde de 14 enero 2003 y su posterior audiencia pública que tuvo lugar en Bruselas el 7 enero 2004. El siguiente paso consistió en la redacción de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (en adelante: la Propuesta Roma I), publicada el 15 diciembre 2005 –una propuesta caracterizada supuestamente por su “impacto limitado [...] sobre el marco legislativo existente y los círculos afectados [...]”. La Propuesta, en efecto, “no [tenía] por objeto crear un nuevo cuerpo normativo, sino transformar un convenio existente en instrumento comunitario”. Más bien, las modificaciones iban encaminadas a “actualizar algunas disposiciones del Convenio de Roma, así como mejorar la claridad y precisión de su texto, reforzando así la seguridad jurídica, pero sin introducir nuevos elementos que pudieran modificar sustancialmente el régimen jurídico existente”.

Sin embargo, en relación con la determinación de la ley aplicable en ausencia de elección (apropiada y válida) por las partes, la Comisión se desvió de este “enfoque meramente evolucionista”, favoreciendo en su lugar una solución “inesperadamente radical”. Esto ha llevado a un autor a manifestar que “casi nada queda del antiguo art. 4 del Convenio de Roma”. Esto puede confirmarse fácilmente comparando el art. 4 del Convenio de Roma con el art. 4 de la Propuesta Roma I.

Es bien sabido que el apartado (1) de la primera de estas disposiciones requiere, sobre todo, recurrir al vínculo más estrecho para identificar la ley aplicable. El vínculo más estrecho es, de acuerdo con muchos autores, el principal factor de vinculación de esa disposición. Aunque ciertamente esto es acertado desde un punto de vista doctrinal, hablando en términos estadísticos el empleo de ese factor de vinculación ocurre solo en casos excepcionales ; en la práctica, predomina el uso de las presunciones establecidas en los apartados (2), (3) y (4). En efecto, la regla general que requiere que se recurra al vínculo más estrecho aplica “directamente” solo cuando la ley aplicable no pueda ser determinada por medio de la presunción establecida en el apartado (2) (situación que, conforme a algunos autores, constituye el “ámbito de aplicación” principal de esa regla). En virtud del art.

4.5º, se debe recurrir al vínculo más estrecho también cuando se deduzca del conjunto de circunstancias que el contrato está más estrechamente vinculado con un país distinto de aquel identificado en virtud de alguna de las presunciones de los apartados (2)–(4) –es decir, cuando la relación se encuentre dentro del ámbito de aplicación secundario de la regla general . Desde un punto de vista estadístico, esto no ocurre tampoco a menudo, y la escasa aplicación de este principio en la práctica ha llevado a algunos autores a proponer que se elimine. En la opinión de este autor, sin embargo, la escasa aplicación práctica del principio del vínculo más estrecho no constituye una razón válida para negar su papel central, porque permite determinar siempre la ley aplicable a un contrato, sin excepción. En otras palabras, es este factor de vinculación el que hace innecesario cualquier recurso a factores de vinculación externos no contenidos en el art. 4.

El “vínculo más estrecho” no está definido en el art. 4 del Convenio de Roma. Del art. 4.1º solo se puede deducir que lo importante es el “vínculo más estrecho” entre el contrato y un país, lo cual por su parte tiene dos consecuencias: por un lado, que el art. 4 no puede llevar a la aplicación de una ley no estatal, y, por otro lado, que los elementos que no tienen repercusión alguna en el vínculo entre el contrato y un país determinado (como la solución de Derecho sustantivo que pueda encontrarse en ese país) carecen de relevancia para la determinación de la ley aplicable.

No obstante, estas consecuencias no ayudan a definir el concepto en cuestión, que es tan vago como para tener poco significado ; por tanto, es necesario “dar mayor precisión” al concepto en cuestión. A la vista de ello, el concepto es, al menos conforme a algunos autores, nada más que una “fórmula vacía “, “carente de cualquier significado innato objetivamente discernible”, cuya eliminación nadie lamentaría.

Para dar mayor precisión al concepto de “vínculo más estrecho”, los redactores del Convenio de Roma han introducido las presunciones establecidas en los apartados (2), (3) y (4), a los cuales siempre se ha de recurrir –excepto en aquellos casos que no se encuentren dentro del ámbito de aplicación primario del principio del vínculo más estrecho para determinar el “vínculo más estrecho”. Aun así, estas presunciones no siempre llevan a la ley del país que de facto presenta el vínculo más estrecho con el contrato. Esto es debido, “por un lado, al gran número de tipos de contratos que existen [...] y, por otro lado, a la diversidad de contextos en los que están inmersos”. Para asegurar siempre la aplicación de la ley del país más estrechamente vinculado al contrato, conforme requiere el art. 4.1º, los redactores del Convenio de Roma introdujeron una “cláusula de escape”, conforme a la cual “las presunciones de los aps. 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. En la opinión del presente autor, el hecho de que esto signifique “dejar al

juez un margen de discreción en cuanto a si existe un conjunto de circunstancias en cada caso específico que justifiquen la no aplicación de las presunciones de los arts. 2, 3 y 4” es coherente con el objetivo de esta cláusula de escape. La incertidumbre derivada de ello debe aceptarse tanto por la escasa aplicación de la cláusula de escape, lo cual algunos críticos astutamente evitan señalar, como porque ello constituye una representación del loable intento de garantizar “el trato adecuado para cada contrato en el caso concreto”.

De acuerdo con algunos autores, la cláusula de escape del art. 4.5º del Convenio de Roma constituye una excepción a las presunciones establecidas en el art. 4.2º y 4º. En la opinión de este autor, esta visión solo puede ser compartida en la medida en que refleja una evaluación estadística de las situaciones en las que la ley es determinada sobre la base de la cláusula de escape. En efecto, como explica un autor, “las disputas resueltas sobre la base del apartado (5) [del art. 4 del Convenio de Roma] solamente constituyen una excepción desde el punto de vista estadístico”. Esto no significa, no obstante, que la cláusula de escape deba ser clasificada de manera distinta a la del resto de presunciones del art. 4.2º–(4) en la jerarquía de normas de conflicto de leyes del art. 4. Dado que tanto las presunciones como el apartado (5) persiguen el mismo objetivo –la aplicación de la ley del país que esté más estrechamente vinculado al contrato y dado que “no puede haber un vínculo más estrecho que el vínculo más estrecho”, las presunciones del art. 4.2º y 4º y la cláusula de escape ocupan la misma posición respecto a la jerarquía de normas de conflicto de leyes establecidas en el art. 4 del Convenio de Roma. Como resultado, la ley identificada como ley aplicable conforme a una de dichas presunciones no necesariamente se aplica. Más bien, los tribunales deben también –*ex officio*– decidir si el contrato está, en el momento de su celebración y a la luz del conjunto de circunstancias, de facto más estrechamente vinculado a otro país. Solamente cuando no exista un vínculo más estrecho se aplicará la ley identificada conforme a una de las presunciones. En otras palabras, la ausencia de un vínculo más estrecho con un país distinto de aquel identificado conforme a una de las presunciones del art. 4.2º y 4º constituye un requisito negativo para la aplicación de la ley de aquel país. Así pues, cuando el contrato (o, de acuerdo con el art. 4.1º, segunda frase, del Convenio de Roma, una parte separable del mismo) tenga un vínculo más estrecho con un país diferente, se aplica la ley de ese país.

II. Art. 4.1º y 2º, Primera Frase, de la Propuesta Roma I

La Propuesta Roma I era muy diferente del Convenio de Roma, el cual, como se ha mencionado anteriormente, se basa en la interacción entre el principio del vínculo más estrecho, las presunciones establecidas en el art. 4.2º y 4º y la cláusula de escape del art. 4.5º, y se caracteriza por una gran flexibilidad. La Propuesta

Roma I remplazaba este sistema flexible con una lista de ocho reglas especiales para igual número de tipos de contratos (contrato de compraventa, contrato de prestación de servicios, contrato de transporte, contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario, arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal, contrato relativo a derechos de propiedad intelectual o industrial, contrato de franquicia, contrato de distribución, art. 4.1º) que no son presunciones en absoluto. Lo mismo –en cuanto a que no son presunciones en absoluto puede decirse de la regla establecida en el art. 4.2º, primera frase, conforme a la cual los “contratos no especificados en el primer apartado se regirán por la ley del país en el que la parte obligada a realizar la prestación caracterizadora del contrato tenga su residencia habitual en el momento de la celebración del contrato”. De ello se deduce claramente que la ley identificada por medio de una de las ocho reglas especiales o por medio de la regla aplicable a contratos distintos de aquellos enumerados en el apartado (1) siempre debía ser aplicada, incluso en aquellas situaciones en las que, por usar los términos del art. 4.5º del Convenio de Roma, “resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país”. Ello significa que, por ejemplo, conforme a la Propuesta Roma I, a diferencia del Convenio de Roma, la estrecha vinculación entre dos contratos no habría tenido ninguna repercusión en absoluto sobre la ley aplicable ; así pues, conforme a la Propuesta Roma I, el hecho de que un contrato fuese accesorio a otro contrato no habría llevado a la aplicación de una ley distinta a aquella identificada por medio de las reglas especiales del art. 4.1º o de la regla aplicable a los contratos no especificados en el art. 4.1º. En otras palabras, la ley identificada como aplicable por medio de estas reglas no podía ser rechazada en absoluto.

De ello también se deduce que mientras que bajo el Convenio de Roma un contrato dirigido únicamente a modificar o formar parte de otro contrato está sujeto a la ley aplicable a este último contrato, bajo la Propuesta Roma I la ley aplicable al contrato habría tenido que ser identificada de manera autónoma, sin considerar la ley aplicable al contrato principal, a pesar de la muy estrecha vinculación que pueda existir entre los dos contratos.

El claro resultado de todo ello era que la Propuesta Roma I pretendía remplazar el sistema flexible del Convenio de Roma por uno que fuese esencialmente rígido, inflexible. Únicamente cuando ninguna de las reglas especiales establecidas en el art. 4.1º fuese aplicable y cuando fuese imposible identificar la ley aplicable por vía del principio de la prestación característica aplicable a los contratos no especificados en el art. 4.1º podía el sistema propuesto volverse flexible, pero incluso entonces solo en la medida en la que el principio del vínculo más estrecho, aplicable como regla de último recurso, era de por sí flexible.

La rigidez del sistema propuesto ha sido justificada sobre la base de que creaba un nivel más alto de seguridad jurídica, la cual, de acuerdo con el considerando octavo, constituía “el objetivo general del instrumento” y requería que “las normas de conflicto deben ser altamente previsibles”. Además, se ha sugerido que “[d]ado que la piedra angular del instrumento es la libertad de elección, las normas aplicables en ausencia de elección deben ser tan precisas y previsibles como sea posible para que las partes puedan decidir si ejercer o no su elección”.

Esta última justificación no puede ser compartida, pues asume que las partes están motivadas a realizar una *electio iuris* por el deseo de evitar la ley que sería aplicable en caso de no hacerlo. Es bien sabido, sin embargo, que las partes eligen la ley aplicable por motivos muy diferentes.

Los beneficios que el sistema propuesto ofrecía en términos de seguridad jurídica –algo que todo el mundo parece esforzarse por lograr en el ámbito internacional– eran superficialmente una justificación más convincente. No obstante, la rígida solución propuesta no era la única capaz de garantizar la seguridad jurídica que los redactores de la Propuesta Roma I querían promover. El sistema flexible establecido en el art. 4 del Convenio de Roma es también capaz de hacerlo. En efecto, tanto las reglas especiales establecidas en los aps. (3) y (4) como el principio de la prestación característica –mantenido por los redactores de la Propuesta Roma I porque “permite identificar a priori las soluciones de Derecho internacional privado relativas a tipos específicos de contratos” – son lo suficientemente específicos como para asegurar la seguridad y previsibilidad deseadas.

“A diferencia de muchos ordenamientos jurídicos [así como la Propuesta Roma I]”, el art. 4 del Convenio de Roma “no proporciona una lista de normas de conflicto de leyes para tipos específicos de contratos. Esto, no obstante, no significa que haya una diferencia sustancial, dado que a través de la aplicación del Convenio de Roma se puede llegar a dicha lista” y, por tanto, al nivel de previsibilidad que la Propuesta Roma I pretendía alcanzar. En la opinión del presente autor, el hecho de que el Convenio de Roma también cuente con una cláusula de escape no debilita la previsibilidad de manera tal que sea necesaria la introducción de un sistema rígido como el establecido en la Propuesta Roma I.

Aunque la cláusula de escape indudablemente constituye una “puerta de entrada para la ley preexistente” así como para la *lex fori* en general, solo en raras ocasiones se ha recurrido a la cláusula para aplicar una ley diferente a la identificada mediante las presunciones del art. 4.2º y 4º. En otras palabras, la cláusula de escape se caracteriza más por su aplicación restrictiva que por cualesquiera efectos negativos que pudiera tener sobre la seguridad y previsibilidad jurídica.

A la luz de ello, la “solución extrema” adoptada por la Propuesta Roma I –la eliminación de un sistema flexible por miedo a la incertidumbre resultante estaba sumamente injustificada.

En efecto, el sistema del Convenio de Roma, por ejemplo, no solo garantiza la previsibilidad y seguridad jurídica que se perseguía en la Propuesta Roma I, sino que también asegura que habrá justicia en el caso concreto, lo cual la Propuesta Roma I ignoraba completamente. Esto último resulta más bien sorprendente, dado que en otras ocasiones el propio legislador europeo se refiere a la necesidad de proveer justicia en el caso concreto. Por ejemplo, se explica en el considerando octavo de la Propuesta Roma I que independientemente de la necesidad de seguridad y previsibilidad, “los tribunales deben mantener un nivel de discreción para determinar la ley que esté más estrechamente vinculada a la situación”. De manera similar, en el art. 6 de la Propuesta Roma I, dedicado a los contratos individuales de empleo, se estableció que la ley designada por la regla general (objetiva) que se encuentra en el apartado (2) de esa disposición “puede ser excluida cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso el contrato se registrará por la ley de ese país”.

Por consiguiente, solo un sistema flexible comparable al del Convenio de Roma puede combinar las dos aparentemente opuestas necesidades de seguridad jurídica y justicia para el caso concreto. El sistema rígido establecido en la Propuesta Roma I habría sido ciertamente incapaz de hacerlo.

Cabe señalar, no obstante, que la Propuesta Roma I no se caracterizaba únicamente por la inflexibilidad, sino también por la manera completamente nueva en la que las diversas normas de conflicto de leyes se relacionaban unas con otras. Conforme al Convenio de Roma, solo se prevé una norma de conflicto de leyes autónoma, concretamente la establecida en el art. 4.1º. Las otras tres normas de conflicto de leyes (es decir, las previstas en los artículos 4.2º y 4º) son meramente normas de conflicto de leyes “auxiliares” que no son independientes de la establecida en el art. 4.1º en la medida en que su propósito es meramente concretar la regla (autónoma) del art. 4.1º. Esto también es evidenciado por la necesidad de que los operadores jurídicos consideren siempre si, en el momento de la celebración del contrato y a la luz del conjunto de circunstancias, el contrato está más estrechamente vinculado con un país diferente de aquel identificado por medio de una de estas reglas “auxiliares” (art. 4.5º).

En su art. 4, la Propuesta Roma I preveía un sistema completamente diferente. No solo establecía un número mayor de normas de conflicto de leyes que su equivalente en el Convenio de Roma: concretamente, las ocho reglas especiales para igual número de tipos de contratos descritos en el art. 4.1º, así como la regla de la prestación característica que se hallaba en el art. 4.2º, primera frase, y la regla del

vínculo más estrecho establecida en el art. 4.2º, segunda frase. También modificaba la manera en que las diversas normas de conflicto de leyes debían interactuar. En efecto, todas las –rígidas reglas previstas eran completamente “autónomas”. A diferencia de lo que sucede en el Convenio de Roma, todas las normas de conflicto de leyes establecidas en la Propuesta Roma I debían permanecer aisladas y, por tanto, ocupaban la misma posición en la jerarquía de normas de conflicto de leyes establecida en la Propuesta Roma I.

III. Art. 4 RR I

Los apartados anteriores pretendían demostrar que la innovación más importante del art. 4 de la Propuesta Roma I consistía en la introducción de un sistema rígido de reglas para su aplicación en la determinación de la ley aplicable en ausencia de elección de las partes. Este sistema, a diferencia de algunas de las recientes codificaciones de Derecho internacional privado, excluía que la justicia en el caso concreto tuviese relevancia alguna para la determinación de la ley aplicable. En otras palabras, este sistema no tenía en cuenta ni la “amplia variedad de contratos” que existen ni la diversidad de contextos en los que estos contratos se hallan inmersos. Afortunadamente, esto fue reconocido no solo por la doctrina, sino también por el propio legislador europeo. Como consecuencia, la disposición finalmente adoptada constituye una desviación menos radical de la disposición existente (Convenio de Roma) que la de la Propuesta Roma I. El enfoque rígido de la Propuesta Roma I ha sido remplazado por uno más flexible que es similar –aunque no idéntico al del Convenio de Roma, evitando así lo que Paul Lagarde ha calificado, al comentar la Propuesta Roma I, como una “regresión a los sesenta”. Esto no significa, sin embargo, que el legislador europeo haya ignorado la Propuesta Roma I por completo. De hecho, igual que el art. 4.1º de la Propuesta Roma I, el art. 4.1º del finalmente adoptado Reglamento Roma I prevé ocho reglas especiales para igual número de contratos, algunos de los cuales –aunque no todos son comparables a aquellas encontradas en el art. 4 de la Propuesta Roma I. Esto es cierto, por ejemplo, para la regla relativa a los contratos de compraventa, así como para las reglas relativas a los contratos para la prestación de servicios, contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, arrendamientos de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos, contratos de franquicia y contratos de distribución.

Esto no significa que la lista contenida en el art. 4.1º RR I no sea en absoluto innovadora. El art. 4 RR I no prevé, por ejemplo, una regla relativa a los contratos de transporte; más bien, se introdujo una disposición específica para tratar con la ley aplicable a estos contratos, concretamente el art. 5. Más aun, el texto finalmen-

te adoptado eliminó toda referencia a la regla contenida en el art. 4.1º.f) de la Propuesta Roma I, conforme a la cual “un contrato relativo a derechos de propiedad intelectual o industrial se regirá por la ley del país en el que la persona que transmite o cede los derechos tiene su residencia habitual”. Esta regla fue eliminada debido a las críticas con las que se encontró, basadas en que no era realmente capaz de identificar apropiadamente la ley aplicable a todos los contratos que implicaban la transmisión o cesión de estos derechos.

Además, el art. 4.1º.g) RR I establece una regla, siguiendo como modelo el art. 3.3º de la Convención de la Haya de 1955 sobre Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, conforme a la cual “el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse”. Debido a su naturaleza especial, esta regla obviamente prevalece sobre la establecida en el art. 4.1º.a). Pero, ¿y si la ley del país donde la subasta tiene lugar no puede aplicarse, por ejemplo, porque las partes han realizado una elección negativa de ley? ¿Debería recurrirse al art. 4.1º.a) o, más bien, a una regla diferente? Dado que las diversas reglas especiales son excluyentes, el recurso al art. 4.1º.a) no es posible en situaciones similares, aunque la compraventa mediante subasta también encaje dentro del ámbito de aplicación del art. 4.1º.a). Más bien, se ha de recurrir al art. 4.4º. El recurso al art. 4.1º.a) es posible, no obstante, cuando los requisitos para la aplicación de la regla establecida en el art. 4.1º.g) no se cumplen, es decir, cuando es imposible determinar en qué país se celebró la subasta.

Finalmente, el art. 4 contiene una norma de conflicto de leyes especial para contratos celebrados dentro de un sistema multilateral que reúna o permita reunir los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros.

A diferencia de lo que sucedía con la Propuesta Roma I, las reglas especiales establecidas en el art. 4.1º RR I no son rígidas en absoluto. Así resulta del art. 4.3º RR I, el cual contiene una cláusula de escape similar a la del art. 4.5º del Convenio de Roma. En efecto, para evitar que la ley de un país distinto a aquel determinado por medio de una de las reglas especiales establecidas en el art. 4.1º aplicase demasiado a menudo, el nuevo art. 4.3º establece que “[s]i del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del [país], se aplicará la ley de este otro país”. De esta redacción se deduce claramente que las reglas especiales establecidas en el art. 4.1º son tan flexibles como las presunciones del art. 4 del Convenio de Roma. El legislador europeo meramente ha elevado el listón en relación con el estándar que tiene que cumplirse para que se permita la aplicación de la ley de un país distinto al indicado en una de las reglas especiales. Como resultado, puede parecer que la nueva cláusula de escape es mucho más restrictiva que la del art. 4.5º del

Convenio de Roma y, por tanto, crea menos incertidumbre y debería ser capaz de apaciguar incluso a los más fervientes críticos del art. 4.5° del Convenio de Roma. En la opinión de este autor, no obstante, no mucho ha cambiado, pues la cláusula de escape del art. 4.5° del Convenio de Roma ha sido de facto aplicada casi exclusivamente en circunstancias que también darían lugar a la aplicación de la cláusula de escape contenida en el art. 4.3° RR I. Aun así, la redacción es diferente y ello no puede ser ignorado.

Igual que el art. 4 de la Propuesta Roma I, el art. 4 RR I contiene la regla de la prestación característica que, tal y como las reglas especiales, está sujeta a la cláusula de escape y que, como las reglas especiales, es por naturaleza “autónoma” en el sentido de que no sirve una función de concreción de una regla distinta más general. Ocupa la misma posición en la jerarquía de normas de conflicto de leyes introducida por el Reglamento que las reglas especiales referidas anteriormente y que la regla que se encuentra en el art. 4.4°, conforme a la cual “[c]uando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos”. Así pues, es incorrecto afirmar que la regla de la prestación característica constituye la regla principal del art. 4 RR I. Tal afirmación puede ser correcta estadísticamente hablando, dado que esta regla abarca más tipos de contratos que las reglas especiales referidas en el art. 4.1° del Reglamento y dado que algunas –aunque no todas– de las reglas especiales no son en sí mismas más que aplicaciones de esa regla. Pero desde un punto de vista doctrinal la afirmación es incorrecta. Conforme al Reglamento, a diferencia de lo que sucede conforme al Convenio de Roma, no hay ninguna norma de conflicto de leyes general que constituya el punto de partida necesario para la determinación de la ley aplicable; todas las normas de conflicto de leyes tienen la misma categoría. El recurso a una o a otra depende únicamente de justificaciones sustantivas, es decir, de si el contrato se halla dentro del ámbito de aplicación sustantivo de una regla y no del de otra.

Así pues, para determinar la ley aplicable se ha de considerar primero si el contrato entra dentro del ámbito de aplicación sustantivo de alguna regla especial; solo cuando este no es el caso, se tendrá que recurrir a la regla de la prestación característica. Cuando sea imposible determinar la ley aplicable en virtud de dichas reglas, por ejemplo, porque las partes han incluido en su contrato una elección negativa de ley que excluye la aplicación de la ley que sería aplicable conforme una de las reglas especiales o conforme a la regla de la prestación característica, o porque se trata de un contrato que no está regido por una regla especial y del que no es posible determinar una prestación característica, se ha de recurrir a la regla del vínculo más estrecho: la regla de último recurso que siempre permitirá identificar la ley aplicable, sin excepción.

Cuando, sin embargo, el recurso bien a las reglas especiales bien a la regla de la prestación característica lleve a la ley de un determinado país, la ley de ese país es aplicable pero solo en ausencia de un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país. En la opinión de este autor, como sucede con el art. 4 del Convenio de Roma, bajo el Reglamento Roma I el tribunal debe siempre –ex officio– considerar si se cumplen los requisitos –bastante estrictos de la cláusula de escape para la aplicación de una ley diferente de la identificada en virtud de las reglas especiales o de la regla de la prestación característica. Únicamente cuando este no sea el caso se aplicará la ley identificada conforme al art. 4.1º o 2º. Así pues, vis a vis el Convenio de Roma nada ha cambiado, al menos no desde el punto de vista doctrinal: la ausencia de un vínculo más estrecho con un país distinto de aquel identificado conforme a una de las reglas anteriormente mencionadas constituye todavía un requisito negativo para la aplicación de la ley de aquel país. La redacción distinta y más restrictiva del art. 4.3º del Reglamento (vis a vis el art. 4.5º del Convenio de Roma) no ha alterado esto en absoluto. Lo que ha cambiado es el umbral para la aplicación de una ley distinta, pero no la manera en que la cláusula de escape se relaciona con las normas de conflicto de leyes “autónomas” establecidas en el art. 4.1º y 4.2º.

IV. Ejemplificación de las diferencias

En este punto, puede resultar útil proporcionar algunos ejemplos para ilustrar mejor el impacto de los diferentes grados de (in-)flexibilidad de los diversos sistemas.

Conforme al art. 4.1º de la Propuesta Roma I, un contrato de compraventa se rige por la ley del país en el que el vendedor tenga su residencia habitual. Esta regla, combinada con la del art. 4.1º(d), conforme a la cual “un contrato relativo a un derecho inmobiliario o un derecho de uso de un inmueble se regirá por la ley del país en el que se sitúe el bien inmueble”, exige aplicar reglas diferentes en función del contenido del contrato de compraventa, como bajo el Convenio de Roma. Así pues, de conformidad con la Propuesta Roma I, los efectos obligacionales de un contrato de compraventa sobre bienes inmuebles se habrían regido –siempre por la *lex rei sitae*, independientemente de si el contrato estaba más estrechamente vinculado a un país distinto de aquel en el que el bien inmueble estaba situado. Consecuentemente, bajo la propuesta de Reglamento Roma I la *lex rei sitae* se habría aplicado también a un contrato de compraventa de un inmueble situado en Inglaterra que se hubiese celebrado en Alemania, en presencia de un notario alemán, entre dos ciudadanos alemanes que tuviesen su residencia habitual en Alemania. Esto no parece ser así bajo el art. 4 del Convenio de Roma, conforme al cual la ley alemana aplicaría. En cuanto al Reglamento Roma I, el resultado resulta incierto.

Lo que sí es cierto es que la regla establecida en el art. 4.1º(c) –la cual hace aplicable la *lex rei sitae* no es rígida, razón por la cual no necesariamente se aplicaría la ley del país donde el bien inmueble está situado. Más bien, se debe considerar si “se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país”. Sin embargo, en el hipotético caso explicado anteriormente, es dudoso si el vínculo con Alemania cumple con todos los requisitos establecidos en el art. 4.3º y que son necesarios para hacer aplicable la ley alemana, dado el nuevo umbral establecido en el art. 4.3º RR I.

Cuando la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no resulta aplicable, conforme al art. 4.1º.a) de la Propuesta Roma I un contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país en el que el vendedor tuviera su residencia habitual. Este resultado es también el alcanzado generalmente bajo el Convenio de Roma dado que, como confirma la jurisprudencia, es el vendedor el que debe efectuar la prestación característica relevante para la determinación de la ley aplicable conforme al art. 4.2º del Convenio de Roma. De acuerdo con el art. 4.5º del Convenio de Roma, sin embargo, se aplica una ley diferente en aquellos casos en los que el contrato está más estrechamente vinculado a otro país. Así pues, conforme al Convenio de Roma un contrato de compraventa de mercaderías mediante subasta se rige por la ley del país donde la subasta tiene lugar, solución ahora expresamente prevista en el art. 4 RR I. Bajo la Propuesta Roma I, dada la rigidez de la regla de su art. 4.1º.a), ese lugar no habría tenido ningún tipo de repercusión sobre la ley aplicable.

Un análisis similar se aplica a la compraventa de barcos: Mientras que conforme al Convenio de Roma la ley aplicable puede ser, en virtud de su art. 4.5º, la del pabellón o puerto de registro del barco, tanto el pabellón como el puerto de registro habrían sido completamente irrelevantes para la determinación de la ley aplicable bajo la Propuesta Roma I. Bajo el nuevo Reglamento, dados los estrictos requisitos del art. 4.3º, es dudoso si únicamente el pabellón o únicamente el puerto de registro son suficiente para hacer aplicable una ley distinta de la del país donde el vendedor tiene su residencia habitual.

Además, bajo la Propuesta Roma I, las compraventas al contado –caracterizadas por que las partes cumplen sus respectivas obligaciones simultáneamente en el mismo lugar se habrían regido siempre por la ley del país en el que el vendedor tiene su residencia habitual, mientras que bajo el Convenio de Roma pueden regirse por la ley del país en el que se cumplen las obligaciones si este país es el que tiene el vínculo más estrecho con el contrato. Bajo el Reglamento, dados los estrictos requisitos para la aplicación de una ley distinta de la del vendedor, no parece que el mero hecho de que el cumplimiento por ambas partes contratantes tenga lugar en un único país sea suficiente para hacer aplicable la ley de ese país.

Conforme al art. 4.1º.b) tanto de la Propuesta Roma I como RR I, “el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual”. Este resultado no es sorprendente puesto que responde, como la mayoría de las demás reglas especiales establecidas en el art. 4.1º de ambos instrumentos, a la aplicación de la regla de la prestación característica y, por tanto, a un resultado generalmente alcanzado bajo el Convenio de Roma. Aun así, hay diferencias: el art. 4.1º.b) de la Propuesta Roma I no tenía valor presuntivo, haciendo así siempre aplicable la ley del país del prestador de servicios. Con respecto a muchos contratos para la prestación de servicios, esta diferencia es desdeñable puesto que la rígida regla del art. 4.1º(b) de la Propuesta Roma I habría llevado a menudo al mismo resultado que el art. 4 tanto del Convenio de Roma como RR I. En algunas ocasiones, sin embargo, los resultados pueden variar significativamente.

Esto sucede, por ejemplo, con los contratos de construcción. No cabe duda de que bajo la Propuesta Roma I la ley aplicable a este tipo de contratos habría sido la del país en el que el constructor tuviera su residencia habitual. Igualmente, conforme al art. 4.2º del Convenio de Roma la ley del constructor es –generalmente la ley que se aplica porque es el constructor el que efectúa la prestación característica. Pero mientras que la ley del constructor habría sido necesariamente la ley a aplicar bajo la Propuesta Roma I, conforme al Convenio del Roma se puede aplicar una ley distinta. En efecto, la existencia de la cláusula de escape requiere que los tribunales “se pregunten si este contrato realmente está siempre más estrechamente vinculado con el país del constructor”. Así pues, mientras que un contrato de construcción estará generalmente sujeto a la ley del país en el que se sitúe el principal centro de actividad del constructor, en determinadas circunstancias puede estar sujeto a la ley de un país distinto si ese país está, en el caso concreto, más estrechamente vinculado con el contrato. Consecuentemente, conforme al art. 4.5º del Convenio de Roma la ley del país en el que la obligación de construcción ha de cumplirse puede aplicarse, siempre que haya elementos adicionales que unan al contrato con ese país. Conforme a la Propuesta Roma I nunca se habría alcanzado este resultado, independientemente de lo estrecho que fuese el vínculo entre el contrato y el país en el que la obligación de construcción ha de cumplirse. Conforme al art. 4 RR I, la ley aplicable no es necesariamente la del prestador de servicios, es decir, el constructor, porque su apartado (1)(b) no establece una norma de conflicto de leyes rígida. Más bien, la ley aplicable depende de si resulta claro de todas las circunstancias del caso que el contrato guarda una vinculación manifiestamente más estrecha con un país distinto, como aquel en el que la obligación de construcción ha de cumplirse. El mero hecho, no obstante, de que la obligación de construcción haya de cumplirse en un país distinto de aquel donde el construc-

tor tiene su residencia habitual no es suficiente para hacer aplicable la ley de aquel país.

De todo lo anterior se puede fácilmente deducir que las reglas establecidas en el art. 4 RR I son más flexibles que las que se encontraban en el art. 4 de la Propuesta Roma I. No parece, sin embargo, que el grado de flexibilidad del art. 4 RR I iguale al de su equivalente en el Convenio de Roma. Esto también puede deducirse del hecho de que la disposición RR I no ha mantenido la posibilidad, establecida en el art. 4.1º, segunda frase, del Convenio de Roma, de aplicar, “a título excepcional”, a “una parte del contrato [que] fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país [...] la ley de este otro país”. El art. 4 RR I parece, pues, no permitir el *dépeçage*, al menos no formalmente, ni siquiera “a título excepcional”, haciendo así que el sistema RR I parezca menos flexible que el del Convenio de Roma. La demostración de si esto es realmente cierto queda pendiente de la futura aplicación del art. 4 RR I.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA *

Anatol DUTTA **

SUMARIO: I. Introducción: 1. Finalidad de las nuevas normas. 2. Cuestiones no abordadas. II. Ejecución de las medidas de protección en materia civil: el Reglamento 606/2013. 1. Ámbitos de aplicación: A) Ámbito temporal; B) Ámbito material; C) Ámbitos territorial y espacial. 2. Condiciones para el reconocimiento y la ejecución transfronterizos. 3. Expedición del “certificado del art. 5”. 4. Ejecución en el Estado miembro requerido. 5. Relaciones con otros instrumentos de la UE. III. La orden europea de protección en materia penal: la Directiva 2011/99/EU. IV. Conclusión.

RESUMEN: El legislador europeo ha abordado la ejecución transfronteriza de medidas de protección en la Unión Europea por medio de la adopción de dos instrumentos: el Reglamento 606/2013 y la Directiva 2011/00/UE. El presente trabajo pretende analizar el enfoque adoptado por el legislador europeo, para señalar algunas de las deficiencias de la nueva regulación y mapear ambos instrumentos en el marco del DIPr europeo

PALABRAS CLAVE: MEDIDAS DE PROTECCIÓN TRANSFRONTERIZAS – VIOLENCIA – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN – COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL – DIPR DE LA UNIÓN EUROPEA.

SUMMARY: Cross-border Enforcement of Protection Measures in the European Union.

The European legislator has tackled the cross-border enforcement of protection measures within the European Union by adopting two instruments: Regulation 606/2013 and Directive 2011/99/EU. The following paper tries to sketch the approach followed by the European legislator, to point out some of the deficiencies of the new regime and to map both instruments within the existing body of European private international law.

KEY WORD: PROTECTION MEASURES – VIOLENCE – RECOGNITION AND ENFORCEMENT – JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL AND CRIMINAL MATTERS – EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW.

* Traducción del inglés a cargo de P. Orejudo Prieto de los Mozos. Universidad Complutense de Madrid. Esta contribución se basa en un trabajo anteriormente publicado en alemán bajo el título ‘Grenzüberschreitender Gewaltschutz in der Europäischen Union’ en la revista *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2015, pp. 85 ss.

** Universidad de Regensburg (Alemania).

I. Introducción

Por el Leviatán de Thomas Hobbes sabemos, al menos, que el hombre es un lobo para el hombre, y que es tarea del Estado domar al lobo. Una herramienta efectiva del Estado moderno para combatir la violencia en el seno de la sociedad de forma preventiva (y no sólo retrospectivamente, a través de sanciones, castigos y penas) son las medidas de protección, que pueden adoptarse en un número creciente de sistemas jurídicos y permiten a las personas cuya integridad física o psíquica está amenazada solicitar una orden que prohíba a la persona causante del peligro realizar determinados actos.

Desde el 11 enero 2015, dos nuevos instrumentos adoptados por el legislador europeo¹ tratan de mejorar la eficacia de esas medidas de protección en la Unión Europea (UE). Por una parte, desde esa fecha se aplica el Reglamento de medidas de protección (en adelante, el Reglamento)², que regula el reconocimiento y la ejecución de medidas de protección en materia civil. Por otra parte, el mismo día, el plazo de incorporación de la Directiva sobre orden europea de protección (en lo sucesivo, la Directiva)³ expiró⁴. Esta Directiva introduce una orden europea de

¹ Vid., en relación con la nueva regulación europea, T. Brand, “Europäische Schutzanordnung kommt”, *Deutsche Richterzeitung*, 2011, pp. 389 ss.; E. de Götzen, “Protection Orders Across Europe: First Remarks on Regulation No. 606/2013”, K. Boele-Woelki, N. Dethloff y W. Gephart (Eds.), *Family law and culture in Europe*, Bruselas, Intersentia, 2014, pp. 277 ss; C. Kohler y H. Pintens, “Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011–2012”, *FamRZ* 2012, pp. 1425 ss.; *id.*, “Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht”, *FamRZ*, 2013, pp. 1437 ss; H.P. Mansel, K. Thorn y R. Wagner, “Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen”, *IPRax*, 2012–1, pp. 8 ss; *id.*, “Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts”, *IPRax*, 2013–1, pp. 10 ss; *id.*, “Europäisches Kollisionsrecht 2013: Atempause im status quo”, *IPRax*, 2014–1, pp. 2 ss.; *id.*, “Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs”, *IPRax*, 2015–1, pp. 11 ss; J. Mohr, “Die europäischen Schutzmaßnahmen – Anerkennung und Vollstreckung von einstweiligen Verfügungen zum Schutz vor Gewalt”, *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht*, 2014, pp. 221 ss; A. Dutta en “Grenzüberschreitender Gewaltschutz in der Europäischen Union...”, *loc. cit.*, pp. 85 ss; P. Pietsch, “Die EU-Verordnung über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen”, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 2014, pp. 726 ss; R. Kemper, “Internationaler Gewaltschutz im Wandel”, *Familien und Recht*, 2015, pp. 218 ss; M. Requejo Isidro, “El Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 junio 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Int’l J. of Procedural L.*, t. 5, 2015, pp. 51 ss.

² Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 junio 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, DO L 181, 2013.

³ Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 diciembre 2011 sobre la orden europea de protección, DO L 338, 2011.

⁴ Vid., sobre la normativa de trasposición de los Estados miembros, por ejemplo, en Alemania, en particular, la Ley sobre la orden europea de protección [*Gesetz zum Europäischen Gewaltschutzverfahren*], introducida por el art. 1 de la Ley para la trasposición de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección y para la implementación del Reglamento (UE) n° 606/2013 sobre el reconoci-

protección que las autoridades de los Estados Miembros (EM) pueden emitir en materias penales, y que los otros EM están obligados a reconocer y transformar en una medida de protección conforme a su propia ley estatal.

1. Finalidad de las nuevas normas

A través de la adopción del Reglamento y de la Directiva, el legislador europeo pretende dotar al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de una nueva pieza clave. El objetivo principal de los nuevos instrumentos es salvaguardar la libre circulación de personas en la Unión, tal y como garantizan el art. 21.1º TFUE y el art. 3.2º TUE. Las personas que se benefician de una medida de protección podrán moverse y residir libremente en el seno de la UE, sin temor a que la falta de reconocimiento y ejecución de la medida al otro lado de la frontera obstaculice el ejercicio de la libre circulación, al comportar la pérdida de la protección frente a la persona que genera un riesgo⁵. Así, las nuevas normas mejorarán la eficacia transfronteriza de las medidas de protección en la UE.

Como en los EM las medidas de protección son adoptadas en parte en procedimientos civiles, y en parte también en procedimientos penales, y el legislador europeo no quiere interferir en las disposiciones nacionales sobre medidas de protección⁶, dicho legislador se ha visto obligado a dividir la ejecución transfronteriza de las medidas de protección entre dos instrumentos. Las medidas de protección en materias civiles se regulan a través del Reglamento (*vid. infra*, ap. II), y las medidas de protección en materia penal se abordan a través de la Directiva y las correspondientes disposiciones nacionales de trasposición (*vid. infra*, ap. III).

2. Cuestiones no abordadas

Resulta, sin embargo, sorprendente, que el legislador europeo haya dejado abiertas algunas cuestiones. La versión final de ambos instrumentos excluye tanto la regulación de la competencia, como la de la ley aplicable a la adopción de medidas de protección, a pesar de que la Propuesta de la Comisión contenía al menos una disposición sobre los tribunales competentes para la adopción de las medidas

miento mutuo de medidas de protección en materia civil de 5 diciembre 2014 [*Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/99/EU über die Europäische Schutzanordnung und zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 606/2013 über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen in Zivilsachen* de 5 diciembre 2014], *BGBI.* 2014 I, pp. 1964 ss; en España, la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, de 20 noviembre 2014, *BOE*, 21-XI-2014; en el Reino Unido, el Reglamento para Inglaterra y Gales sobre Justicia Penal (Orden Europea de Protección) de 2014 [*Criminal Justice (European Protection Order) (England and Wales) Regulations 2014*], *SI* 2014/3300.

⁵ Vid. considerandos 6 de la Directiva y 3 del Reglamento.

⁶ Vid. considerando 10.4 de la Directiva y considerando 12 del Reglamento.

de protección en materia civil⁷. Este silencio del legislador europeo sorprende por dos razones. La primera es que la regulación de las medidas de protección en DIPr permanece, con ello, en la oscuridad, especialmente en lo que respecta al DIPr de la UE. La competencia para medidas de protección, ¿puede fundamentarse en el RB II bis⁸ (si se conecta con cuestiones matrimoniales o sobre menores⁹), en el RB I bis¹⁰ (en caso de medidas generales de protección¹¹) o se aplica el Derecho procesal estatal? La ley aplicable a las medidas de protección, ¿se determina con arreglo a la *lex fori* (habida cuenta del carácter procesal de estas medidas), con arreglo al Convenio de La Haya sobre protección de menores¹² (si están conectadas con menores), conforme al Reglamento Roma III¹³ (si están conectadas a una crisis matrimonial), por el Reglamento Roma II¹⁴ (si son medidas de protección general) o por las normas de conflicto estatales? Habría resultado conveniente que el legislador institucional aportara seguridad jurídica a esta materia, estableciendo normas específicas para la adopción de medidas de protección, especialmente teniendo en cuenta que las medidas de protección en supuestos con elemento internacional distan de ser excepcionales¹⁵.

Además, hay una segunda razón por la que no resultaba descabellado esperar que se adoptaran normas de competencia y de Derecho aplicable en instrumentos que –como ocurre con el Reglamento y la Directiva– abordan la ejecución transfronteriza de decisiones. A través del Reglamento y de la Directiva el legislador europeo introduce la obligación de ejecutar medidas de protección extranjeras, incluso, en parte, sin tramitación previa de *execuatur* (*vid. infra*, aps. II.2 y II.4). Parece, pues, que el sentido común demandaba que se armonizasen las correspondientes normas de competencia (y también, muy posiblemente, las de conflicto),

⁷ Vid. el art. 3 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, COM (2011) 276 final, que establecía: “Serán competentes las autoridades del Estado miembro en el que la integridad física y/o psicológica o la libertad de la persona está en peligro”.

⁸ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, DO L 228, 2003.

⁹ Para más detalles, *vid. infra* ap. II.5.

¹⁰ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, DO L 351, 2012.

¹¹ Para más detalles, *vid. infra* ap. II.5.

¹² Convenio de 19 octubre 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.

¹³ Reglamento del Consejo (UE) n° 1259/2010 de 20 diciembre 2010 estableciendo cooperación reforzada en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343, 2010.

¹⁴ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L 199, 2007.

¹⁵ *Vid.*, sin embargo, una opinión diferente en E. de Götzen, “Protection Orders Across Europe...”, *loc. cit.*, p. 283.

ya que se pretende que las decisiones en un determinado ámbito del Derecho circulen libremente en el interior de la UE, y máxime teniendo en cuenta que no cabe revisión de la ejecución –o es limitada– en el resto de EM. Y esta idea resulta aún más pertinente en relación con las medidas de protección, cuanto que estas medidas no sólo limitan la libertad de una persona, generando un riesgo o peligro considerables, sino que, además, se caracterizan –como el propio legislador ha percibido, a tenor de lo afirmado en los considerandos 12, 13 y 15 del Reglamento– por la gran variedad de soluciones existentes en los sistemas de los diferentes EM.

II. La ejecución de las medidas de protección en material civil: el Reglamento 606/2013

El Reglamento, de conformidad con su art. 1, establece “normas relativas a un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento de las medidas de protección dictadas en un Estado miembro en materia civil” en otro EM, denominado EM requerido (*vid.* también considerando 4). El término “reconocimiento”, claro está, no debe entenderse técnicamente. El Reglamento se centra fundamentalmente en la ejecución transfronteriza de las medidas de protección, como también revela el art. 4.1º del Reglamento.

1. Ámbitos de aplicación

La obligación de ejecutar únicamente se refiere a las medidas de protección que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento

A) Ámbito temporal

El Reglamento se aplica a las medidas de protección dictadas después del 11 enero 2015. El momento en el que se inició el procedimiento en el seno del cual se adoptaron las medidas de protección resulta irrelevante, conforme a lo establecido en el art. 22.3 del Reglamento.

B) Ámbito material

El Reglamento, según establecen sus arts. 1 y 2.1º, sólo cubre medidas de protección *en materia civil*, un concepto abierto que, como también clarifica el considerando 10, debe interpretarse autónomamente, esto es, sin acudir a la ley nacional. La rica jurisprudencia del TJUE relativa a la interpretación del término “materia civil y mercantil” en relación con régimen de Bruselas I¹⁶ probablemente sólo

¹⁶ *Vid.*, *v.gr.*, párrafos 33 ss. De la STJUE de 12 septiembre 2013, as. C-49-12: *Sunico*, aún no disponible en el *Repertorio de Jurisprudencia*. En relación con el término “materia civil” en el DIPr de la

pueda emplearse aquí de forma limitada. Ya en relación con el RB II bis, el TJ ha señalado que la delimitación de materias civiles y no civiles en Derecho de familia –en el que a menudo se entrelazan el Derecho público y el privado– puede diferir de la delimitación en otros ámbitos del Derecho. De acuerdo con el Tribunal, ciertas medidas de protección de un Estado pueden ser consideradas medidas en materia civil, aunque con arreglo a los criterios del RB I serían claramente caracterizadas como materias no civiles, al comportar ejercicio de la autoridad pública por parte del Estado¹⁷. Cuando se interpreta el término “materia civil” en el Reglamento sobre medidas de protección, también es preciso tomar en consideración la Directiva. Ambos instrumentos procuran complementarse mutuamente y velar por una ejecución transfronteriza de medidas de protección sin lagunas (*vid.* considerando 9 del Reglamento). Así, es probable que quepa calificar como medida en materia civil toda medida de protección que no se dicte en un procedimiento penal y que, por tanto, no esté sujeta a la Directiva: una dicotomía que también revela el considerando 9 del Reglamento.

En cualquier caso, el legislador europeo ha mitigado la cuestión de la calificación, al menos desde un punto de vista práctico. Los EM tienen que identificar y comunicar a la Comisión las autoridades competentes para dictar medidas en el sentido del Reglamento –las denominadas autoridades de expedición– [*vid.* arts. 3.4º y 18.1º.a) del Reglamento] y la Comisión tiene que publicar esta información (art. 18.2º del Reglamento)¹⁸. Las medidas de protección (término cuyo significado se aborda enseguida) de las autoridades de expedición designadas por los EM deben considerarse medidas en materia civil sin más indagación. Un enfoque igualmente pragmático fue también empleado por el TJUE en el marco del RB II bis cuando el tribunal calificó como medidas en materia civil todas las medidas de protección de menores a efectos de aplicación del RB II bis¹⁹.

No obstante, no toda medida dictada por la una autoridad de expedición designada por un EM debe ejecutarse en toda la UE. Para ser ejecutada, la medida debe calificarse como *medida de protección* en el sentido del art. 3.1º del Reglamento. Con arreglo a la definición normativa que contiene, la medida de protección impone a la persona causante del riesgo una obligación “con el fin de proteger a otra persona cuando la integridad física o psíquica de esta última pueda estar en peligro”; no sorprende, así, que, con arreglo a los arts. 3.2º y 33.2º, tanto la persona

UE con carácter general, *vid.* A. Dutta, “Civil and Commercial Matter”, en, J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann y A. Stier (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p.194.

¹⁷ STJ 27 diciembre 2007, as. C-435/06: C, *RJ*, 2007, I-10141.

¹⁸ Estas autoridades no tienen que ser necesariamente autoridades judiciales; también otras autoridades –con la excepción de autoridades policiales– pueden ser designadas por los EM, tal como recoge el considerando 13.

¹⁹ *Vid.* párrafos 48 ss. STJ 27 diciembre 2007, as. C-435/06: C., *cit.*

protegida como la persona causante de un riesgo deban ser personas físicas. La definición normativa no se refiere expresamente a la libertad personal como un objeto potencial a ser protegido por la medida de protección, frente a lo que ocurre en algunas leyes estatales²⁰. Sin embargo, una injerencia en la libertad personal comportará a menudo un riesgo en la integridad psicológica de la persona, en el sentido del art. 3.1º. Además, los considerandos del Reglamento parecen asumir que una amenaza a la libertad personal puede justificar una medida de protección en el sentido del Reglamento; de hecho, la redacción de los considerandos y las disposiciones del Reglamento –que, además, difiere en este punto de la Directiva (*vid. infra* ap. III)– no coincide en este punto²¹. Así, no toda obligación que se imponga a la persona causante de un riesgo basta. Más bien, el Reglamento contiene una lista de posibles prohibiciones (o, de forma más moderada, posibles regulaciones) que pueden imponerse a través de una medida de protección. Quedan, así, cubiertas, las prohibiciones de entrada en determinados lugares [art. 3.1º.a) Reglamento], prohibiciones de contacto [art. 3.1º.b) Reglamento] y prohibiciones de acercamiento a la persona protegida [art. 3.1º.c) Reglamento]. El hecho de que el Reglamento se aplique únicamente a prohibiciones y regulaciones “ordenadas por la autoridad de expedición” excluye, por supuesto, la ejecución transfronteriza de determinados acuerdos con la persona causante el riesgo (*undertakings*) que resultan habituales, como medidas alternativas a las medidas de protección, en el Reino Unido e Irlanda. En consecuencia, interesa, bien eludir este tipo de acuerdos en los casos en que pueda ser necesaria su ejecución transfronteriza²², bien que un tribunal dicte una orden de protección paralela, en la que se incorpore el *undertaking* de la persona causante del riesgo.

Una cuestión que resulta bastante sorprendente es que el Reglamento no contempla la atribución de la vivienda familiar en casos, por ejemplo, de violencia doméstica, que en algunos EM se considera una posible medida de protección²³.

²⁰ *Vid.*, v.gr., el § 1 de la Ley alemana sobre medidas de protección civil contra la violencia y las persecuciones [*Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen*].

²¹ *Vid.* considerando 6 del Reglamento: “El presente Reglamento debe aplicarse a las medidas de protección dictadas con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro, a efectos por ejemplo de impedir cualquier forma de violencia de género o de violencia en el marco de las relaciones con personas de su entorno próximo, como la violencia física, el acoso, la agresión sexual, el acecho, la intimidación u otras formas de coerción indirecta. Es importante subrayar que el presente Reglamento se aplica a todas las víctimas, con independencia de que se trate o no de víctimas de la violencia de género”.

²² *Vid.* S.L. Cooper, “Stop in the Name of Love! The New EU Regulation 606/2013 on Protection Measures (15 January 2015)”. www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed142516.

²³ *Vid.*, v.gr., el § 3 de la Ley alemana sobre medidas de protección civil contra la violencia y las persecuciones [*Gesetz zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen*]; *vid.* también el § 1361b Cc alemán [*BGB Bürgerliche Gesetzbuch*] y el § 14 de la Ley alemana sobre uniones de pareja registradas [*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft*].

Estas medidas no entran en la definición normativa del art. 3.1º del Reglamento. Las prohibiciones de entrada en determinados lugares a que se refiere el art. 3.1º.a) no amparan la atribución de forma completa: sólo pueden garantizar, de forma negativa, la ausencia de la persona causante del riesgo, pero no permiten, de forma positiva, que la persona protegida permanezca en la vivienda familiar. La atribución de la vivienda familiar en el marco de cuestiones matrimoniales podría ser ejecutable al amparo del Derecho europeo, pero no de conformidad con el Reglamento, sino, en todo caso, con arreglo al RB II bis (*vid. infra* ap. II.5). Cabe lamentar que el legislador europeo no haya abordado este punto; sobre todo, porque la confusión no disminuirá con la adopción del Reglamento europeo sobre régimen económico matrimonial, y el correspondiente aumento del número de instrumentos potencialmente aplicables.

Finalmente, resulta de interés advertir que la medida de protección con arreglo a la definición del art. 3.1º del Reglamento tiene que ser dictada por la autoridad competente “*de conformidad con su Derecho nacional*”. Pero esta calificación no debe excluir las medidas que hayan sido dictadas por la autoridad de expedición con base en un Derecho extranjero (porque se aplique un Derecho extranjero conforme a sus normas de DIPr). No hay una razón legítima para tal limitación. Al contrario, este elemento de la definición normativa debe interpretarse en el sentido de que la medida esté basada en el Derecho procesal y el DIPr que – críticamente: *vid. supra*, ap. I.2– no está armonizado por el Reglamento.

C) Ámbitos territorial y espacial

El Reglamento únicamente se aplica a las medidas de protección *de otros Estados Miembros*. Los considerandos 40 y 41 del Reglamento subrayan que también Irlanda y el Reino Unido están vinculados por el Reglamento; pero, sin embargo, Dinamarca no. Aunque el Reglamento no aporte una definición de “Estado Miembro”, contrastando con otros instrumentos (*vid., v.gr.*, el art. 2.3º RB II bis), cabe asumir que la obligación de “reconocimiento” sólo existe entre EM participantes, de forma que no se extiende a las medidas de protección dictadas por autoridades de Dinamarca²⁴. Resulta bastante extraña la limitación del ámbito del Reglamento a “*asuntos transfronterizos*” del art. 2.2.1 del Reglamento, dado que, con arreglo al segundo inciso, basta con que la medida de protección se haya dictado en un EM y se solicite el reconocimiento en otro EM, sin exigir que el asunto en el que se ha adoptado dicha medida tenga conexión con este EM. Obviamente, a través de este “no requisito”, el legislador europeo pretendía atender a la base competencial del art. 81 TFUE (*vid. considerando 2 del Reglamento*), que sólo permite la

²⁴ *Vid.*, en este sentido, para Alemania, el § 13.1 de la Ley alemana sobre procedimiento europeo para la protección contra la violencia [*Gesetz zum Europäischen Gewaltschutzverfahren*].

adopción de medidas legislativas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil “con repercusión transfronteriza”.

2. Condiciones para el reconocimiento y la ejecución transfronterizos

Cuando las medidas entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (*vid. supra*, II.1) tienen que ser reconocidas y ejecutadas con arreglo al art. 4.1º del Reglamento, sin necesidad de procedimiento alguno que imponga una revisión del fondo de la medida (*vid. también* art. 12). El reconocimiento y la ejecución sólo pueden denegarse con base en ciertos motivos legales (*vid. infra* II.4).

La única condición para la ejecución transfronteriza de la medida de protección y que se cumplan ciertas formalidades dispuestas en los aps. 2 a 4 del art. 4 del Reglamento. Además de la *solicitud* de la persona protegida y de una *copia auténtica de la medida*, es preciso que la persona protegida presente, de acuerdo con el art. 4.2º.b), un *certificado* expedido en el EM de origen de conformidad con el art. 5: un certificado que resume la medida de protección en un formulario normalizado multilingüe. Tal y como exigen los arts. 5.3º y 19 del Reglamento, la Comisión Europea ha elaborado un formulario, aprobado a través de un Reglamento de ejecución²⁵. En su caso, el certificado –cuyo procedimiento de emisión se aborda a continuación, *infra*, apartado II.3– debe, según los arts. 4.2º.c) y 16.1º del Reglamento, ser transcrito o traducido a una lengua oficial (y, presumiblemente, a un alfabeto) del EM requerido, a menos que ese EM haya indicado que también acepta certificados en otros idiomas oficiales de la UE. La transcripción y la traducción del certificado deben cumplir con los requisitos de las traducciones oficiales en el EM requerido, según el art. 16.2º del Reglamento.

“El certificado del art. 5”, sin embargo, no es independiente de la medida de protección certificada. Con arreglo al art. 4.3º del Reglamento, el certificado “solo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutorio de la medida de protección”. El legislador, parece que pretende dejar claro que –al igual que ocurre con el art. 44 RB II bis–, el certificado no atribuye a las medidas de protección más efectos de los que realmente tenga en el EM de origen. Esta es una cuestión fundamental, porque el Reglamento sólo debe extender los efectos que tenga la medida de protección en el EM de origen al EM requerido²⁶. Sin embargo, lamenta-

²⁵ Anexo I del Reglamento de ejecución nº 939/2014 de la Comisión por el que se establecen los certificados contemplados en los artículos 5 y 14 del Reglamento (UE) nº 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, DO L 263, 2014. En relación con el contenido de este certificado, *vid.* art. 7 del Reglamento.

²⁶ Cf. también el considerando 4, segundo inciso, del Reglamento. Resulta, sin embargo, sorprendente que el legislador europeo no haya incluido la ejecutividad de la decisión con arreglo a la ley del EM de origen como uno de los extremos que ha de contener el “certificado del art. 5”, como sí ocurre en el RB II bis. *Vid.* el modelo de certificado establecido de conformidad con el art. 39 RB II bis, y en particular,

blemente, no cabe confiar plenamente en la redacción del art. 4.3º del Reglamento. En caso de que una decisión posterior del EM de origen suspenda, retire o limite la ejecutividad de la medida de protección, el art. 14.1º impone que se emita un nuevo certificado sobre la suspensión, revocación o limitación, y las autoridades del EM requerido, según el art. 14.2º del Reglamento, tendrán que suspender, revocar o limitar los efectos del reconocimiento o la ejecución únicamente después de que este nuevo certificado sea expedido. También para este “certificado del art. 14” se ha elaborado un formulario normalizado multilingüe por parte de la Comisión²⁷. De esta forma, el “certificado del art. 5” tiene, de hecho, efectos que exceden la medida de protección certificada.

Interesa subrayar que el “certificado del art. 5” tiene fecha de caducidad. Con independencia de la limitación potencial de la medida a ejecutar, los “efectos del reconocimiento (que sin duda incluyen la ejecutividad) se limitan a un periodo de un año desde la fecha de expedición del certificado (art. 4.4º Reglamento). La fecha de duración de los efectos debe ser especificada en el certificado, según dispone el art. 7.h) del Reglamento. Si la ejecución transfronteriza de la medida debiera extenderse más allá de esta fecha de expiración, la persona protegida tendría que solicitar un nuevo certificado en el EM de origen²⁸, o acudir a otros instrumentos institucionales (*vid. infra*, II.5) o –preferentemente, ya que quizás sea menos complicado– solicitar una nueva medida de protección en el EM requerido²⁹ (*cf.* considerando 16 del Reglamento). La eficacia transfronteriza de las medidas de protección conforme a lo establecido en el Reglamento, así, sólo se extiende durante un periodo transicional.

3. La expedición del “certificado del art. 5”

¿Cómo obtiene la persona protegida el certificado en el EM de origen que, como se ha visto, es crucial para la ejecución transfronteriza de la medida de protección? El certificado se emite por la autoridad de expedición a *solicitud* de la persona protegida, como ya se ha mencionado (*supra*, ap. II.2), en el formulario normalizado multilingüe elaborado por la Comisión. La autoridad expedidora debe emitir el “certificado del art. 5” únicamente si la medida de protección entra en el ámbito de aplicación del Reglamento (*supra*, ap. II.1)³⁰ y es ejecutiva³¹. Además,

el nº 9 del Anexo II. Sin embargo, el considerando 25 del Reglamento, en su tercer inciso, asume que el certificado sólo podrá expedirse si la medida de protección es ejecutiva en el EM de origen, aunque este punto no haya sido considerado en la redacción del Reglamento.

²⁷ Anexo II del Reglamento de ejecución nº 939/2014 (*supra* n. 24).

²⁸ Que, aunque el Reglamento no disponga nada a este respecto, debe ser un certificado admisible, como indica J. Mohr en “Die europäischen Schutzmaßnahmen...”, *loc. cit.*, p. 224.

²⁹ *Vid.* también *infra*, aptdo. IV.

³⁰ J. Mohr, “Die europäischen Schutzmaßnahmen...”, *loc. cit.*, p. 223.

³¹ *Vid. supra* n. 25.

la expedición del certificado requiere de una *mínima participación* de la persona causante del riesgo en el procedimiento en el que se haya acordado la medida de protección. El certificado sólo puede ser expedido si la medida de protección “*se ha puesto en conocimiento*” de la persona causante del riesgo de conformidad con el Derecho del EM de origen (art. 6.1º Reglamento).

Así, los requisitos para una “puesta en conocimiento” no se precisan a través de una interpretación autónoma del art. 6.1º del Reglamento; al contrario, están –a tenor de la clara redacción del Reglamento– sometidos a la ley del EM de origen. En la medida en que quepa ejecutar una medida de protección en el EM de origen antes de “poner en conocimiento” de la persona causante del riesgo esa medida (tal y como ocurre en algunos EM, la eficacia de esa medida quedará restringida a ese EM, pues no será posible obtener un “certificado del art. 5”. Y esto no resulta baladí, pues en procedimientos en cuyo seno se adoptan medidas de protección puede que resulte desconocida la dirección de la persona que causa el riesgo, de forma que surjan inconvenientes para efectuar la correspondiente notificación³². El Reglamento también contiene normas especiales para garantizar una participación mínima de la persona causante del daño si esta persona estuvo en rebeldía o fue deliberadamente excluida del procedimiento (en caso, por ejemplo, de procedimientos *ex parte*). En estas situaciones es preciso garantizar que la persona causante del riesgo ha sido debidamente informada del inicio del procedimiento (art. 6.2º) o ha sido capaz de impugnar la medida en virtud del Derecho del EM de origen (art. 6.2º). Así, no debe sorprender que el art. 8 del Reglamento exija que el certificado sea notificado a la persona causante del riesgo, adoptando, claro está, medidas para salvaguardar la seguridad de la persona protegida (art. 8.3º).

Interesa advertir que la autoridad que expide el certificado, de conformidad con el art. 5.3º del Reglamento, también debe facilitar a la persona protegida una *transcripción o una traducción* del certificado; obligación que sólo puede referirse a una transcripción o traducción a una de las lenguas oficiales de la UE: en este punto, la disposición también se refiere al formulario normalizado multilingüe del Reglamento de ejecución de la Comisión (*supra*, II.2). Esta obligación debe entenderse limitada a las lenguas que son aceptadas, de conformidad con el art. 16.1º, en determinados EM requeridos (*vid. supra* II.2), pues resulta excesivo afirmar que existe una obligación general de traducir o transcribir preventivamente el certificado a todas las lenguas oficiales de la UE (*v.gr.*, porque la persona protegida aún no sepa si, y dónde, tendrá que ser ejecutada la medida de protección), incluso si la obligación de correr con los gastos de la traducción es una cuestión

³² Sobre las dificultades para la notificación de documentos, *vid.*, por ejemplo, en el marco del procedimiento alemán para la adopción de medidas de protección, M. Cirullies, “Zustellungsprobleme in Gewaltschutzsachen”, *FamRZ* 2012, pp. 1854–1858.

regulada por la ley del EM de origen, tal y como indica el considerando 23 del Reglamento.

El art. 5.2º del Reglamento resulta bastante equívoco cuando establece que *la expedición del certificado* no podrá ser objeto de *recurso*. Por una parte, la persona causante del riesgo puede impugnar la medida de protección de conformidad con la ley del EM de origen y, con ello, contestar la ejecución transfronteriza de la medida (*vid. supra* ap. II.2). Por otra parte, el art. 9.1º contempla, a solicitud de la persona protegida o de la persona causante del riesgo, o de oficio, no sólo una rectificación del certificado (apartado a), sino también su revocación por parte de la autoridad de expedición “si está claro que ha sido expedido de manera indebida” (apartado b). Lo cierto es, no obstante, que no deja claro, al menos a simple vista, cuál es el grado de incorrección exigido en concreto³³. También la decisión de rectificación o de revocación puede ser impugnada por medio de un recurso basado en la ley del EM de origen, como dispone el art. 9.2º. Una lectura del art. 5.2º *sensu contrario* permite afirmar, por tanto, que el Reglamento en sí no excluye un recurso de la persona protegida frente a la *expedición del certificado*, sino que, más bien remite esta cuestión a la normativa procesal del EM de origen.

Como ya se ha mencionado anteriormente (*supra*, ap. II.2), no sólo cabe expedir un certificado sobre la medida de protección en sí, sino también en relación con medidas de la autoridad de expedición que *suspendan, revoquen o limiten la fuerza ejecutiva de una medida de protección* en el EM de origen o *revoquen el certificado* (art. 14.1º del Reglamento). El Reglamento no aborda la cuestión de si cabe recurso contra estos certificados, de forma que probablemente esta cuestión deba responderse con arreglo a la ley del EM de origen.

4. Ejecución en el Estado miembro requerido

La ejecución de la medida de protección se regula, según el art. 4.2º del Reglamento, por la ley del EM requerido. Si las circunstancias cambian, por ejemplo, porque la persona protegida cambie su lugar de domicilio o de trabajo al EM requerido, la medida de protección podría no cubrir la nueva situación y, con ello, devenir inútil. Frente a esta posibilidad, el art. 11 del Reglamento establece la posibilidad de *adaptación* de la medida de protección extranjera por las autoridades del EM requerido (*vid. también los considerandos 19 a 21 del Reglamento*). El procedimiento de adaptación se regulará por el Derecho del EM requerido (art.

³³ *Vid. también el considerando 29 de Reglamento*, que prevé que el certificado debe ser revocado “si está claro que el certificado ha sido expedido de manera indebida, por ejemplo, cuando haya sido utilizado para una medida que no está incluida en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, o cuando se haya expedido infringiendo los criterios para su expedición”, lo cual comporta, en mi opinión, una revisión global de la expedición del certificado.

11.2º). El Reglamento, sin embargo, establece que la adaptación se pondrá en conocimiento de la persona causante del riesgo (arts. 11.3º y 11.4º). Y, de nuevo, tanto la persona protegida como la persona causante del riesgo podrán interponer recurso contra la adaptación de la medida de protección sobre la base del Derecho del EM requerido –sin que esta impugnación pueda tener efecto suspensivo.

Como ya se ha indicado, no se necesita executur en el EM requerido, sino un simple control de formalidades (*vid. supra* ap. II.2). Sin embargo, el EM requerido podría *denegar el reconocimiento y la ejecución* de la medida de protección – si bien, de conformidad con el art. 13.1º del Reglamento, únicamente a petición de la persona causante del riesgo, y siempre que haya un motivo de denegación dispuesto en la norma. El reconocimiento y la ejecución pueden ser denegados si la medida vulnera el orden público del Estado requerido [art. 13.º1º.a) Reglamento y art. 13.3º], o es incompatible con una sentencia eficaz en el EM requerido [art. 13.1º.b)].

5. Relaciones con otros instrumentos

La relación del Reglamento con otros instrumentos de la UE que regulan la eficacia transfronteriza de sentencias y podrían resultar aplicables también a las medidas de protección resulta bastante problemática.

En primer lugar, resulta preciso delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento y del RB II bis. El art. 2.3º del Reglamento reserva expresamente la aplicación del RB II bis³⁴. Esta reserva afecta, en particular, a medidas de protección que, como las medidas en *materia de menores* de conformidad con el art. 1.1º.b) del RB II bis, se refieren a “la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”. La ejecución transfronteriza de estas medidas de protección de menores se regula exclusivamente por los arts. 21 ss RB II bis, que, sin embargo, tanto para el menor como para la persona protegida resultan, al menos en parte, menos favorables que el régimen del Reglamento de medidas de protección. *V.gr.*, con arreglo al régimen del RB II bis no ha desaparecido la necesidad de un procedimiento de executur con carácter general (*cf.* arts. 40 ss RB II bis). Por otra parte, la ejecución transfronteriza basada en el RB II bis no se condiciona por un plazo de expiración del certificado. A la luz de estas diferencias, hubiese sido mejor solución, la consistente en abrir ambos instrumentos y permitir que la persona protegida elija: un enfoque que –frente a los miedos que manifiesta el legislador en el considerando 11 del Reglamento– no habría interferido en el correcto funcionamiento del RB II bis. Podría, a estos efectos, dejar abierta la cuestión de si el RB II bis cubre la atribución de la vivienda familiar a un esposo en el marco de un procedimiento de divorcio como cuestión matrimonial de con-

³⁴ *Vid.* también el art. 20 y el considerando 34 de la Directiva.

formidad con el art. 1.1º.a) del RB II bis³⁵, en particular como una medida provisional basada en el art. 20³⁶. Como ya se ha visto, tal atribución de la vivienda familiar no puede calificarse como medida de protección a efectos del Reglamento sobre medidas de protección (*vid. supra* II.1B), por lo que en este punto no se plantea un problema de delimitación.

Sin embargo, también es necesario clarificar la delimitación con el RB I bis, puesto que las medidas de protección pueden ser calificadas como en materia civil y mercantil, sujetas a reconocimiento, por tanto, con arreglo a ese Reglamento³⁷. Incluso asumiendo la aplicabilidad del RB I bis, el Reglamento de medidas de protección posiblemente haya de ser calificado como *lex specialis*, y por consiguiente, al menos es aplicable de forma alternativa al RB I bis. Queda abierta la cuestión de su Reglamento de medidas de protección desplaza al RB I bis³⁸, tal y como sugirió la Comisión en su Propuesta³⁹. Como el Reglamento de medidas de protección guarda silencio en esta cuestión, cabe aplicar ambos instrumentos alternativamente. Al menos, cuando el “certificado del art. 5” haya alcanzado la fecha de expiración, cabe la posibilidad de una ejecución transfronteriza en aplicación del RB I bis⁴⁰. El legislador, a través del Reglamento de medidas de protección, probablemente no pretendía degradar la posición de la persona protegida, tal y como indica el considerando 16 del Reglamento, que afirma que la regulación del Reglamento “debe entenderse sin perjuicio del derecho de la persona protegida a invocar la medida de protección en el marco de cualquier otro acto jurídico de la Unión que prevea el reconocimiento”⁴¹. Sin embargo, interesa indicar que, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE las medidas provisionales sólo pueden ser ejecutadas al amparo del régimen del RB I si el demandado fue oído⁴², tal y como ahora establece el art. 2.a).2 del RB I bis [*vid. también* el art. 42.2.c) RB I bis]. Sin embargo, incluso en lo que respecta a tales medidas *ex parte*, esta condi-

³⁵ El hecho de que las medidas de protección que se refieren a esposos (no a uniones de pareja registradas) se regulen por el RB II bis es asumido por la Comisión: *cf.* en la Propuesta de la Comisión, *cit. supra* nota 7, p. 6.

³⁶ Lo que, al menos de conformidad con el TJUE, también puede comportar la adopción de medidas que no están comprendidas en el ámbito del Reglamento, que solo cubre procedimientos sobre el estado civil: *vid. obiter dictum* STJ 15 julio 2010, as. C-256/09, *Purrucker I*, RJ 2010, I-7349, pár. 86.

³⁷ A favor de la aplicación del Reglamento Bruselas I, *vid.*, por ejemplo, W. Hau, en H. Prütting y T. Helms (Eds.), *FamFG*, Colonia, Otto Schmidt, 3ª ed, 2014, § 105 FamFG para. 13. En contra de tal aplicación, D. Henrich, en K. Johannsen y D. Henrich, *Familienrecht*, Munich, CH Beck, 5ª ed., 2010, § 105 FamFG para. 3.

³⁸ H.P. Mansel, K. Thorn y R. Wagner, “Europäisches Kollisionsrecht 2012...”, *loc. cit.*, p. 9 (en lo referente a la Propuesta de la Comisión); J. Mohr, “Die europäischen Schutzmaßnahmen...”, *loc. cit.*, p. 221; P. Pietsch, “Die EU-Verordnung...”, *loc. cit.*, p. 726.

³⁹ Propuesta de la Comisión (*cit. supra*, nota 7), p. 6.

⁴⁰ J. Mohr, “Die europäischen Schutzmaßnahmen...”, *loc. cit.*, p. 221.

⁴¹ *Vid.*, también en este punto (*cf. supra* n. 34) el. Art. 20 y el considerando 34 de la Directiva.

⁴² STJ 21 mayo 1980, as. C-125/79, *Denilauler*, RJ, 1980, pp. 1553 ss.

ción concurrirá con posterioridad a que el plazo de vigencia del certificado haya expirado según el Reglamento. Como ya se ha visto, una medida de protección adoptada *ex parte* sólo puede ejecutarse al amparo del Reglamento de medidas de protección si el certificado se ha puesto en conocimiento de la persona causante del riesgo (art. 8 Reglamento).

III. La orden de protección europea en materia penal: la Directiva 2011/99/UE

Cuando una medida de protección es dictada en un procedimiento penal y, por tanto, no se aplica el Reglamento sobre medidas de protección (*vid. supra* ap. II.1.B), la ejecución transfronteriza está regulada por la Directiva sobre la orden europea de protección o, más correctamente, la correspondiente normativa estatal de trasposición de los EM.

¿Cuáles son las piedras angulares de la Directiva? Notablemente, el enfoque de la Directiva difiere del propio del Reglamento. Si una medida de protección se emite en un procedimiento penal (art. 5 de la Directiva), el denominado Estado (miembro) de emisión puede dictar una *orden europea de protección* si la persona protegida traslada su residencia habitual a otro EM o decide hacerlo (arts. 6 y 7) – una condición que no recoge el Reglamento–. Esta orden, que se emite por la autoridad competente de nuevo con base en un formulario multilingüe (art. 7.1º) será *reconocido* en el denominado Estado (miembro) de ejecución y *convertido* en una medida equivalente de conformidad con su ley nacional (arts. 9 y 10). A diferencia del Reglamento, aquí se requiere cierto *execuatur*. El reconocimiento de la medida de protección (y su conversión) puede denegarse por el Estado miembro de ejecución con base únicamente en uno de los motivos de denegación del reconocimiento establecidos en el art. 10 de la Directiva; motivos que difieren de los contenidos en el Reglamento sobre medidas de protección en materia civil. La conversión también puede sobrepasar los límites entre el Derecho penal y el Derecho privado si en el Estado miembro de ejecución las medidas de protección se desarrollan por el Derecho privado. Semejante “nostrificación” de las decisiones extranjeras constituye sin duda una novedad en el Derecho internacional privado⁴³.

La definición de *medidas de protección* de la Directiva (*vid.* arts. 2.2º y 5 de la Directiva) se corresponde más o menos con la definición contenida en el Reglamento, al menos si se acuerda en interpretar de forma extensa el Reglamento, realizando una lectura de sus considerandos en atención a los intereses protegidos (*vid.*, en lo que respecta a la libertad personal, *supra*, ap. II.1.B). Sin embargo, resulta deseable el hecho de que el *ámbito espacial* de ambos instrumentos no sea

⁴³ H.P. Mansel, K. Thorn y R. Wagner, “Europäisches Kollisionsrecht 2014..”, *loc. cit.*, p. 3.

el mismo. Frente a lo que ocurre con el Reglamento, la Directiva no se aplica (además de en Dinamarca) en Irlanda (*vid.* considerandos 41 y 42 de la Directiva); así, tanto las medidas danesas como las irlandesas de protección en materia penal no son ejecutables conforme a la Directiva en el resto de los Estados miembros (*vid.* lo ya expuesto *supra*, ap. II.1.C).

IV. Conclusión

Hasta los más entusiastas con la europeización del DIPr tendrán que reconocer que, en lo que respecta a la nueva regulación de la ejecución transfronteriza de medidas de protección, los resultados justifican difícilmente el esfuerzo, incluso aunque no cupiera negar la necesidad de una acción legislativa, teniendo en cuenta las inseguridades y lagunas previas (*supra*, aps. I.2 y II.5). Además, las normas no resultan muy convincentes en lo que respecta a su contenido⁴⁴. En particular, la decisión de dividir funcionalmente una única materia en dos instrumentos institucionales diferentes –un Reglamento y una Directiva– probablemente solo pueda explicarse políticamente. Desde una perspectiva legal, en términos de competencia legislativa de la UE, cabría haber empleado más imaginación para ubicar las medidas de protección en materia penal en la cooperación judicial en materia civil, toda vez que están estructuralmente diseñadas para proteger intereses privados y no el interés público del Estado en castigar conductas ilícitas. Hasta el RB I bis, en particular su art. 7.3º, contempla estos “islotos de Derecho privado” en procedimientos penales.

A la luz de lo expuesto, entra la tentación de aconsejar a las personas protegidas que, en lugar de emplear los harto complicados procedimientos de ejecución que regulan el Reglamento o la Directiva, soliciten directamente, si lo precisan, la repetición de la medida de protección en cualquier otro EM⁴⁵. Parece un buen ejemplo para subrayar la tesis del gran Kurt Tucholsky: “lo contrario del bien no es el mal: lo contrario del bien son las buenas intenciones”.

Bibliografía

- Brand, T.: “Europäische Schutzanordnung kommt”, *Deutsche Richterzeitung*, 2011, pp. 389 ss.
Cirullies, M.: “Zustellungsprobleme in Gewaltschutzsachen”, *FamRZ*, 2012, pp. 1854–1858.
Cooper, S.L.: “Stop in the Name of Love! The New EU Regulation 606/2013 on Protection Measures (15 January 2015)”, www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed142516.

⁴⁴ Para una evaluación más positiva *vid.* E. de Götzen, “Protection Orders Across Europe...”, *loc. cit.*, pp. 288 ss.; J. Mohr, “Die europäischen Schutzmaßnahmen...”, *loc. cit.*, p. 227.

⁴⁵ Cf. también una visión crítica en T. Brand, “Europäische Schutzanordnung kommt”, *loc. cit.*, p. 389; *vid.* igualmente J. Mohr, “Die europäischen Schutzmaßnahmen...”, *loc. cit.*, p. 221.

- Dutta, A.: “Civil and commercial matter”, J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann y A. Stier (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 194 ss.
- Götzen, E. de: “Protection Orders Across Europe: First Remarks on Regulation No. 606/2013”, en K. Boele-Woelki, N. Dethloff y W. Gephart (eds.), *Family law and culture in Europe*, Bruselas, Intersentia, 2014, pp. 277 ss.
- Hau, W.: *FamFG* (H. Prütting y T. Helms, eEds.) Colonia, Otto Schmidt, 3ª ed, 2014, § 105 FamFG para. 13.
- Henrich, D.: *Familienrecht* (K. Johannsen y D. Henrich), Munich, CH Beck, 5ª ed., 2010, § 105 FamFG para. 3.
- Kemper, R.: “Internationaler Gewaltschutz im Wandel”, *Familien und Recht*, 2015, pp. 218 y ss.
- Kohler, C. y H. Pintens: “Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011–2012”, *FamRZ* 2012, pp. 1425 y ss.
- Kohler, C. y H. Pintens: “Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht”, *FamRZ*, 2013, pp. 1437 ss.
- Mansel, H.P., K. Thorn y R. Wagner: “Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen”, *IPRax*, 2012–1, pp. 8 ss.
- Mansel, H.P., K. Thorn y R. Wagner: “Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts”, *IPRax*, 2013–1, pp. 10 ss.
- Mansel, H.P., K. Thorn y R. Wagner: “Europäisches Kollisionsrecht 2013: Atempause im status quo”, *IPRax*, 2014–1, pp. 2 ss.
- Mansel, H.P., K. Thorn y R. Wagner: “Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs”, *IPRax*, 2015–1, pp. 11 ss.
- Mohr, J.: “Die europäischen Schutzmaßnahmen – Anerkennung und Vollstreckung von einstweiligen Verfügungen zum Schutz vor Gewalt”, *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht*, 2014, pp. 221 ss.
- Pietsch, P.: “Die EU-Verordnung über die gegenseitige Anerkennung von Schutzmaßnahmen”, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 2014, pp. 726 ss.
- Requejo Isidro, M.: “El Reglamento (UE) nº 606/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 junio 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Int’l J. of Procedural L.*, t. 5, 2015, pp. 51 ss.

LA DIMENSIÓN PROCESAL INTERNACIONAL EN LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

Juan José ÁLVAREZ RUBIO *

SUMARIO: I. Consideraciones preliminares. II. Derecho europeo y transporte marítimo. 1. El bloque normativo europeo en la Ley de Navegación Marítima. 2. La contaminación marina por hidrocarburos: Derecho marítimo y responsabilidad civil por contaminación. 3. Derecho europeo, seguridad marítima y protección del mar frente a la contaminación por hidrocarburos. III. Contratación marítima internacional y autonomía de la voluntad. 1. Pacto atributivo de jurisdicción y las cláusulas arbitrales. 2. Contrato de fletamento, operaciones conexas y eficacia traslativa del conocimiento de embarque. 3. Los acuerdos atributivos de jurisdicción y las cláusulas arbitrales. IV. Embargo preventivo de buques y Derecho procesal civil europeo e internacional. V. Consideraciones finales.

RESUMEN: La nueva Ley de navegación marítima representa, pese a ciertas soluciones legislativas susceptibles de crítica desde nuestra perspectiva de análisis internacional privatista, un avance normativo en nuestro sistema autónomo muy significativo, al dotar al ordenamiento jurídico interno español de un marco legal moderno y sistematizado y que pretende fomentar además una mayor seguridad jurídica y previsibilidad. ¿Consigue la nueva ley alcanzar estos objetivos con su regulación en esta dimensión procesal? en ciertos ámbitos, sin duda, sí; en otros, la criticable orientación adoptada por la LNM incrementa la inseguridad jurídica de los operadores del sector y dificulta una siempre recomendable y necesaria labor de prospección jurídica. Por todo ello, este nuevo texto normativo requiere un examen en profundidad, con el propósito de analizar cómo proyectar sobre el ámbito internacional problemáticas específicas que afloran en el sector del Derecho del transporte marítimo europeo e internacional, derivadas de la permanente interacción de los distintos bloques normativos en presencia; en particular, estas reflexiones pretenden analizar y valorar diversas cuestiones controvertidas y jurídicamente relevantes apreciables en el contenido de la nueva Ley, adscritas al ámbito o dimensión procesal internacional, seleccionadas dentro de todo un elenco de normas que presentan gran interés para nuestra disciplina.

PALABRAS CLAVE: DERECHO EUROPEO – TRANSPORTE MARÍTIMO – PACTOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN – CLÁUSULAS ARBITRALES – USOS MARÍTIMOS – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

ABSTRACT: *International Procedural Dimension in the Navigation Maritime Act*

The new LNM represents undoubtedly, and despite some legislative solutions open to criticism from our point of international private law, a significant and advanced normative in our autonomous system providing to the Spanish legal system a modern legal framework and intending to obtain legal certainty and predictability. Does the new law achieve these goals with its regulation in this procedural dimen-

* Catedrático Derecho Internacional Privado. UPV/EHU

sion or scope? It have to be said that in certain areas it achieves that aim. However, in other areas, the questionable guidance adopted by LNM increases the legal uncertainty for operators in this sector and it makes it impossible to obtain advisable and legal certainty. Therefore, this new regulatory text requiered a strict and thorough examination in order to anaylize how to proyect in the international current problems that arise in the field of European and International Shipping. These problems arise from the ongoing interaction of the various current policy blocks; in particular, this reflection tries to analyse and evaluate the various controversial and legal issues in the context of the new Act attached to the scope or international procedural dimension, selected in a whole union of rules contained in the law and are of great interest in our discipline.

KEYWORDS: EUROPEAN LAW – SHIPPING – ATTRIBUTIVE COVENANTS OF JURISDICTION – ARBITRATION CLAUSES – USES MARINE – AUTONOMY OF THE WILL.

I. Consideraciones preliminares

La singularidad y trascendencia que caracteriza al Derecho marítimo dentro del sector del comercio internacional constituye el hilo conductor de esta reflexión que persigue, desde una dimensión y enfoque internacional privatista, analizar y valorar diversas cuestiones controvertidas y jurídicamente relevantes apreciables en el contenido de la nueva Ley de Navegación Marítima, la Ley 14/2004 (en adelante, LNM) adscritas al ámbito o dimensión procesal internacional.

Tales cuestiones están seleccionadas dentro de todo un elenco de normas contenidas en la nueva regulación marítima interna española, entre las que a título solo orientativo cabría destacar las contenidas, en el ámbito de lo que genéricamente podríamos englobar bajo el epígrafe de “jurisdicción”, las contenidas en los arts. 12, 43, 44, 45, 50, así como en el muy desafortunado tenor del nuevo art. 468, o en el art. 469, entre otras.

En particular, estas reflexiones persiguen subrayar algunas de las novedades de la ley con mayor impacto sobre la realidad práctica del sector abordado, adentrándose en una dimensión procesal civil internacional, pero sin desatender una visión complementaria anclada en el ámbito material propiamente mercantil, así como en el relevante sector de la contaminación marina por hidrocarburos.

No se agotan ahí, por supuesto, los ámbitos de trabajo valorativo de nuestra visión internacional privatista en el estudio de la LNM. Por enumerar tan solo otros campos de análisis que exceden del enfoque de estas reflexiones cabría citar las cuestiones vinculadas al ámbito de aplicación de los diferentes Registros previstos (art. 69 y art. 146, entre otros), o el papel del capitán como encargado del Registro Civil (art. 178, y por cierto, en el art. 179 con única referencia al Código Civil y no al resto de Derechos civiles forales o especiales españoles).

Merece también reflexión todo lo relativo a la articulación dentro de nuestro sistema de Derecho internacional privado de las novedosas previsiones sobre contra-

tos y responsabilidad, que plantean cuestiones complejas, como la de delimitar qué normas son imperativas (por ejemplo, cabe apreciar una compleja calificación en los arts. 384 y 394), o a qué supuestos se aplican, o cómo encajan con las normas del Cc en materia de DIPr y con el contenido de los Reglamentos Roma I y Roma II, o las numerosas cuestiones de extranjería que la nueva LNM suscita (*v.gr.*, en los arts. 158 y 162).

La nueva LNM representa sin duda, pese a ciertas soluciones legislativas susceptibles de crítica desde nuestra perspectiva de análisis internacional privatista, un avance normativo relevante dentro de nuestro sistema autónomo al dotar al ordenamiento jurídico interno español de un marco legal moderno y sistematizado y que pretende fomentar además una mayor seguridad jurídica y previsibilidad. La cuestión que cabe plantearse, analizado en su globalidad el nuevo texto normativo, es si la LNM consigue alcanzar estos objetivos con su regulación en esta dimensión procesal.

En ciertos ámbitos, sin duda, sí; en otros, la criticable orientación adoptada por la LNM incrementa en realidad la inseguridad jurídica de los operadores del sector y dificulta una siempre recomendable y necesaria labor de prospección jurídica.

Por todo ello, este nuevo texto normativo requiere un examen en profundidad con el propósito de analizar cómo proyectar sobre el ámbito internacional problemáticas específicas que afloran en el sector del Derecho del transporte marítimo europeo e internacional, derivadas de la permanente interacción de los distintos bloques normativos en presencia; en particular, interesa destacar la regulación vinculada a aquellas instituciones que requieren un tratamiento diferenciado desde la óptica del Derecho internacional privado, entre las que cabe citar las cláusulas de elección de foro o las de sometimiento a arbitraje.

El Derecho marítimo aporta herramientas metodológicas útiles para abordar el análisis de cuestiones troncales de nuestra disciplina, y de hecho se ha mostrado como un auténtico vivero para ámbitos materiales de trabajos investigadores que requieren un análisis internacional privatista. En la actualidad sigue representando un sugerente marco de colaboración interdisciplinar con el fin de lograr proyectar sobre el ámbito internacional la problemática específica del Derecho marítimo privado y seleccionar aquellas instituciones que reclaman un tratamiento investigador incardinable en el marco del Derecho internacional privado.

Un claro ejemplo puede apreciarse en la delimitación del margen de maniobra contractual material y conflictual que cabe conferir a las partes en una relación de transporte marítimo internacional a la hora de determinar el tribunal estatal competente (o, en su caso, el sometimiento a arbitraje), así como en el momento de se-

leccionar la normativa aplicable rectora de los derechos y obligaciones de las partes derivadas de dicho contrato.

Verificar el papel que deba reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes y en particular valorar, con referencia a la evolución de la disciplina internacional en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, la relevancia de la autonomía privada en el ámbito procesal exige como reflexión previa atender a la variada tipología de cláusulas en presencia en este sector de la contratación internacional, de forma que no cabe dogmatizar en abstracto acerca de su calificación jurídica sin descender a la concreción de su redacción y de la variada y heterogénea tipología contractual existente en el sector.

En efecto, para determinar su posible alcance y funcionalidad es preciso tener presente la cobertura normativa que subyace tras dichas cláusulas, ya que el tratamiento que éstas reciben en los diferentes bloques normativos en presencia (Derecho interno, Derecho convencional internacional y Derecho europeo) difiere o incluso revela contradictorias respuestas normativas ante una misma realidad contractual.

En este contexto normativo, y tal y como se analizará a continuación, la nueva LNM incorpora una regulación que incrementa esta atomizada, heterogénea y por momentos contradictoria regulación de una misma dimensión contractual en cada uno de los diversos bloques normativos en presencia en este sector del Derecho del comercio internacional.

La LNM aborda las especialidades procesales de jurisdicción y competencia en el ámbito del transporte marítimo y en este contexto establece los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a determinados foros contenidas en los contratos de utilización del buque además de fijar los criterios de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan de dichos contratos marítimos.

En cuanto a las cláusulas de sumisión contenidas en los documentos y contratos de transporte marítimo (habitualmente los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento) la nueva LNM condiciona su validez a que hayan sido negociadas individual y separadamente, no siendo la mera inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de un contrato, por sí sola, prueba de su validez y del consentimiento de las partes.

Por otro lado, la nueva norma establece los criterios de atribución de competencia judicial internacional utilizables a falta de pacto de sumisión válido, permitiendo al demandante elegir, para las controversias que surjan en relación a los contratos de utilización de un buque, los tribunales del domicilio del demandado, del lugar de celebración del contrato o del puerto de carga o de descarga.

Esta variedad de foros alternativos ofrecidos al demandante se corresponde, a grandes rasgos, con los foros establecidos en la normativa internacional de transporte marítimo (tales como el Convenio de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam) y ofrece un amplio abanico de posibilidades de ataque para el demandante.

Dentro de ese posible elenco normativo, en plena efervescencia, y en el sector ahora analizado, cabe citar el Convenio de Bruselas de 1924, los Protocolos de 1968 y 1979, las respectivas leyes internas de “incorporación” del Convenio, así como el Convenio de Hamburgo de 1978 y las conocidas como Reglas de Rotterdam (Convenio UNCITRAL 2008), que muestran un diferente alcance y caracterización.

Todo ello responde a la nota de internacionalidad predicada del Derecho marítimo y a la tendencia hacia su uniformidad normativa internacional que se ha plasmado históricamente en un protagonismo y una profusión de textos convencionales coexistentes con normas de fuente u origen autónomo e institucional, junto a la paulatina importancia de las prácticas y usos mercantiles elaborados por los operadores intervinientes en cada sector.

Por ello, y ante las diversas aproximaciones que el Derecho del transporte marítimo permite en lo concerniente a su objeto de estudio, debe abordarse una imprescindible tarea delimitadora que ponga el acento en la vertiente de Derecho privado correspondiente a nuestra disciplina, sin descuidar otras que obligadamente tendrán que ser acometidas con la finalidad de aportar una respuesta analítica acorde con las señas de identidad propias del Derecho internacional privado actual, caracterizado por la atomización y riqueza cuantitativa y cualitativa de los supuestos del tráfico privado externo y por una necesaria y sugerente especialización por sectores¹.

La nota de internacionalidad del Derecho del transporte marítimo y la tendencia hacia su uniformidad normativa internacional, protagonizada hoy por la europeización del Derecho privado iniciada hace años con el tratado de Ámsterdam, consolidada y reforzada con la vigencia del Tratado de Lisboa, así como la proyección o dimensión externa de este proceso², refleja claramente una problemática especí-

¹ En este aspecto sigue resultando clave la reflexión de J.D. González Campos, “Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2002, pp. 156 ss.; en similar orientación y centrada en el ámbito marítimo, puede verse la obra colectiva, dirigida por J.J. Álvarez Rubio, *Las lecciones jurídicas del Caso Prestige: Prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

² Vid. A. Borrás, “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz (2001)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285–318; M. Guzmán Zapater, “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, nº7479, 2010, pp. 713 ss.

fica en “territorio jurídico europeo” debido a la coexistencia en el sector de bloques normativos diferenciados (estatal o interno, europeo e internacional/convencional)³.

Esta pluralidad de fuentes normativas coexistentes debe permitir al legislador nacional, europeo e internacional explorar nuevas alternativas de elaboración normativa en un ejercicio de prospección futura que permita simplificar la compleja tarea que implica tratar de coordinar tal esfuerzo codificador en este concreto sector del Derecho marítimo.

En la actualidad el Derecho marítimo se caracteriza por la pluralidad de fuentes normativas que enriquecen su contenido y queda a su vez estructurado en diversos subsistemas con sentido interno propio y principios particulares. Esta novedosa y atomizada realidad conduce *de facto* a un menor protagonismo de los Convenios como técnica de unificación normativa⁴.

Se aprecia así una tendencia cada vez más acentuada hacia la coexistencia de tal herramienta jurídica clásica en la codificación del Derecho internacional con otros instrumentos más flexibles, orientados a ofrecer una respuesta más adecuada que permita a su vez atender a los diversos intereses públicos y privados en presencia mediante el diseño de principios y modelos normativos que garanticen una operatividad práctica adecuada a la compleja y dinámica realidad del sector⁵.

En efecto, la metodología normativa tradicional comienza a compartir protagonismo con mecanismos como la autorregulación, que permite garantizar un mayor grado de seguridad jurídica. En todo caso, es necesario analizar el margen de maniobra que este nuevo texto normativo, la LNM, ofrece a las partes para regular sus relaciones privadas en materia de transporte marítimo, y valorar a su vez el grado de autonomía procesal, material y conflictual existente.

En efecto, la importancia que esta cuestión tiene en su proyección sobre el Derecho marítimo internacional exige delimitar el margen de maniobra contractual de las partes en una relación contractual de transporte marítimo respecto a la selección del tribunal estatal competente o, en su caso, la sumisión a arbitraje de sus

³ En este sentido *vid.* J.C. Fernández Rozas, “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *RES*, n° 140, 2009, pp. 600 ss.

⁴ En relación a la tendencia hacia la uniformidad normativa internacional del Derecho marítimo mediante una profusión de textos convencionales, T. Treves, “Il nuovo Diritto del Mare e le Convenzioni Internazionali sulla protezione dell’ambiente marino”, *Dir. Mar.*, 1999-I, pp. 219-231; S.M. Carbone y F. Munari, “Diritto internazionale e traffici marittimi: La codificazione internazionale della disciplina dei traffici marittimi ed il ruolo al riguardo riservato ai soggetti economici privati”, *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 7-10.

⁵ Sobre las insuficiencias de los tratados multilaterales como cauce idóneo para la codificación internacional y la evolución europea del DIPr, *vid.* J.C. Fernández Rozas, “La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 54-62.

controversias, así como la elección conflictual de la normativa estatal aplicable como rectora de los derechos y obligaciones derivadas de dicha relación contractual.

La coexistencia de bloques normativos diferenciados que presenta el marco jurídico aplicable al transporte marítimo en la UE genera, debido a una parcial y sectorial armonización del tratamiento normativo de unas realidades contractuales tan complejas, un resultado jurídico final que ni está suficientemente consolidado ni garantiza el objetivo de previsibilidad necesario para aportar suficientes dosis de seguridad jurídica a las partes⁶.

El debate acerca de los posibles métodos de armonización del Derecho marítimo queda así abierto y exige analizar diferentes opciones que permitan alcanzar un grado de previsibilidad clave para el sector⁷. Es necesario resaltar que la unificación del Derecho privado del transporte marítimo mediante normas internacionales aporta sin duda un mayor índice de seguridad jurídica a los operadores del sector cuando, como es frecuente, en una relación contractual se ven implicados distintos ordenamientos jurídicos.

En efecto, una regla unificada en materia de transporte marítimo internacional permite simplificar la labor de prospección vinculada al conocimiento de cualquier conflicto o controversia que pueda acaecer en el desarrollo de un transporte, y crea un marco estable de derechos y obligaciones de las partes⁸.

El legislador no puede obviar que en este sector particular de la contratación internacional partimos de un escenario normativo internacional integrado por una sucesiva proliferación de Convenios Internacionales aplicables, así como de prác-

⁶ Pueden verse el Considerando 15 del RB I bis (Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), conforme a cuyo tenor, “Las normas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado. La competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión. Respecto de las personas jurídicas, debe definirse el domicilio de manera autónoma para incrementar la transparencia de las normas comunes y evitar los conflictos de jurisdicción”; e igualmente el considerando 16 del R. Roma I (Reglamento (CE) n° 593/2008, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales), conforme al cual, y “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación”.

⁷ Sobre el análisis particular de las concretas necesidades de armonización de un específico sector de actuación normativa R. Luzzatto, “Metodi di Unificazione del Diritto Marittimo e interpretazione Uniforme”, *Dir. Mar.*, 1999–I, pp.148–151.

⁸ Entre otros, pueden verse las consideraciones realizadas sobre Derecho uniforme y Derecho internacional privado, con especial incidencia en el régimen convencional, de A. Malintoppi, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milan, Guiffirè, 1955, pp. 38–84.

ticas y usos mercantiles confeccionados por los propios operadores del sector y además por el nuevo sistema normativo representado por la citada europeización del Derecho privado⁹. Esta hipertrofia normativa convierte este sector del Derecho en un obligado campo de estudio para nuestra disciplina del Derecho internacional privado¹⁰.

En particular, dicha interacción o interrelación de bloques normativos exige que se tenga especialmente en cuenta por parte del operador jurídico la operatividad de la consagrada regla de la especialidad como cauce para articular una norma de compatibilidad entre los diversos bloques normativos en presencia, reflejada normativamente en su origen en la redacción del art. 57 Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968¹¹, posteriormente recogida en el art. 71 RBI, y ahora en el vigente art. 71 RB I bis en materia de competencia judicial internacional¹².

A su vez, todo ello debe ponerse en relación con los criterios hermenéuticos establecidos por el TJUE al fijar una doctrina jurisprudencial anclada en la obligada concurrencia de una serie de presupuestos para la aplicación prioritaria de los Convenios especiales sobre el Derecho europeo derivado (el Reglamento europeo)¹³, concretados en un alto grado de previsibilidad, una buena administración de justicia, una reducción de procedimientos paralelos, la garantía del cumplimiento del principio de libre circulación de resoluciones en material civil y mercantil y la noción de confianza recíproca entre órganos jurisdiccionales estatales en el seno de la UE¹⁴.

En efecto, debe tenerse presente que la regla de especialidad no quedará activada de manera automática ni mimética para la totalidad de Convenios internacionales especiales¹⁵, debiéndose individualizar y valorar en cada caso concreto si se cumplen los requisitos de calificación de la norma convencional como especial o

⁹ En relación al Derecho comunitario/europeo y su proyección sobre la dimensión del transporte en la UE, puede verse F.Munari, *Il Diritto Comunitario dei Trasporti*, Milán, Guiffre, 1996, pp.50-117.

¹⁰ Sobre este particular y las múltiples aproximaciones que permite el Derecho marítimo, G.Diena, "Principes du Droit international privé maritime", *Recueil des Cours*, t.51, 1935, pp. 405 ss.

¹¹ Sobre el espacio judicial europeo y el Convenio de Bruselas de 1968 puede verse el exhaustivo estudio de S.M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo: La Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, pp.11 ss.

¹² Conforme al art. 71.1º, el presente Reglamento no afectará a los Convenios en que los Estados miembros sean parte y que, en materias particulares, regulen la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones.

¹³ J.J.Álvarez Rubio, "La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales", *La Ley*, 29 de octubre 2010, pp. 1-6.

¹⁴ A este respecto, *vid.* STJ 4 mayo 2010, (C-533/08) y 19 diciembre 2013, (C-452/12).

¹⁵ Sobre la teoría de la cascada de la especificidad y la colisión entre Convenios, entre otros, F.Majoros, *Les Conventions Internationales en matière de Droit privé. Abrégé theorique et traité pratique*, París, A. Pedone, vol. 1, 1976, pp. 282 ss.

particular y si el Convenio en cuestión contiene una regulación de la competencia judicial directa o indirecta, además de la verificación de que la aplicación de la misma no desvirtúe los objetivos troncales o esenciales previstos en la normativa europea.

Caso de no materializarse alguno de los presupuestos señalados, la regla de especialidad quedará relativizada o mediatizada en cuanto a su plena operatividad práctica, y de hecho entrarán en juego las reglas de competencia judicial directas e indirectas contenidas en la norma europea aplicable¹⁶.

En definitiva, y valorando la reflexión en torno al juego de reglas de compatibilidad entre los diferentes bloques normativos en su proyección sobre el ámbito del Derecho marítimo, debe calificarse de forma positiva el posicionamiento doctrinal que sostiene la necesidad de emprender una “reunificación” del Derecho marítimo mediante el recurso a unas herramientas jurídicas que permitan relajar la rigidez de las normas convencionales y satisfacer las demandas de agilidad y flexibilidad del sector¹⁷.

A su vez, y en el contexto del proceso codificador internacional seguido dentro del bloque del transporte marítimo internacional de mercancías es preciso relativizar las soluciones alcanzadas en cada sector específico, ya que el grado de armonización normativa depende no sólo del consenso formalmente plasmado en la firma de la norma convencional y su posterior ratificación o adhesión; en efecto, el progresivo desarrollo del DIPr revela una acusada sectorialización, de forma que es preciso analizar cada ámbito específico de actuación normativa para apreciar en primer lugar las necesidades de armonización y en segundo lugar el instrumento adecuado para la consecución de tal objetivo.

No es posible, por tanto, aludir genéricamente a la armonización normativa sin descender a cada sector específico. Debe determinarse de forma coordinada con las diversas instancias e intereses en presencia la fórmula más racional y adecuada al objetivo perseguido. Para la comprensión del verdadero significado de la variada tipología de cláusulas contractuales presentes en este sector es preciso atender, en primer lugar, a la compleja fenomenología de las modalidades contractuales a través de las cuales se materializa la prestación del transporte marítimo internacional.

Sin desconocer la existencia de relaciones contractuales mixtas, cabe aludir al fletamento por tiempo (*time-charter*), el fletamento por viaje (*voyage-charter*) y,

¹⁶ F.Garau Sobrino, “La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE”, *CDT*, vol. 3, nº1, 2011, pp. 270–281.

¹⁷ *Vid.*, entre otros, A.V.Ziegler, “Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law”, *Dir. Mar.*, vol.101, nº1, 1999, pp. 232–239.

por último, los contratos de transporte de mercancías en buques de línea, plasmados en conocimientos de embarque como las fórmulas contractuales más habituales en este sector.

Incluso dentro de un mismo sector el recurso a técnicas y soluciones normativas opuestas puede llegar a representar un serio obstáculo frente a la tarea de armonización pretendida: cabe citar como ejemplo el hecho de que tradicionalmente, y dentro del transporte marítimo internacional de mercancías, el sector del transporte a través de pólizas de fletamento ha quedado regulado por normas dispositivas, elaboradas por los propios operadores económicos y no se ha sentido la necesidad de establecer normas que restrinjan o modulen la libertad contractual de los sujetos intervinientes.

En cambio, el sector del transporte de línea regular o en régimen de conocimiento de embarque se ha caracterizado por la vigencia de normas coercitivas en materia de responsabilidad del porteador, plasmadas históricamente en el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento, hecho en Bruselas el 25 agosto 1924, junto a los Protocolos modificativos de 23 febrero 1968 y 21 diciembre 1979, y por último, el Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte marítimo de mercancías, hecho en Hamburgo el 31 marzo 1978, tradicional elenco normativo al que debemos sumar ahora el Convenio UNCITRAL 2008, conocido como Reglas de Rotterdam.

Frente a la disparidad de técnicas normativas vigentes en ambos subsectores, la realidad contractual demuestra que también el sector de las pólizas de fletamento reclama la presencia de un esquema normativo uniforme de responsabilidad del porteador, un marco de referencia que aporte la necesaria seguridad jurídica a tales operadores, al determinar un régimen de distribución de riesgos y responsabilidades adecuado a tal tipo de contrato.

La tendencia en favor de la autocomposición de intereses no se ajusta a la demanda de los intereses del sector y la reproducción de esquemas normativos elaborados para otra modalidad contractual es fuente de numerosos problemas interpretativos y de aplicación.

II. Derecho europeo y transporte marítimo

1. El bloque normativo europeo en la Ley de Navegación Marítima

La primera conclusión que cabe inferir del análisis del contenido de la nueva LNM es que el resultado normativo en su conjunto se ha visto enriquecido respecto al trabajo previo realizado en los diversos anteproyectos y proyectos que precedieron a la ahora vigente nueva Ley, y esto queda constatado en una redacción

final más cuidada y completa de toda la dimensión internacional. Pese a esta valoración global positiva, no cabe obviar que el legislador interno parece articular una especie de “guardiana normativo” en todo lo que afecta al Derecho europeo y olvida por momentos incorporar la obligada referencia expresa al mismo.

En particular, la nueva ley parece no advertir en varios apartados el trascendental protagonismo que ostenta el bloque normativo europeo para este particular sector del Derecho del comercio internacional. Como aporte hermenéutico debe tenerse en cuenta que no hay, por ejemplo, referencia alguna al Derecho europeo a lo largo de su preámbulo, a excepción de la indicación de la pertenencia de España *al ámbito comunitario europeo*, para subrayar que dicha realidad conlleva *mayores exigencias en materia de responsabilidad por contaminación marítima*; se trata, por tanto, de una escueta referencia a las exigencias que establece el Derecho de la UE en materia de seguros de grandes riesgos y una indicación sobre la aplicación preferente en materia procesal de los Convenios internacionales y las normas de la UE sobre el Derecho interno.

El nuevo texto normativo no permite apreciar ni identificar ni la magnitud ni la vocación internacional de sus normas, lo cual hubiera permitido al operador jurídico identificar desde su inicio la trascendencia de esta realidad. El artículo primero, dedicado al objeto y ámbito de aplicación, debería haber recogido una clara referencia a dicha dimensión, sin perjuicio de la alusión a la prelación de fuentes y su interpretación recogida y ubicada en el artículo segundo.

En particular, cabe subrayar la ausencia de toda referencia al Derecho europeo en el Título I, dedicado a la ordenación administrativa de la navegación, en concreto en los capítulos dedicados al ámbito de aplicación de las normas de policía, el régimen de estancia en aguas interiores marítimas y en puerto y al régimen general de la navegación marítima, en el que se establece todo el articulado relativo a la lucha contra la contaminación (arts. 32 á 36, dedicados a los planes de preparación y lucha contra la contaminación, la obligación de notificar los actos de contaminación y la colaboración internacional), y donde hubiera sido necesario incorporar una referencia expresa al bloque normativo europeo.

De igual forma, es muy significativa la ausencia de toda alusión a la LOPJ (art. 22) y al Derecho europeo en la redacción del art. 43, inserto en el Capítulo IV concerniente al derecho de paso inocente por el mar territorial (sobre el ejercicio de la jurisdicción civil), ausencia llamativa en comparación con el precepto relativo al ejercicio de la jurisdicción penal en el que sí se ha recogido tal previsión.

En efecto, el art. 43.1º LNM dispone sobre el ejercicio de la jurisdicción civil que,

“Los buques extranjeros que pasen por el mar territorial no podrán ser detenidos o desviados para ejercer la jurisdicción civil respecto a las personas que se hallen a bordo de los mismos.

Sin embargo, el párrafo primero del art. 44 relativo al ejercicio de la jurisdicción penal sí recoge una referencia expresa a la LOPJ y a los tratados aplicables, al establecer que la jurisdicción penal española en relación con los buques extranjeros que se encuentren en el mar territorial nacional se regirá por lo establecido en la LOPJ y en los tratados internacionales aplicables, subrayando en especial el apartado 1 del art. 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. En este aspecto, debemos subrayar que no cabe rehuir ni descuidar por parte del legislador la realidad sobre el alcance de las competencias concretas que en el sector del transporte marítimo ha asumido la Unión Europea.

2. La contaminación marina por hidrocarburos: Derecho marítimo y responsabilidad civil por contaminación.

La creciente especialización del sistema normativo europeo aplicable al sector del Derecho marítimo dedicado a la seguridad marítima y a la contaminación del medio marino¹⁸, hubiera requerido por parte del legislador una alusión directa al Derecho europeo. Un sector, el de la seguridad marítima, en efervescencia, debido lamentablemente a una concatenación sucesiva de siniestros marítimos de consecuencias ecológicas catastróficas y que demandaba de modo urgente e inaplazable una política efectiva de prevención de futuros siniestros dentro de la UE¹⁹, en el que la estrecha interrelación entre normas convencionales y normas europeas complica algo más el análisis de la determinación subjetiva y objetiva de la responsabilidad por contaminación de hidrocarburos²⁰.

Se trata de una materia abordada actualmente desde dos perspectivas diferenciadas: la prevención del riesgo²¹ por un lado, y la reparación del daño medioambiental y del daño privado ocasionado²², por otro.

¹⁸ En relación a la especialización del Derecho marítimo. *vid.* I. Arroyo Martínez, “El Derecho marítimo. Derecho especial o Derecho de la especialización”, *ADM*, vol. XIII, 1996, pp.17-37.

¹⁹ J.J.Álvarez Rubio, “La UE ante el reto de la contaminación marina por hidrocarburos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº especial 99-100, mayo-diciembre 2014, pp. 271-294.

²⁰ Véase sobre la importancia del Derecho europeo y su incidencia sobre el sistema español de Derecho internacional privado entre otros, M.Desantes Real, “La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1993*, Vitoria-Gasteiz, Servicio editorial UPV/EHU, 1994, pp. 84-121.

²¹ Entre otros, cabe citar el Convenio de Montego Bay de 1982 (CNUDM), *BOE*, 12-II-1997; Convenio internacional para prevenir la contaminación por buques de 1973 y el Protocolo de 1978 (MARPOL 73/78), *BOE*, 1-X-1984; Convenio sobre la seguridad de la vida humana en el mar de 1974 y los Protocolos de 1978 y 1988 (SOLAS), *BOE*, 16-VI-1980; y el Convenio internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por hidrocarburos de 1990 (OPRC), *BOE*, 5-VI-1995.

²² Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación por hidrocarburos, Bruselas 29 noviembre 1969 (CLC 1969), *BOE*, 8-III-1976, enmendado mediante protocolo

La LNM regula en su Título IV los accidentes de la navegación, y recoge en su Capítulo V los artículos dedicados a la responsabilidad civil por contaminación (arts. 384 á 391); en particular, el art. 384 regula el ámbito de aplicación de las normas recogidas en este capítulo, al disponer que regirá la responsabilidad civil derivada de daños por contaminación sufridos en las costas y espacios marítimos españoles que procedan de buques, embarcaciones, artefactos navales y plataformas fijas, con independencia de su ubicación. Es decir, el precepto viene a ordenar la responsabilidad civil extracontractual generada por un suceso accidental acaecido durante la navegación y que haya producido daños por contaminación.

En cuanto a los sujetos responsables del hecho contaminante y sus consecuencias, cabe resaltar la referencia directa que realiza el art. 385 de la ley al armador del buque (propietario o no, según lo dispuesto en el art. 145.1º) y al titular del uso o explotación del artefacto naval o plataforma en el momento de producirse el hecho generador de la contaminación como sujetos directos de la obligación de indemnizar.

Se trata de una regulación que difiere de la contenida en el Convenio Internacional de responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (CLC 1992), norma convencional que únicamente contempla la responsabilidad del propietario del buque. Una opción, la del Convenio, más práctica a la hora de averiguar la identidad del propietario del buque mediante la consulta del Registro Mercantil y/o el Registro de Bienes Muebles²³. Tales obligaciones de inscripción son recogidas por la propia LNM en sus arts. 146 (inscripción en el Registro Mercantil) y art. 147 (inscripción en el Registro de Bienes Muebles).

En lo que respecta al fundamento de la responsabilidad civil por contaminación, el art. 386 LNM dispone que,

“1. El armador será responsable de los daños por contaminación por el mero hecho de su producción. No obstante, quedará exonerado si prueba que los daños han sido causados por una fuerza mayor inevitable, por la negligencia de cualquier autoridad que sea responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación, o bien por una acción u omisión intencional de un tercero, a salvo de la responsabilidad que alcance a este último.

modificativo (CLC 1992); Convenio Internacional sobre la constitución de un Fondo Internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (FIDAC), Bruselas, 18 diciembre 1971 (FUND 1971) *BOE*, 11-III-1982, enmendado por protocolo modificativo (FUND 1992); Fondo complementario creado mediante el Protocolo de 2003, el 27 mayo 2003; y el Convenio Internacional sobre responsabilidad nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos por combustible de los buques, de 23 marzo 2001 (BUNKERS 2001), *BOE*, 18-II- 2008.

²³ En tal sentido, *vid.* N.Magallón Elósegui, “La contaminación marina por hidrocarburos y el Proyecto de Ley General de Navegación marítima; una amalgama de Fuentes normativas”, en J.J.Álvarez Rubio (dir.), *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: Prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011, pp. 151– 155.

2. Sin perjuicio de los convenios internacionales que sean de aplicación, la exigencia de responsabilidad se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los atentados al medio ambiente y en el principio de que quien contamina paga”.

De este modo, la LNM configura un sistema de responsabilidad objetiva del armador (propietario o no) o del titular de la explotación del artefacto naval o plataforma²⁴. Se trata de un concepto de responsabilidad que se diseña para el ámbito extracontractual de la responsabilidad civil como respuesta jurídica directa al riesgo que supone la explotación de una actividad económica con ánimo lucrativo.

Y consagra un grado de responsabilidad que sienta su base en torno a los principios de cautela y acción preventiva, principio de corrección en la fuente misma de los atentados al medio ambiente y en el criterio de que “quien contamina paga”, alejándose así de la activación del sistema de responsabilidad exclusivamente por dolo, culpa o negligencia.

Aun así, el propio articulado del capítulo referenciado da cobertura a ciertas causas de exoneración de responsabilidad que podrá hacer valer el armador. De esta forma, quedará exonerado de responsabilidad en aquellos supuestos en que los daños hayan sido causados por fuerza mayor inevitable, por negligencia de cualquier autoridad responsable del mantenimiento de luces u otro tipo de ayudas a la navegación, o incluso por una acción u omisión intencional de un tercero.

Finalmente, si el armador prueba que los daños por contaminación acontecidos se debieron en todo o en parte a una acción u omisión culposa de la persona que los sufrió quedará asimismo exonerado de responsabilidad (art. 387).

Por último, cabe hacer expresa referencia al art. 391 sobre la aplicación preferente de los Convenios internacionales, conforme al cual,

“1. Lo previsto en los convenios internacionales de que España sea parte en materia de responsabilidad civil por daños por contaminación por hidrocarburos o por sustancias nocivas, peligrosas o tóxicas, o por el combustible de los buques, será de aplicación preferente en su ámbito respectivo.

2. No se aplicará lo previsto en este capítulo a los daños causados por sustancias radioactivas o nucleares, que se regularán por sus disposiciones específicas”.

Como antes ha sido indicado, la naturaleza transnacional de la navegación marítima se ha visto reflejada en una sucesiva proliferación de textos normativos internacionales y esta característica del sector ha requerido del legislador interno una

²⁴ Sobre este particular puede verse entre otros, M.J. Rodríguez Docampo, “Responsabilidad civil por contaminación”, en A. Emparanza Sobejano (dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 534-541.

remisión de las normas de la ley a los Convenios internacionales de aplicación preferente en materia de responsabilidad civil por daños ocasionados por contaminación por hidrocarburos o por substancias nocivas, peligrosas y tóxicas, o por el combustible de los propios buques²⁵.

3. Derecho europeo, seguridad marítima y protección del mar frente a la contaminación por hidrocarburos.

En materia de contaminación del medio marino la UE ha avanzado de manera notable mediante la adopción de un gran número de disposiciones normativas que pretenden incrementar la seguridad y dificultar la contaminación en el transporte marítimo²⁶. Cabe hablar incluso de una auténtica hipertrofia normativa, cuya eficiencia solo podrá verse testada en el supuesto, no deseado, de que se produjera una nueva catástrofe marítima derivada de contaminación por hidrocarburos.

Por todo ello, la importancia del bloque normativo europeo no debiera haber pasado inadvertida en las disposiciones de la LNM referentes a la lucha contra la contaminación y a la responsabilidad por contaminación por hidrocarburos.

Es necesario incidir en el refuerzo de la seguridad marítima europea y en una efectiva política marítima que prevenga o frene, en su caso, la contaminación del medio marino por los buques y plataformas marítimas en el desarrollo de su actividad. La creación de la Agencia Europea de Seguridad Marítima pretendió responder de manera uniforme y eficaz a estos objetivos²⁷.

Sin embargo, la normativa en vigor carece de una aplicación eficaz y uniforme en los Estados de la UE, cuestión que debiera abordarse por parte de las instituciones europeas con la finalidad de reducir el falseamiento competitivo existente en el sector mediante la utilización de buques que no cumplen con unos requisitos de seguridad óptimos.

Además de todo ello, es necesario reglamentar o normativizar la acogida de buques en peligro, fijar pautas de indemnización destinadas a sufragar los daños ocasionados en los lugares de refugio e *incluso* precisar un sistema de responsabi-

²⁵ Sobre los Convenios Internacionales aplicables en el Derecho marítimo español puede verse I. Arroyo Martínez, "Derecho marítimo español y convenios internacionales. Luces y sombras", *ADM*, vol. 16, 1999, pp. 21-79; J.J. Álvarez Rubio, "Sector de la responsabilidad por contaminación del medio marino", *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 1993, pp.89 ss.

²⁶ Entre otros, J.M. Sobrino Heredia, "La protección marítima, nueva dimensión de la política marítima en la Unión Europea", *RDCE*, nº 27, 2007, pp. 417-462.

²⁷ En relación a la seguridad marítima europea: J.M. Martín Osante, "Novedades recientes en materia de política comunitaria de seguridad marítima", *Mares y Océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, A Coruña, 22-24 septiembre 2005, pp. 517 ss.

lidad portuaria para aquellos casos en los que no se permita el acceso a puerto de un buque con dificultades. La efectiva puesta en marcha de esta política marítima europea debe fijarse el reto de alcanzar la máxima eficiencia en la lucha preventiva y sancionadora frente a la contaminación marítima.

En este sentido, es indisponible lograr un grado de uniformidad normativa estratégica que permita garantizar los objetivos políticos que se ha marcado la UE en este ámbito, y para ello deben coordinarse necesariamente las legislaciones internas o nacionales referentes al sector marítimo con el denominador común que supone el Derecho europeo.

Debe tenerse en cuenta que las principales medidas adoptadas en esta materia por la UE tienen su base en el título VI dedicado a transporte del TFUE y en los artículos relativos al medio ambiente del título XX²⁸. La UE decidió, tras la tragedia del petrolero *Erika*, establecer unas reglas y estándares comunes mediante una serie de paquetes con la finalidad de armonizar ciertas políticas de prevención (los dos grupos de Directivas denominadas *Erika I* y *Erika II*).

En el primer paquete de medidas *Erika I* se reforzaron las exigencias de la Directiva 94/57/CE, en relación al régimen de control de las sociedades de clasificación, un mayor control del Estado del puerto sobre los buques mediante un mayor porcentaje de inspecciones, y en último término se estableció la progresiva eliminación de los buques monocasco en un intento de emular a la normativa de los Estados Unidos de América que regulaba esta cuestión "*Oil Pollution Act*". Cuestiones que también fue introduciendo de manera progresiva la OMI en las modificaciones realizadas en el Convenio MARPOL 73/78, y que la UE proyectó sobre el Reglamento 417/2002 relativo a medidas de doble casco o de diseño equivalente para los petroleros de casco único²⁹.

En lo que respecta al segundo paquete de medidas (*Erika II*), debe destacarse la materialización de su principal propuesta, la creación de una Agencia Europea de Seguridad Marítima con la finalidad de garantizar un alto nivel de seguridad marítima y aspectos preventivos contra la contaminación de los mares por hidrocarburos en la UE³⁰. De igual forma se propuso la creación de un fondo de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos en agua europeas y un sistema europeo de información y seguimiento sobre el tráfico marítimo. No obstante, el Consejo frenó la creación de un Reglamento sobre la constitución del fondo mencionado (Fondo COPE).

²⁸ Arts. 90 á 100 sobre transportes y arts.191 á 193 sobre medio ambiente.

²⁹ Sobre este particular, J.M. Sobrino Heredia, "La acción de la Unión Europea en materia de seguridad marítima", *REDI*, vol.55, nº 1, 2003, pp. 79-116.

³⁰ *Vid.* a este aspecto: Reglamento (CE) nº1406/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 junio 2002. Modificado por el Reglamento (CE) nº 1644/2003, de 22 julio 2003, que a su vez fue modificado por el Reglamento (CE) nº 724/2004, del Parlamento Europeo, de 31 marzo 2004.

Por último, en el año 2009 una tercera Directiva (*Erika III*) vino a modificar normas europeas anteriores o sugerir nuevos ámbitos de regulación en el seno de la UE. Entre otros cabe citar la Directiva 2009/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 abril 2009, sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento; el Reglamento (CE) n° 391/2009 sobre reglas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y la Directiva 2009/15/CE; la Directiva 2009/16/CE sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto; la Directiva 2009/18/CE sobre principios fundamentales para la investigación de accidentes en el ámbito el transporte marítimo; el Reglamento (CE) n° 392/2009 relativo a la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar ante un accidente (complemento del Convenio de Atenas de 1974), y la Directiva 2009/20/CE relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo³¹.

Todo ello da como precipitado normativo una profusa normativa que hubiese exigido una expresa referencia en el articulado de la nueva LNM en lo concerniente a la lucha contra la contaminación marítima³², con la finalidad de reducir los problemas de implementación por parte de los Estados miembros de algunos de los aspectos de la normativa referida.

III. Contratación marítima internacional y autonomía de la voluntad

1. Pacto atributivo de jurisdicción y las cláusulas arbitrales

La plena aceptación del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes y su articulación como foro de competencia judicial internacional ha de ser ponderada en atención a los respectivos intereses en presencia, e indagar en la capacidad de discernimiento y de libertad que medie al establecer tales cláusulas atributivas de jurisdicción en favor de determinados órganos judiciales. La noción de libertad contractual como concepto básico del Derecho privado se articula en el ámbito

³¹ Puede verse el exhaustivo análisis realizado en torno a la normativa europea por I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “La Unión Europea ante la contaminación del mar por hidrocarburos: una política diseñada a golpe de catástrofe”, en J.J.Álvarez Rubio (dir.), *Las lecciones jurídicas...*, op. cit., pp.78–99.

³² Todo ello con independencia de que se encuentre en vigor en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 41/2010, de 29 de diciembre (BOE, 30–XII– 2010), de protección del medio marino tras la Directiva 2008/56/CE de 17 junio 2008, por la que se establecía un marco de acción europeo para la política del medio marino y mediante la cual se introducía la obligación de lograr un buen estado ambiental de las aguas marinas europeas por medio de la elaboración de estrategias marinas con el objetivo de mantener la biodiversidad, preservar la diversidad y el dinamismo de los océanos y mares que sean limpios, sanos y productivos, cuyo aprovechamiento sea sostenible.

marítimo a través de particulares manifestaciones, como las llamadas cláusulas flotantes de jurisdicción.

Otra problemática específica planteada en este sector se concreta en que dichos acuerdos de elección de foro “convenidos” entre cargador y porteador pueden llegar a producir efectos frente a terceros que no fueron parte en el contrato. Por ello, deberá analizarse así el valor que tendrá, por ejemplo para el destinatario de las mercancías objeto de transporte tal cláusula invocada por el transportista frente a la reclamación que el adquirente de las mismas efectúa por un deterioro o pérdida de éstas.

A su vez, el concreto sector del arbitraje marítimo exige profundizar, desde nuestra óptica de estudio, en sus particularidades y analizar los formularios o clausulados-tipo existentes en la práctica negocial, la actuación de los organismos privados internacionales que desarrollan y promueven tal labor arbitral e indagar asimismo en la regulación contenida en las normas convencionales del sector respecto a tal mecanismo privado de solución de litigios, junto a la problemática derivada de prácticas muy habituales, como las llamadas “cláusulas de incorporación”.

Teniendo presente la permanente interacción existente en el proceso de aplicación de las diferentes normas convencionales vigentes en cada sector del Derecho marítimo y entre éstas y las respectivas legislaciones autónomas o internas correspondientes a los respectivos Estados contratantes, debe efectuarse una reflexión global sobre la operatividad práctica de ambas dimensiones procesales (jurisdicción frente a arbitraje) como cauce de solución de las controversias de naturaleza privada surgidas en el seno del Derecho marítimo. Toda reflexión sobre la opción jurisdicción/arbitraje en este ámbito del Derecho Marítimo debe partir de una doble premisa.

Por un lado, hay que desmitificar todo intento de teorizar en abstracto sobre las supuestas ventajas e inconvenientes de una alternativa frente a otra (atendiendo a factores como la economía, seguridad jurídica, rapidez y especialidad), y en segundo lugar hay que relativizar toda conclusión formulada con pretensión de globalidad, ya que debe descenderse a cada sector específico, al apreciarse ámbitos donde la implantación del arbitraje es amplísima frente a otros en los que carece prácticamente de operatividad práctica.

Cuestiones relativas a la modalidad a través de la cual se exteriorice la voluntad de las partes de someter a un juez o tribunal extranjero un determinado litigio (sumisión expresa o tácita), el doble efecto de la cláusula de elección de foro (*derogatio fori* y *prorrogatio fori*), la interacción existente entre *forum / ius*, las condiciones sustantivas y formales necesarias para la validez del acuerdo, la conexión entre el litigio y el Tribunal elegido, el momento de realización del acuerdo atributivo

de jurisdicción (con anterioridad o tras el evento que constituya el fundamento de la eventual reclamación), la problemática concerniente a la oponibilidad de la cláusula atributiva de jurisdicción frente a terceros no parte en el acuerdo que contiene tal cláusula, o la caracterización del foro de competencia resultante del juego de la autonomía de la voluntad de las partes, junto a la dimensión del arbitraje, deben, entre otras, ser valoradas en el examen del articulado de la nueva LNM.

Como ha sido indicado, la LNM aborda el tratamiento específico de ciertas especialidades procesales de jurisdicción y competencia en el ámbito del transporte marítimo, regulando los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión a determinados foros contenidas en los contratos de utilización del buque y estableciendo los criterios de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan de dichos contratos marítimos.

Por un lado, en cuanto a las cláusulas de sumisión contenidas habitualmente en los documentos y contratos de transporte marítimo (los conocimientos de embarque, las pólizas de fletamento y otros títulos valores) la LNM condiciona su validez a que hayan sido *negociadas individual y separadamente*, no siendo la mera inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de un contrato, por sí sola, prueba de su validez y del consentimiento de las partes.

De acuerdo con el preámbulo de la LNM, su objetivo es tratar de evitar los abusos detectados frecuentemente en el tráfico marítimo, sufridos por terceros poseedores de conocimientos de embarque que se ven obligados a someterse a tribunales extranjeros o a arbitrajes internacionales cuando en realidad no han negociado tales cláusulas o incluso las podían desconocer (como sucede con las cláusulas incorporadas al conocimiento de embarque por referencia a una póliza de fletamento).

El problema real es que en la gran mayoría de los casos (por ejemplo, en la extendida modalidad del transporte de contenedores de línea regular) no existe una negociación individual de los contratos de utilización del buque, suscritos frecuentemente a través de agentes, o que con frecuencia son contratos emitidos unilateralmente por el porteador que el cargador recibe una vez cargada la mercancía, o que son transmitidos por endoso entre compradores de forma sucesiva y que siguen generalmente las previsiones de impresos estandarizados que incluyen cláusulas de sumisión a tribunales extranjeros o arbitraje internacional.

La *ratio* inspiradora del sistema instaurado por la normativa europea, desde la inicial versión del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 hasta el vigente art. 25 del RB I bis, se ha concretado en el deseo de encontrar una solución equilibrada entre los objetivos en presencia, que exigen por un lado proteger a las partes contra cláusulas subrepticamente introducidas y por otra parte evitar un anacrónico afán formalista que paralice el comercio internacional, subrayando que de ningún modo

la exigencia de forma escrita es la única exigible y que la adecuación a una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o conforme a los usos del comercio internacional valida plenamente el acuerdo atributivo de jurisdicción.

Y en este contexto normativo, sabido es que en tales casos la jurisprudencia comparada y la del propio TJUE ha ido flexibilizando progresivamente los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión, atendiendo al criterio de los “usos” comúnmente conocidos y aceptados en el tráfico marítimo internacional. Nuestros tribunales han venido entendiendo que una cláusula contenida en el anverso de un conocimiento de embarque, que sea visible y clara, es válida, y que puede vincular a un tercero (como una aseguradora) que se haya subrogado en la posición jurídica del cargador, a pesar de no haber sido negociada individualmente por este tercero.

Es cierto que la valoración de los requisitos formales y materiales que ha de reunir una cláusula atributiva de jurisdicción convenida por las partes en virtud del juego de su autonomía de la voluntad, así como la extensión, límites y eventual alcance frente a terceros de dicho pacto atributivo de jurisdicción suscita, en el marco de la aplicación e interpretación de la normativa europea y la convencional orientaciones jurisprudenciales internas que, en ocasiones, resultan difícilmente conciliables.

Pero puede afirmarse que desde el año 2000 hasta la actualidad, la interpretación de la remisión que la normativa europea contiene en relación a los *usos del comercio internacional* permite analizar interesantes reflexiones jurisprudenciales, al supeditar la validez de los pactos atributivos de jurisdicción a las pautas hermenéuticas que el TJUE ha ido estableciendo sobre el particular. Así, numerosas resoluciones judiciales internas otorgan plena operatividad y alcance a la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en un conocimiento de embarque, por estimar su tenor conforme a los usos del comercio internacional en este específico sector, al fundamentar la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción a favor de terceros tribunales en su adecuación a los usos del comercio internacional, y en particular, a los imperantes en el ámbito del transporte marítimo.

Las exigencias formales del acuerdo atributivo de jurisdicción, y en particular las cuestiones vinculadas al idioma en que figure redactada la cláusula, la exigencia o no de firma por parte de los contratantes de dicho acuerdo atributivo o pacto y la extensión de sus efectos a terceros no partes en el originario contrato en que se recoge la misma han suscitado igualmente respuestas inicialmente diversas por parte de nuestros tribunales, pero se impone finalmente una orientación jurisprudencial tendente a la interpretación flexible de tales requisitos formales de cara a estimar su validez, y a admitir la cláusula atributiva de jurisdicción contenida en el

conocimiento de embarque, al subrayarse que no cabe imponer requisitos formales adicionales ni diferentes de los fijados en la normativa europea.

Especial interés reviste una argumentación contenida en numerosas resoluciones judiciales para fundamentar la extensión a terceros de la cláusula, al señalar que ninguno de los actores intervino en la negociación del contrato de transporte ni suscribió originalmente los conocimientos de embarque, pero ello no es obstáculo alguno a que resulten vinculados por la cláusula de sumisión, invocando con frecuencia jurisprudencia del TJUE en apoyo de tal orientación.

En efecto, la jurisprudencia del TJUE ha establecido la presunción de que las partes han dado su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso generalizado que las partes conocen o debieran conocer. Es decir, cuando los operadores siguen un comportamiento determinado de forma general y regular al celebrar cierta clase de contratos, como es la inclusión de cláusulas de sumisión en documentos-tipo propios del comercio marítimo internacional, la formación de ese uso no requiere más prueba y se presume que dicha cláusula es conocida y consentida por las partes, pese a no haber sido negociada individualmente.

Junto a estos aspectos técnico-procesales, no debe olvidarse que esta reflexión se centra en un sector, el del transporte marítimo internacional, con unos intereses muy específicos, donde el imperio de la autonomía de la voluntad, los usos del comercio marítimo internacional y, en definitiva, la práctica inveterada seguida por sus operadores parecen haber triunfado definitivamente.

Es preciso valorar con atención el juego de todos esos intereses, ya que se corre el riesgo de obviar los representados por los terceros poseedores del documento acreditativo del transporte (un *bill of lading*, una *charter-party*, un *sea-waybill*, entre otros) ajenos a la relación contractual originaria y que, como consecuencia del imperio de los intereses del tráfico marítimo internacional, pueden ver vulnerados los suyos propios, teniendo que litigar en un país lejano; aquél donde les lleve la presencia en dicho documento –o en el contrato– de una cláusula arbitral –o de sometimiento a la jurisdicción de determinados tribunales estatales– que, en principio, difícilmente han podido conocer previamente y, por lo tanto, aceptar.

La interpretación de dicha aceptación parece ser, en principio, a la luz de la jurisprudencia examinada, una de las claves para valorar la validez de estas cláusulas. La trascendencia práctica que comporta la exégesis de las cláusulas arbitrales –así como las de sometimiento a determinados tribunales estatales– justifica la oportunidad de centrar su análisis en éstas, interés acrecentado por el giro restrictivo adoptado por parte de la nueva LNM.

En definitiva, del tenor literal del art. 468 LNM parece desprenderse que el legislador pretende invertir esta presunción de validez de las cláusulas de sumisión

incluidas en los documentos estándar, cuando indica que, sin perjuicio de lo previsto en los Convenios internacionales y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas de sumisión que no hayan sido negociadas individual y separadamente, sin que su mera inserción en el condicionado impreso sirva por sí solo de base para acreditar su aceptación.

Con ello, se refuerza la idea de proteger los intereses de aquellos usuarios del transporte marítimo que intervienen como terceros ajenos a la relación contractual originaria o que tienen un escaso poder de negociación en los contratos de utilización de los buques.

El panorama aplicativo de esta norma no va a resultar sencillo, será una tarea difícil para los jueces españoles compaginar la noción de “usos” del comercio marítimo internacional (que aboga por una interpretación flexible en torno a la validez de las cláusulas de sumisión marítimas), con el criterio injustificadamente restrictivo fijado en la nueva LNM de exigir la *negociación individual* de estas cláusulas, especialmente atendiendo a la dinámica de las operaciones marítimas, que se caracterizan por la falta de negociación de dichas cláusulas en la práctica en un contexto de agilidad, cronocompetencia y enorme flexibilidad comercial propio de este sector del Derecho del comercio internacional.

La relevante cuestión de la apreciación de la concurrencia del genuino y libre consentimiento de los cargadores en la asunción de las consecuencias procesales derivadas de las cláusulas de elección de foro predispuestas por los armadores en sus conocimientos de embarque ya fue objeto de debate durante los sucesivos proyectos de ley de navegación marítima, y la nueva LNM lo zanja de forma abrupta y no exenta de polémica, al exigir, so pena de nulidad, su negociación separada e individual. Procede, por ello, analizar la eficacia práctica que tendrá la nueva norma aprobada dentro del contexto normativo internacional y europeo en el que va a operar.

Tal y como se indicaba anteriormente, el nuevo art. 468 LNM, que forma parte del capítulo intitulado “De las especialidades de jurisdicción y competencia”, incorpora así reglas específicas de competencia judicial en materia contractual, centradas en regular la eficacia y requisitos de los acuerdos de jurisdicción así como en establecer normas de competencia aplicables en defecto de tales acuerdos. Y regula las cláusulas de jurisdicción, y conforme a cuyo tenor literal,

“Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo”.

Es obvio, pero debe recordarse, que la nueva norma no se ocupa de la atribución de competencia a los tribunales españoles, ya que su alcance queda centrado en el análisis de validez de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera. ¿Qué supone ello? que la nueva ley sólo proyectará su operatividad en relación a la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles, cuando no resulte aplicable el nuevo RB I bis o una norma convencional internacional, como por ejemplo el Convenio de Lugano.

Hay una clara discrepancia en relación a la eficacia derogatoria de la competencia de los tribunales españoles de los acuerdos a favor de tribunales extranjeros entre el tenor del nuevo art. 468 LNM y el derivado del art. 25 RB I bis (la LNM es mucho más restrictiva en su admisión). ¿Qué norma primará? Sin duda alguna, el RB I bis prevalecerá cuando la “jurisdicción extranjera” a la que va referida la sumisión sea la de un Estado de la UE.

Como dejó perfectamente apuntado en una primera valoración en su excelente blog el prof. P. De Miguel Asensio, cuando la “jurisdicción extranjera” seleccionada sea la de un Estado que no es parte del RB I bis, el Convenio de Lugano u otro convenio internacional (de modo que estos instrumentos no sean aplicables), el criterio excesivamente restrictivo que adopta el art. 468 LNM puede llegar a plantear dificultades.

Por ejemplo, tal puede ser el caso en relación con la eventual eficacia en el extranjero (en particular en el Estado designado por la cláusula de jurisdicción) de una resolución española cuando el tribunal español se haya declarado competente pese a existir una cláusula de jurisdicción que, sin haber sido negociada individual y separadamente (como exige en todo caso el art. 468 LNM), forme parte de un contrato en el que se advierta de manera visible de la existencia del acuerdo exclusivo de elección de foro, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato que lo incluyen [*vid.*, *v.gr.*, el estándar utilizado, aunque no se encuentre en vigor, por el art. 67.1º del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008, las denominadas en la práctica “Reglas de Rotterdam”, al que hace referencia la disp. adic. 1ª LNM].

2. Contrato de fletamento, operaciones conexas y eficacia traslativa del conocimiento de embarque

El art. 251 LNM, que aborda la cuestión, clave en la práctica, del conocimiento de embarque y su eficacia traslativa, señala que el adquirente del mismo “adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción

hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX”.

Como es bien conocido, el TJUE al interpretar las disposiciones sobre prórroga de competencia del “sistema” de Bruselas en sus diversas redacciones (desde el viejo Convenio Bruselas de 1968 hasta el vigente RB I bis), ha abordado en varias ocasiones el régimen de los conocimientos de embarque (en particular, en sus sentencias *Tilly Russ*, *Castelletti* y *Coreck Maritime*), concluyendo que cuando según el Derecho nacional aplicable el tenedor no haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones es preciso verificar que ha dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia incluida en el conocimiento de embarque.

En la medida en que sea aplicable el Derecho español, el art. 251 LNM resultará normalmente determinante para concretar en qué medida el adquirente del conocimiento de embarque sucede al transmitente. Cuando la respuesta sea negativa con respecto al acuerdo de jurisdicción, este sólo vincula al adquirente en la medida en que se verifique que ha dado su consentimiento a dicha cláusula conforme a las exigencias del art. 25.1º RB I bis.

En tales circunstancias, cabe entender que precisamente el art. 25.1º RB I bis y su interpretación uniforme prevalecerán sobre la remisión del art. 251 LNM a los términos del capítulo I del título IX (art. 468) LNM (sin perjuicio de que eventualmente sea el Derecho español el que determine si el acuerdo es nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material).

En todo el capítulo dedicado a la regulación del contrato de fletamento en la nueva LNM cabría resaltar que la inicial apuesta del legislador interno español por respetar la autonomía de la voluntad de las partes permite consolidar una orientación acertada, en contraste con otras previsiones procesales llamativamente restrictivas de la misma como las antes indicadas.

En lo positivo cabe subrayar las disposiciones concernientes a los gastos del fletamento por tiempo y por viaje (art. 204.2º), la designación del muelle o lugar de carga (art. 217.1º), o incluso el precepto que regula las operaciones de carga y estiba como operaciones conexas transcendentales para el efectivo transporte de las mercancías por vía marítima y la posibilidad de que las partes acuerden a quién corresponde la realización de dichas actividades y la asunción de los riesgos que puedan acontecer (art. 218)³³.

³³ En relación al carácter predominantemente dispositivo de algunos preceptos referentes a la regulación del contrato de fletamento, es muy clarificador el trabajo realizado sobre el Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima del año 2006 por A. Emparanza Sobejano, “El contenido del contrato de fletamento”, en A. Emparanza Sobejano (dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 327 ss.

Tal valoración positiva se proyecta también sobre la regulación normativa de las operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba especiales de carácter conexo, que demandan una armonización jurídica con la finalidad de reducir la incertidumbre e inseguridad jurídica del operador empresarial y su desconocimiento en ocasiones, por inabarcable, de los usos y costumbres particulares de los distintos centros internacionales de origen y destino, que hacen sin duda alguna de esta tarea algo complejo y que es necesario tener presente en la negociación contractual³⁴.

Por todo ello es necesario resaltar, respecto a la sección dedicada al conocimiento de embarque, el antes citado art. 251 LNM dedicado a la eficacia traslativa del conocimiento de embarque como título valor, conforme a cuyo tenor literal,

“La transmisión del conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas. El adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX”.

De esta manera, habrá que valorar la exigencia que establece la norma sobre la verificación del consentimiento por parte del adquirente respecto de los acuerdos de jurisdicción y arbitraje. Es decir, que con independencia de que la transmisión del conocimiento de embarque produzca idénticos efectos a la entrega de las mercancías sucediendo el adquirente en todos los derechos y obligaciones al transmitente, el adquirente tendrá que dar su consentimiento expreso a los acuerdos existentes en materia de jurisdicción y arbitraje según los términos de los arts. 468 y 469.

Cuestión, como antes se ha apuntado, que difiere de la consolidada interpretación jurisprudencial del TJUE que solo exige la verificación del consentimiento en aquellos casos en los que según el Derecho nacional aplicable el tenedor no haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones.

Así lo ha venido estableciendo de manera reiterada el TJUE en sus sentencias de 19 junio 1984, asunto *Tilly Russ*, (C-71/83), en la de 16 marzo 1999, asunto *Castelletti* (C-159/97); y en la de 9 noviembre 2000, asunto *Coreck Maritime GmbH y Handelsveen BV* y otros (C-87/98).

³⁴ Sobre las operaciones de carga y descarga de las mercancías como cuestión de relevancia jurídica trascendental en el sector del transporte marítimo, *vid.* F.C. López Rueda, *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Vitoria-Gasteiz, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 2005; J.L. Gabaldón García y J.M. Ruiz Soroa, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 666-667; B. García Álvarez, *La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 31-41.

En particular, la STJUE sobre el asunto *Tilly Russ* sentó en su ap. 24 de manera expresa y en relación al art. 17 del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil la base de la doctrina jurisprudencial siguiente:

“En la medida en que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque es válida a efectos de lo prevenido en el art. 17 del Convenio en la relación entre el cargador y el porteador y, en tanto que el tercero tenedor, al adquirir el conocimiento, ha sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones con arreglo al Derecho nacional aplicable, el hecho de que se permita que el tercero tenedor rehuya la obligación respecto al fuero que deriva del conocimiento de embarque, por no haber dado su consentimiento sobre éste último, sería ajeno al objeto del art. 17 que consiste en neutralizar los efectos de las cláusulas que corren el riesgo de pasar desapercibidas en los contratos”.

En similar orientación, y haciendo además expresa referencia al propio asunto *Tilly Russ*, el TJUE volvió a reiterar su posicionamiento en tal sentido en el citado asunto *Castelletti*, al establecer,

“[...] en la medida en que la cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque es válida a efectos del art. 17 del Convenio en la relación entre el cargador y el porteador, dicha cláusula puede ser invocada frente al tercero, tenedor del conocimiento, desde el momento en que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, el tenedor del conocimiento se subroga en los derechos y obligaciones del cargador”.

Finalmente el TJUE reafirmó tal orientación en el asunto *Coreck Maritime*, al establecer que,

“Una cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador e incluida en un conocimiento de embarque produce efectos frente al tercero tenedor del conocimiento siempre y cuando al adquirirlo, éste haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones en virtud del Derecho nacional aplicable. De lo contrario, es preciso verificar que ha dado su consentimiento a dicha cláusula respecto de las exigencias del art. 17, párrafo primero, de dicho Convenio, en su versión modificada”.

En efecto, la conclusión que cabe inferir de la interpretación realizada en las citadas sentencias por el TJUE es que se presume que las partes contractuales han dado su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia inserta en un conocimiento de embarque cuando su comportamiento corresponde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer. Una orientación ciertamente acertada que permite consolidar y garantizar que los usos particulares del sector en el cual las partes ejercen su actividad diaria queden acreditados desde el momento en el que dichos operadores siguen un comportamiento determinado de un modo general y regular en sus relaciones contractuales.

3. Los acuerdos atributivos de jurisdicción y las cláusulas arbitrales

La singularidad que caracteriza al Derecho marítimo y en particular al transporte marítimo de mercancías se observa en la especial fuerza que históricamente, fruto de prácticas inveteradas en el sector, adquirieron y mantienen en la actualidad los usos y prácticas del tráfico comercial internacional desarrollado en el concreto entorno marítimo. No es extraño, así, que el mismo TJUE se haya basado en la noción de los usos y prácticas comerciales marítimas para defender en los últimos tiempos un proceso de flexibilización interpretativa de las cláusulas de foro, extrapolable en gran medida a las cláusulas arbitrales, utilizadas habitualmente para la resolución de innumerables litigios, no sólo marítimos.

Por ello, un aspecto sobre el que cabe insistir y profundizar en la reflexión es el relativo a la inatención o falta de previsión de la LNM de un factor clave, concretado en la ya materializada entrada en vigor del nuevo RB I bis. Esta novedad normativa hubiera demandado un ejercicio de prospección futuro no acometido por el legislador, y que parece traerá consecuencias en su aplicación práctica.

La nueva LNM recoge expresamente en el Capítulo I del Título IX ciertas especialidades en materia de competencia judicial internacional, concretamente en el art. 468 (cláusulas de jurisdicción y arbitraje) y en el art. 469 (criterios de atribución de competencia). Analizado ya con anterioridad el tenor del art. 468, cabe prestar ahora atención al art. 469, conforme al cual,

“1. Salvo que las partes hayan introducido válidamente una cláusula de jurisdicción exclusiva o una cláusula de arbitraje, según lo establecido en este capítulo, se aplicarán los criterios previstos en este artículo.

2. En los contratos de utilización del buque, serán competentes, a elección del demandante, los tribunales del: a) domicilio del demandado; b) lugar de celebración del contrato; c) puerto de carga o descarga.

3. En los contratos auxiliares de la navegación, serán competentes, a elección del demandante, los Tribunales del: a) domicilio del demandado; b) lugar de celebración del contrato; c) lugar de prestación de los servicios [...]”.

Tal y como antes ha sido indicado, el art. 468 recoge una regla referente a los acuerdos atributivos de jurisdicción de carácter expreso que ante la inexistencia de Convenios internacionales aplicables se verá desplazada por el art. 25 RB I bis relativo a la prórroga de la competencia³⁵.

³⁵ En relación a la *prorrogatio fori* y *derogatio fori* entre otros, F. Garau Sobrino, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español”, *CDT*, vol. 2, nº 2, Octubre 2010, pp. 53 ss.

Dicho precepto permite a las partes, con independencia de su domicilio, acordar el sometimiento de sus controversias a los tribunales de un Estado miembro³⁶. Es decir, cualquier cláusula incluida en un contrato de utilización de buque o en los contratos auxiliares de la navegación que atribuya jurisdicción para conocer de una controversia determinada a un tribunal de un Estado miembro de la UE, con independencia de que las partes tengan o no sus domicilios ubicados en la UE, se regirá en cuanto a su validez por lo dispuesto en el mencionado artículo.

El citado art. 25 RB I bis acoge, además de la novedad expuesta, otras no menos significativas. Entre ellas la designación como ley rectora para verificar la validez material de los acuerdos de prórroga de la competencia la ley del Estado miembro designado como competente para conocer de la controversia. O incluso se recoge expresamente en su ap. 5 la completa autonomía de los acuerdos atributivos de competencia que formen parte de un contrato sobre el resto de cláusulas del contrato al disponer que,

“Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato”.

Frente a ello, la norma contenida en el art. 468 de la nueva LNM recoge una interpretación muy restrictiva en cuanto a la operatividad de la *derogatio fori* de los Tribunales españoles ante la existencia de un acuerdo atributivo de jurisdicción a un tribunal extranjero o a un arbitraje en el extranjero, advirtiendo de la nulidad de toda cláusula que no haya sido negociada de forma individual y separada al contrato principal³⁷.

En consecuencia, esto supone que para aquellos casos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes mediante acuerdo atributivo de jurisdicción como competentes para conocer del litigio no estén ubicados en un Estado miembro del RB I bis o no sean parte de un Convenio internacional en vigor en España que contemple o ampare tal posibilidad de autorregulación procesal de las partes, será aplicable el régimen contenido en el mencionado artículo de la LNM, debiéndose entender que si no se cumple con las condiciones exigidas por esta norma en los contratos de utilización de buque o en los contratos auxilia-

³⁶ Sobre tal cuestión, *vid.* P.A. De Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, XXXIV, nº 8013, 2013, pp. 1-4; A.P. Abarca Junco (dir.), “La competencia judicial de los tribunales españoles: Foro de la autonomía de la voluntad”, *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2013, pp. 134 ss.

³⁷ *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima de 17 septiembre 2014. [http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/ los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-html](http://pedromiguelasensio.blogspot.com.es/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la-html).

res de navegación la cláusula del contrato que recoja la sumisión expresa a tribunal extranjero o a arbitraje en el extranjero será nula y se tendrá por no puesta.

En efecto, si esto fuera así y los tribunales españoles tuviesen competencia según los foros objetivos alternativos establecidos en el art. 469 LNM (domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y puerto de carga o descarga para los contratos de utilización de buque; y domicilio del demandado, lugar de celebración del contrato y lugar de prestación de los servicios en lo que respecta los contratos auxiliares de navegación) para conocer de la controversia suscitada después de aplicar de forma rigurosa lo dispuesto en el art. 468 LNM sobre la nulidad de todos aquellos acuerdos atributivos de jurisdicción que no hayan sido negociados de manera individual y separada y que designen como competentes a una jurisdicción extranjera, podría suscitarse un problema de cara al reconocimiento y/o ejecución de la sentencia y respecto a su validez extraterritorial³⁸.

En todo caso, no debe olvidarse que el tribunal de ese tercer Estado designado como competente para conocer del litigio en virtud de la referida cláusula de sumisión expresa podrá entrar a conocer de la controversia, con independencia de la nulidad advertida por la norma española y de su aplicación por parte de los tribunales españoles.

La cuestión que cabría plantearse sería en su caso si una vez declarada nula la cláusula de sumisión expresa por los tribunales nacionales, y en aplicación de lo dispuesto en el art. 469, podría considerarse o no el foro que atribuya competencia a los tribunales españoles como un foro exorbitante que en fase de reconocimiento y ejecución de sentencia se acabe calificando como claudicante. O si, a su vez, la sentencia emitida por el tribunal del tercer Estado designado como competente para conocer según lo dispuesto en el acuerdo atributivo de jurisdicción será o no reconocida en nuestro ordenamiento jurídico³⁹.

Esta previsión normativa recogida en la nueva LNM supone un condicionante limitador de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la jurisdicción competente, choca frontalmente con la realidad actual del sector y actúa en detrimento de la seguridad jurídica.

Además, contiene una consciente imprecisión en las reglas de litispendencia y conexidad que premia al más veloz en la interposición de la acción, permitiendo divergencias en el resultado jurídico final dependiendo de si la demanda se interpone ante la jurisdicción del tribunal de ese tercer Estado designado como compe-

³⁸ M.Gomez Gené, "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima", *CDT*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 118 ss.

³⁹ Sobre este particular, J.M. González Pellicer, "Sobre el artículo 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque", *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 julio 2014, Año XXXV, pp. 8 ss.

tente en el acuerdo atributivo de jurisdicción que decidirá si tiene o no competencia para conocer según su ordenamiento jurídico nacional, o ante los tribunales españoles con la pretensión de conseguir primero una declaración de nulidad de esa cláusula atributiva de jurisdicción no negociada de forma individual y separada (art.468 LNM), y después que el procedimiento se dilucide ante ellos, siempre y cuando eso sí tengan competencia para conocer según los foros contemplados en el art. 469 LNM⁴⁰.

Se trata, en definitiva, de un precepto controvertido que el legislador nacional pretende justificar esgrimiendo en el preámbulo de la propia ley ciertos argumentos nada concluyentes y de dudosa relevancia en cuanto a los efectos que pueda causar en el propio sector del comercio marítimo internacional. Concretamente en este apartado de la ley se dispone que el capítulo dedicado a las especialidades de jurisdicción y competencia tiene como finalidad (respetando la aplicación preferente de las normas contenidas en los convenios internacionales y en el Derecho de la UE),

“[...] tratar de evitar los abusos detectados declarando la nulidad de la cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o a arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente”.

Una orientación como la plasmada en la nueva LNM, contraria a flexibilizar los requisitos formales que han de cumplirse como premisa para estimar la validez de un pacto atributivo de jurisdicción, perjudica una solución equilibrada entre por un lado los objetivos que demandan proteger a las partes contractuales frente a cláusulas subrepticamente introducidas y por otro el objetivo de tratar de evitar un anacrónico afán formalista que entumezca el comercio internacional.

En efecto, de ningún modo una exigencia formal (negociar individual y separadamente un acuerdo de sumisión a una jurisdicción extranjera para una concreta tipología de contratos) debe limitar o condicionar la adecuación y validez plena de una acuerdo atributivo de jurisdicción que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o fueran conformes a los usos de su concreto sector del comercio internacional.

La determinación de la extensión y límites de la autonomía de la voluntad para la materialización de los acuerdos de elección del tribunal competente forma parte de un debate de enorme interés para nuestra disciplina de Derecho internacional

⁴⁰ Respecto a la litispendencia y conexidad internacionales puede verse M.Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, pp. 362-381.

privado, que aflora permanentemente en el estudio de este particular sector del Derecho del transporte internacional.

En este sentido, la visión restrictiva que proyecta el art. 468 supone una limitación de la voluntad de las partes para la elección del foro jurisdiccional que no se sostiene en términos jurídicos y refleja además una desconfianza hacia la autonomía de las partes que contraviene la consagrada práctica o costumbre y usos del sector⁴¹.

A mayor abundamiento, y para acentuar esta percepción de un actuar legislativo interno a “contracorriente” de la tendencia europea e internacional, cabe argumentar que el texto de la LNM se desmarca igualmente del posicionamiento y orientación adoptada por el Convenio de la Haya de 30 junio 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Esta nueva norma convencional dispone en su art. 1.1º relativo al ámbito de aplicación del Convenio que se aplicará en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro⁴², y que dedica su art. 3 a la finalidad de establecer el significado de un acuerdo exclusivo de elección de foro, sus características formales, y el carácter de acuerdo autónomo o independiente respecto al resto de cláusulas contractuales cuando forme parte de un contrato.

Se trata de un texto de enorme interés científico y práctico que habrá que analizarse en su posible proyección y aplicación sobre el particular sector del Derecho marítimo y los contratos auxiliares de la navegación (contrato de gestión naval, contrato de consignación de buques, contrato de practicaaje y contrato de manipulación portuaria)⁴³, debido a la extensa lista de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio recogidas en su art. 2, y que advierte entre otras cuestiones, que no se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro en materia de transporte de pasajeros y de mercancías, contaminación marina, limitación de

⁴¹ J.J. Álvarez Rubio, “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual”, *III Seminario internacional de Derecho Internacional Privado: Autorregulación y unificación del derecho de los contratos internacionales*, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pp. 558–559.

⁴² En relación a la aprobación por parte de la UE del Convenio de la Haya de 2005 que permitirá la entrada en vigor del mismo tras el depósito del instrumento de aprobación por parte de la UE en el plazo de un mes desde el 5 junio 2015, según lo establecido en el art. 2 la propia Decisión del Consejo, dado que México se adhirió al Convenio en 2007 y tan solo se exige que dos Estados sean parte de el para su entrada en vigor, véase el propio texto del Decisión (2014/887/UE) del Consejo de 4 diciembre 2014, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de la Haya, de 30 junio 2005, sobre Acuerdos de Elección de foro.

⁴³ Puede verse sobre los contratos auxiliares de la navegación entre otros, F.C. López Rueda, “De los contratos auxiliares de la navegación”, en A.Emparanza Sobejano (dir.), *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 415–479; *vid.* también sobre el contrato de practicaaje como contrato auxiliar de la navegación marítima, I.Zurutza Arigita, *El practicaaje*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 176–181.

responsabilidad por demandas en materia marítima, las averías gruesas, así como el remolque y salvamento marítimos en caso de emergencia.

Si atendemos a la estricta calificación de los contratos auxiliares de la navegación como contratos funcionalmente instrumentales respecto a la navegación marítima y a lo dispuesto en el informe explicativo del Convenio de 30 junio 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro⁴⁴, debemos prever que el Convenio será aplicable a este tipo de contratos del ámbito del Derecho marítimo.

Este nuevo Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro contribuye de manera eficaz al fomento de la autonomía de las partes en las transacciones comerciales internacionales y a una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales relativas a esas transacciones. En particular, y garantiza a las partes la seguridad jurídica necesaria en cuanto a que su acuerdo de elección de foro será respetado y a que la resolución dictada por el tribunal elegido podrá ser reconocida y ejecutada en asuntos internacionales.

La norma convencional puede tener un desarrollo prometedor en el tráfico transnacional y en los litigios comerciales internacionales, y permitirá garantizar la seguridad jurídica y previsibilidad. Una norma de carácter doble que viene a regular la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones⁴⁵.

En consecuencia, cabe reiterar el escaso recorrido práctico que tendrán las previsiones restrictivas de los artículos 468 y 469 LNM en su prospección internacional sobre los contratos auxiliares de la navegación, es decir aquellos supuestos en los que el tribunal o tribunales extranjeros designados por las partes mediante acuerdo atributivo de jurisdicción no estén ubicados en un Estado miembro del RB I bis o no sean parte de un Convenio internacional del que forme parte España y que contemple o ampare la posibilidad de que las partes regulen este aspecto procesal civil internacional.

Cuestión que también dependerá del número de Estados que se adhieran al Convenio de la Haya de 2005, reduciéndose exponencialmente según el número de adhesiones los supuestos en los que podría aplicarse nuestra norma de origen interno, ya que una vez en vigor la norma internacional, se aplicará preferentemente sobre las normas nacionales.

⁴⁴ T.Harley y M.Dogauchi, *Informe explicativo del Convenio de 30 junio 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro*, Texto adoptado durante la Vigésima Sesión, Editado por la oficina permanente de la Conferencia. Recuperado de: www.hcch.net/upload/expl37s.pdf.

⁴⁵ Sobre los elementos fundamentales del Convenio puede verse el excelente trabajo de R.Arenas García, "La aprobación por la UE del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos", *La Ley*, nº 22, enero de 2015, pp. 35-45.

Por último, es preciso realizar una escueta mención a las normas sobre competencia judicial internacional que contempla el RB I bis y que caben traer a colación en su aplicación sobre el Derecho marítimo internacional, sin ignorar que su aplicación queda condicionada a la inaplicación de las normas de competencia judicial contenidas en los Convenios internacionales especiales.

El RB I bis contempla entre sus disposiciones, normas que en defecto de acuerdo atributivo de jurisdicción, se aplicarán de forma prioritaria a las normas de origen interno contenidas en la LNM. En primer lugar, el art. 7.1º queda dividido en una norma general y dos vertientes contractuales específicas, por un lado la compraventa de mercaderías, y por otro la citada prestación de servicios.

Sin duda, nuestra atención se centrará concretamente en el segundo párrafo del art. 7.1º.b relativo a la prestación de servicios donde cabe incardinar el particular sector del transporte marítimo, un concepto amplio que deberá interpretarse de manera autónoma y que comprende los contratos que generan tanto obligaciones de medios como de resultado. En segundo término, el propio art. 7.7º realiza una mención expresa a la competencia del órgano jurisdiccional del Estado que haya embargado un cargamento para conocer de un litigio relativo al pago de la remuneración reclamada en razón de auxilio o salvamento de los que se haya beneficiado un cargamento o flete.

De igual forma serán aplicables al Derecho marítimo los arts. 9 y 11 RB I bis que vienen al regular la competencia para resolver sobre la limitación de responsabilidad del órgano jurisdiccional que sea competente para conocer de una demanda de responsabilidad derivada de la utilización y explotación de un buque (art. 9), y la competencia del tomador del seguro o el asegurado para demandar al asegurador tanto ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tenga su domicilio, como ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro donde el tomador o asegurado tengan su domicilio, teniendo en cuenta eso sí, las excepciones previstas en los arts. 15 y 16.

En definitiva, verificar el papel que deba reconocerse a la autonomía de la voluntad de las partes en el plano de jurisdicción ordinaria y de arbitraje deviene clave, atendiendo a realidades normativas que aportan respuestas atomizadas y divergentes. Y toda reflexión deberá partir necesariamente de un análisis comparado sobre las previsiones contenidas en relación a este mismo ámbito en otras normas que proyectan su operatividad sobre el sector.

Valorar, con referencia a la evolución de la disciplina internacional en materia de transporte marítimo internacional de mercancías, la relevancia de la autonomía privada en ambas vertientes exige atender a la variada tipología de cláusulas contractuales y su base o cobertura normativa, de forma que no cabe dogmatizar en abstracto acerca de su calificación jurídica.

Y es preciso tener presente la cobertura normativa que subyace tras las cláusulas, ya que el tratamiento que éstas reciben en los diferentes bloques normativos en presencia (Derecho interno, Derecho convencional internacional y Derecho comunitario) difiere o incluso revela, como se ha podido apreciar, contradictorias respuestas normativas a una misma realidad contractual.

A su vez, los ya citados y especiales caracteres del transporte marítimo han ido consolidando la formación progresiva de unos “usos” específicos de dicho sector, que está teniendo una influencia decisiva sobre la resolución de las controversias marítimas, así como sobre la determinación de la Ley aplicable a las mismas.

Son esos “usos” los que están provocando una interpretación flexible de los requisitos formales y sustanciales que toda cláusula arbitral –y de elección de foro– debería satisfacer. Dicha interpretación favorece una “presunción” del cumplimiento de tales requisitos, que, habida cuenta de la práctica marítima, parece compatible únicamente con la figura del cargador, en cuanto parte originaria del contrato frente al porteador.

La duda que se plantea es si debe defenderse una interpretación amplia o restringida respecto a la noción de los “usos” del comercio marítimo internacional y sus efectos sobre tales sujetos. Conforme a la primera, cargador y tercero, en cuanto participantes del tráfico marítimo, estarían expuestos y por ende obligados –ambos– a conocer los “usos” de dicho tráfico, entre ellos, la presencia habitual de cláusulas arbitrales y de foro presentes en un conocimiento de embarque o en una *charter-party*.

Ello supondría apoyar la existencia de un consentimiento y conocimiento “presuntos” de los mismos, que justificaría que la cláusula arbitral –o de foro– sería oponible a cualquiera de ellos, sin exigirse especiales requisitos formales y sustanciales.

El proceso flexibilizador que se proyecta en el sector sobre la validez de las cláusulas de foro y arbitrales marítimas no tiene por qué suponer una progresiva indefensión de la figura del tercero. De hecho, la misma proclamación que el legislador español ha realizado, tras la Ley 60/2003, de una *lex mercatoria* reguladora del convenio arbitral, estaría confirmando la fuerza de los usos del tráfico comercial internacional y, en cierta forma también, el triunfo de esos intereses. Unos intereses que, en último término, pueden favorecer el apoyo de una interpretación flexible y amplia en la valoración –formal y sustancial– de este tipo de cláusulas.

En cuanto a la controvertida alusión a las cláusulas de sumisión a arbitraje recogida en el propio art. 468 LNM, cabe reiterar que su eficacia será menor, debido a la existencia de Convenios internacionales en vigor. No obstante, esta disposición refleja un nuevo descuido del legislador en la redacción del articulado en cuanto a la prelación de fuentes normativas en este particular ámbito del comercio interna-

cional y parece no advertir la aplicación prioritaria de una norma internacional sobre una disposición de origen interno como es la LNM.

La norma contenida en el citado artículo no favorece el reconocimiento arbitral para los contratos de utilización de buque ni para los contratos auxiliares de navegación al ser poco flexible en los requisitos exigidos en cuanto a la validez y eficacia de la cláusula arbitral (que haya sido negociada individual y separadamente)⁴⁶. En este sentido, no cabe obviar que el reconocimiento y la validez de los convenios arbitrales quedan regulados por el Convenio de Nueva York de 10 junio 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (CNY).

Un texto que ostenta una eficacia o aplicación universal o *erga omnes* en nuestro ordenamiento jurídico y regula asimismo los efectos tanto positivos (atribución de la competencia para la resolución de la controversia) como negativos (obligación de los órganos jurisdiccionales de inhibirse ante la existencia de un convenio arbitral válido) inherentes al convenio arbitral⁴⁷.

El concreto sector del *arbitraje marítimo* exige profundizar, desde nuestra óptica de estudio, en sus particularidades y analizar los formularios o clausulados-tipo existentes en la práctica negocial, la actuación de los organismos privados internacionales que desarrollan y promueven tal labor arbitral e indagar asimismo en la regulación contenida en las normas convencionales del sector respecto a tal mecanismo privado de solución de litigios, junto a la problemática derivada de prácticas muy habituales, como las llamadas “cláusulas de incorporación”⁴⁸.

Teniendo presente la permanente interacción existente en el proceso de aplicación de las diferentes normas convencionales vigentes en cada sector del Derecho marítimo y entre éstas y las respectivas legislaciones autónomas correspondientes a los respectivos Estados contratantes, debe efectuarse una reflexión global sobre la operatividad práctica de ambas dimensiones procesales (jurisdicción frente a arbitraje) como cauces de solución de las controversias de naturaleza privada surgidas en el seno del Derecho marítimo. Toda reflexión sobre la opción jurisdicción/arbitraje en este ámbito del Derecho marítimo debe partir de una doble premisa. Por un lado, desmitificar todo intento de teorizar en abstracto sobre las su-

⁴⁶ Sobre la eficacia formal de una cláusulas arbitral inserta en un conocimiento de embarque y el consentimiento como condición de eficacia del convenio arbitral, puede verse entre otros el estudio jurisprudencial comparado de M.Gómez Gene, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 53 ss.

⁴⁷ M.Virgós Soriano, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº14, 2006, p. 15.

⁴⁸ H.A.Grigerá Naón, *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, Tubinga, 1992, formula una atinada reflexión sobre la naturaleza y función propia del arbitraje comercial internacional y la problemática del Derecho aplicable por el árbitro.

puestas ventajas e inconvenientes de una alternativa frente a otra (atendiendo a factores como la economía, seguridad jurídica, rapidez y especialidad), y en segundo lugar relativizar toda conclusión formulada con pretensión de globalidad, ya que debe descenderse a cada sector específico, al apreciarse ámbitos donde la implantación del arbitraje es amplísima frente a otros en los que carece prácticamente de operatividad práctica.

Tanto en la regulación de los criterios atributivos de competencia judicial internacional como en lo relativo a regulación y admisibilidad de los acuerdos de sometimiento a arbitraje debe tenerse presente que cada bloque convencional atiende a los intereses en presencia en cada sector, como reflejo de los fines y objetivos del Convenio.

En efecto, el art. II CNY de 1958 es la norma reguladora de los acuerdos de sumisión a arbitraje en la esfera internacional⁴⁹, y pretende lograr una regulación armonizada al establecer los requisitos mínimos de validez de los convenios arbitrales⁵⁰, y que tiene su reflejo para los arbitrajes nacionales en cuanto a la regulación de la forma y el contenido del convenio arbitral en el art. 9 Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre.

La finalidad del CNY era, tal y como apunta la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), impedir que los laudos arbitrales extranjeros fuesen objeto de discriminación en los Estados contratantes respecto de los laudos nacionales, favoreciendo el reconocimiento y ejecución de dichos laudos en todos los Estados parte del Convenio, y en segundo lugar garantizar que los órganos judiciales de los Estados contratantes reconocieran plena eficacia a los convenios arbitrales acordados entre las partes de la relación contractual que acuerdan someter sus controversias a un arbitraje⁵¹.

La aceptación del CNY 1958 por los actores del arbitraje internacional es innegable. Desde la perspectiva de la Unión Europea todos sus Estados miembros son

⁴⁹ Art. II CNY 1958: “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. 3. El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable.

⁵⁰ En relación al Convenio de arbitraje, deviene ya clásica la reflexión de J.D. González Campos, “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975, pp. 3-42.

⁵¹ Sobre las cláusulas de sumisión a arbitraje, *vid.* W. Tetley “Arbitration & Jurisdiction in Carriage of Goods by sea and Multinational Transport, – Can we have international uniformity?”, *Europ.Trans. Law*, 1998, n° 6, pp. 735-765.

parte del CNY. Ello significa que un laudo arbitral incluido en el ámbito de aplicación del CNY debe ser reconocido en los 149 Estados parte, en contraste con el tratamiento de las resoluciones judiciales, las cuales carecen de un Convenio sobre reconocimiento y ejecución que haya alcanzado tan alto número de adhesiones⁵².

La alternativa de dirigirse a un arbitraje comercial internacional como alternativa a un procedimiento de justicia ordinario en materia de transporte marítimo permite proyectar y consagrar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes. La importancia del arbitraje marítimo en el ámbito comercial internacional se refleja en numerosos sectores del Derecho marítimo, entre otros en: el ámbito del transporte bajo póliza de fletamento; abordajes; el ámbito de la asistencia y salvamentos marítimos; contratos de construcción de buques.

Además, el operador empresarial es consciente que el árbitro es una persona especializada en ese sector determinado y que garantiza el conocimiento de las normas y usos del sector mediante un papel activo a lo largo de todo el proceso.

La realidad normativa es clara: en el ámbito del arbitraje comercial internacional, el art. 468 LNM no puede ser de aplicación. Ello es así porque el reconocimiento del convenio arbitral está regulado por el CNY. Y tal y como ha establecido el TS en su jurisprudencia, el consentimiento –entendido como condición de eficacia o existencia del convenio arbitral– es una cuestión regulada por el mismo precepto. Por otro lado, en aplicación del artículo VII CNY, para reconocer un convenio arbitral debe aplicarse el art. 9 LA, nunca el art. 468 LNM.

Por todo ello, cabe preguntarse para qué y cuál es en realidad el objetivo fallido que perseguía la nueva regulación normativa en su proyección a esta institución arbitral, clave en el sector del transporte marítimo internacional de mercancías.

IV. Embargo preventivo de buques y Derecho procesal civil europeo e internacional

El embargo preventivo de buques también recibe atención en la nueva LNM para aclarar ciertos aspectos no desarrollados en el Convenio de Ginebra de 1999, del que España es parte. Entre ellos destacan la especificación de la competencia para adoptar el embargo preventivo (el juez competente objetivamente para conocer del crédito marítimo, el del puerto en el que se encuentra el buque o aquel al que vaya a arribar, a elección del solicitante), la fijación de la fianza para levantar el embargo preventivo en un 15 por ciento del crédito marítimo alegado y la aclaración de que el juez que ha acordado el embargo preventivo, pero no es compe-

⁵² M. Virgós Soriano, “Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario (Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento), 2006, p. 25.

tente para conocer del fondo del asunto debe conceder un plazo de entre treinta y noventa días para el solicitante de la medida acredite que se ha interpuesto el correspondiente litigio sobre el fondo ante las autoridades extranjeras competentes.

En efecto, el capítulo II de la LNM contiene el régimen del embargo preventivo de buques, que remite al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 marzo 1999, cuyas normas viene a completar. Queda asegurada la detención efectiva del buque (por conducto de la Capitanía Marítima), sin necesidad de acreditar el crédito marítimo ni el peligro por mora procesal y la urgencia (que se presume), remitiendo en todo lo no específico a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La jurisdicción competente para decretar el embargo será, a elección del actor, la del puerto de estadía del buque, aquel donde se espera su arribada o el juzgado que lo sea para conocer de la pretensión principal.

Señala el propio preámbulo de la LNM que de acuerdo con el criterio de no reiterar en la ley aquello que ya está previsto en los convenios internacionales, la regulación contenida en el capítulo II de la nueva norma se limita a completar las especialidades procesales. Entre éstas cabe destacar la fijación de los criterios que servirán al tribunal para determinar la cuantía de la garantía que se exigirá para decretar el embargo, que como mínimo será del 15 por ciento del importe del crédito marítimo.

En este clave sector, y tras la entrada en vigor para España el 14 septiembre 2011 del Convenio de Ginebra de 12 marzo 1999 sobre el embargo preventivo de buques, la nueva LNM mejora sin duda la redacción del art. 538 del anteproyecto de ley de 2006 y del art. 501 del proyecto de ley del mismo año. Ambos preceptos incorporaban por referencia una disposición convencional que no formaba parte del Derecho interno español para regular el embargo de buque por otros créditos cuando en España todavía era aplicable el Convenio sobre embargo preventivo de buques de 1952, Convenio que convivió en su vigencia con el actual texto aplicable hasta que la denuncia efectuada por España el día 28 marzo 2012 desplegó sus efectos.

Aun así, la regulación recogida por esta nueva Ley de Navegación Marítima sobre el embargo preventivo de buques no queda exenta en la actualidad de debate jurídico en su relación con el art. 31 RB I sobre medidas provisionales y cautelares (art. 35 RB I bis).

Debe tenerse en cuenta que el art. 470 del Capítulo II del Título IX sobre el embargo preventivo de buques que recoge la naturaleza y regulación de la medida, alude a la medida cautelar del embargo preventivo remitiéndose a la aplicación de lo regulado en el Convenio sobre embargo preventivo de buques de 1999, a lo dispuesto en la propia ley y, supletoriamente a lo establecido en la LEC, sin refe-

rencia alguna a la LOPJ, ni al Derecho europeo (RB I bis). Ausencia nuevamente sorprendente si tenemos en cuenta que en las materias incluidas dentro del ámbito de aplicación del RB I bis sus disposiciones desplazan a las normas contenidas en el Derecho interno.

Conforme al tenor del art. 470.1º de la nueva LNM,

“La medida cautelar del embargo preventivo de buques, tanto nacionales como extranjeros, se regulará por el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 marzo 1999, por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente, por lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. Dicha medida conllevará necesariamente la inmovilización del buque en el puerto donde se encuentre”.

Cabe recordar, como contraste, el tenor del art. 35 RB I bis, conforme al cual,

“Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto”.

La doctrina ha analizado el hecho de si la adhesión por parte de España al Convenio sobre embargo preventivo de buques de 1999 sin haber realizado reserva alguna respecto a la aplicación del criterio de la *lex fori* como criterio atributivo de competencia para conocer sobre el fondo del asunto (art. 7), podría o no distorsionar la aplicación efectiva del Derecho europeo, afectando incluso en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales en materia civil y mercantil.

Por último, cabe subrayar tres cuestiones que merecen un apunte en relación con el embargo por créditos marítimos (art. 472), el embargo por otros créditos (art. 473), y el deber de iniciar un trámite de constitución del fondo de limitación en un plazo de 10 días por toda persona que invoque en un procedimiento civil el derecho a limitar la responsabilidad que se le reclame (art.488).

En relación al embargo de créditos marítimos debe destacarse la previsión contenida en el párrafo segundo del epígrafe 2 del art. 472, que viene a determinar el importe mínimo de la garantía exigible para decretar el embargo por el juez con la finalidad de garantizar la responsabilidad de daños, perjuicios y costas en las que pudieran incurrirse en un 15% del importe del crédito marítimo alegado. En cuanto al embargo por otros créditos, advertir que el art. 473.3º relativo al embargo de los buques que enarbolan pabellón de un Estado no parte en el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques de 1999, dispone que dichos embargos se regirán de igual forma por el Convenio de 1999, y que además, dichos buques podrán ser embargados por cualquier tipo de créditos.

V. Consideraciones finales

La nueva LNM representa sin duda, y pese a ciertas soluciones legislativas susceptibles de crítica desde nuestra perspectiva de análisis internacional privatista, un avance normativo en nuestro sistema autónomo muy significativo, al dotar al ordenamiento jurídico interno español de un marco legal moderno y sistematizado y que pretende fomentar además una mayor seguridad jurídica y previsibilidad.

¿Consigue la nueva ley alcanzar estos objetivos con su regulación en esta dimensión procesal? en ciertos ámbitos, sin duda, sí; en otros la criticable orientación adoptada por la LNM incrementa la inseguridad jurídica de los operadores del sector y dificulta una siempre recomendable y necesaria labor de prospección jurídica.

Por todo ello, este nuevo texto normativo requiere un examen en profundidad, con el propósito de analizar cómo proyectar sobre el ámbito internacional problemáticas específicas que afloran en el sector del Derecho del transporte marítimo europeo e internacional, derivadas de la permanente interacción de los distintos bloques normativos en presencia; en particular, estas reflexiones pretende analizar y valorar diversas cuestiones controvertidas y jurídicamente relevantes apreciables en el contenido de la nueva Ley adscritas al ámbito o dimensión procesal internacional, seleccionadas dentro de todo un elenco de normas contenidas en la nueva Ley y que presentan gran interés para nuestra disciplina.

La discutible orientación del art. 468 LNM, en su afán de otorgar un proteccionismo si no obsoleto si al menos superado en la práctica de este sector a nivel internacional no va a dejar de plantear distorsiones en su proyección práctica, y en particular, cuando la cláusula de jurisdicción remita a un país fuera de la Unión Europea. Más allá de esta controversia, el resultado de la nueva LNM es en líneas generales satisfactorio, al permitir una regulación moderna, depurada y elaborada con un alto grado de detalle.

No obstante, habría algunos aspectos que hubiesen requerido un ejercicio de prospección futura y otros que demandaban un mayor acierto en cuanto a la importancia del Derecho internacional privado europeo como marco jurídico de carácter institucional, previsible y equilibrado.

En este sentido es absolutamente necesario ser conscientes de que en la actualidad cabe hablar de un DIPr. de la integración como consecuencia de la propia evolución de la sociedad internacional. Los procesos de integración económica y jurídica que han aflorado a nivel mundial en los últimos años han modificado el

tradicional sistema de fuentes normativo de los particulares ordenamientos jurídicos estatales al incorporar el denominado Derecho institucional⁵³.

Además, en un sector tan complejo como el del Derecho del transporte marítimo internacional⁵⁴, y sin perjuicio de las singularidades presentes en cada una de las modalidades de contratación, es necesario que un texto de estas características sea respetuoso con la libertad contractual reconocida tradicionalmente a las partes en este ámbito. La internacionalización de las relaciones contractuales proyectada sobre el ámbito del comercio requiere favorecer un proceso de autorregulación que permita generar una “desnacionalización” o “deslocalización” del régimen normativo regulador del comercio internacional⁵⁵.

Por ello, es necesario que en el inevitable proceso unificador que debe caracterizar al sector del transporte marítimo se promocióne la colaboración y la coordinación entre las diferentes instituciones y organismos especializados para garantizar que se combinen tanto los intereses privados como los intereses geopolíticos de carácter público.

Ello exige una adecuada elección de la herramienta técnica a emplear en cada particular sector con la finalidad de evitar un monopolio de las normas convencionales en la regulación de este ámbito comercial y se permita así valorar otras opciones como los *Standard Contracts / Clauses*, *Model Laws*, *Legal Guidelines and Principles of Conduct*. Ante esta situación, el legislador nacional no puede descuidar la realidad normativa europea e internacional debiendo advertir la prelación de fuentes normativas en este particular ámbito del comercio internacional.

¿Qué conclusiones cabe inferir del análisis de esta dimensión procesal internacional contenida en la nueva LNM?

En primer lugar, que desafortunadamente el art. 468 de la nueva LNM, bajo la orientación genéricamente tuitiva o protectora de intereses de terceros exige la concurrencia de dos premisas o requisitos para validar tanto una cláusula de some-

⁵³ En relación a la integración económica y el desarrollo de un nivel adecuado de coordinación jurídica puede verse entre otros estudios J.M. Gondra Romero, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, en E. García De Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, Civitas, 1986, pp. 275–312.

⁵⁴ En cuanto a la internacionalidad objetiva o intrínseca del Derecho del transporte marítimo puede verse entre otros, S.M. Carbone, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milán, Tela Editoriale, 1988, pp. 55 ss.

⁵⁵ Sobre el Derecho del comercio internacional y el arbitraje comercial internacional, entre otros: Y. Loussouarn y J.D. Bredin, “L’arbitrage commercial international”, *Droit du Commerce International*, París, Sirey, 1969, pp. 84 ss; J.C. Fernández Rozas, “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”, *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000, pp. 161–230.

timiento a tribunales extranjeros como una cláusula arbitral que prevea un arbitraje en el extranjero.

Tales premisas, claramente alejadas de la práctica y usos del sector, consisten en la exigencia de una negociación individualizada y separada de las mismas. la nueva LNM rema en esta troncal materia a contracorriente, y obsesionada con la salvaguardia del principio de seguridad jurídica (que toda ley debe observar, ex art. 9.3º CE) prioriza la consecución de tal principio hasta el punto de restar operatividad al consagrado valor del *favor negotii*.

En segundo lugar, la visión del legislador respecto a la validez de tales cláusulas está mal orientada. Un enfoque razonable hubiera sido aquél que pusiera el acento en la dimensión procesal del reconocimiento de las mismas en España; esto es, una dimensión *ad intra* y no *ad extra*, como la finalmente adoptada por la LNM.

En tercer lugar, y precisamente por esa inadecuación de la previsión interna frente a la orientación regulatoria que caracteriza al propio Derecho europeo y a las normas convencionales del sector, esa visión restrictiva, casi cicatera en la admisión de los acuerdos atributivos de jurisdicción a favor de tribunales extranjeros o de cláusulas arbitrales va a tener escasísima repercusión práctica.

En particular, las cláusulas de sumisión a tribunales españoles o las cláusulas arbitrales que prevean un arbitraje en España no deben reunir los requisitos de validez citados en el art. 468 LNM, y el art. 468 LNM no será de aplicación cuando la cláusula de sumisión inserta en un contrato de utilización de buque o un contrato auxiliar de la navegación remita a los tribunales de un Estado miembro (escenario intraeuropeo). El tenor 25 RB I bis es clarísimo, y extiende su operatividad a toda cláusula de sumisión inserta en uno de los contratos citados. El propio TJUE se ha ocupado de apuntalar esta orientación sin fisuras.

Por último, y en cuarto lugar, respecto a la proyección del art. 468 LNM a litigios extraeuropeos, el panorama práctico para el operador del sector es poco atractivo: no aporta más que problemas y complejidad añadida, con el dato, clave, de que el eventual executur de la sentencia dictada por el tribunal designado por la cláusula deberá ser materializado por nuestros tribunales.

Bibliografía

- Abarca Junco, A.P.: (dir.), "La competencia judicial de los tribunales españoles: Foro de la autonomía de la voluntad", *Derecho Internacional Privado*, Madrid, UNED, 2013, pp. 134 ss.
- Álvarez Rubio, J.J.: *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: Prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Pamplona, Aranzadi, 2011.
- : "La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre el Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales", *La Ley*, 29 octubre 2010, pp. 1-6.

- : “La UE ante el reto de la contaminación marina por hidrocarburos”, *Revista Vasca de Administración Pública*, número especial 99–100, mayo–diciembre 2014, pp. 271–294.
- : “Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía contractual”, III Seminario internacional de Derecho Internacional Privado: Autorregulación y unificación del Derecho de los contratos internacionales, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pp. 558–559.
- : “La alternativa jurisdicción/arbitraje como cauce de solución de controversias privadas en el Derecho marítimo”, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria–Gasteiz, 2000, pp. 57–79.
- Arenas García, R.: “La aprobación por la UE del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro: un cruce de caminos”, *La Ley*, nº22, enero de 2015, pp. 35–45.
- : “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada”, *La Ley*, nº 7601, 2011.
- Arroyo Martínez, I.: “Derecho marítimo español y convenios internacionales. Luces y sombras”, *ADM*, vol. 16, 1999, pp. 21–79.
- Borrás Rodríguez, A.: “La Comunitarización del Derecho Internacional Privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria–Gasteiz (2001)*, Vitoria–Gasteiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2002, pp. 285–318.
- Calvo Caravaca, A.L.: “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 2, 2003, pp. 277–301.
- Carbone, S.M.: *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Milán, Tela Editoriale, 1988.
- : *Lo spazio giudiziario europeo: La Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Turín, G. Giappichelli Editore, 1997.
- Carbone, S.M. y Munari, F.: “Diritto internazionale e traffici marittimi: La codificazione internazionale della disciplina dei traffici marittimi ed il ruolo al riguardo riservato ai soggetti economici privati”, *Regole e organizzazione dei trasporti marittimi internazionali*, Milán, Giuffè, 1990, pp. 7–10.
- De Miguel Asensio, P.: “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, XXXIV, nº8013, 2013, pp. 1–4.
- Desantes Real, M.: “La incidencia de las fuentes de origen institucional (Derecho comunitario europeo) en la configuración del sistema español de Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria–Gasteiz 1993*, Vitoria–Gasteiz, Servicio publicaciones UPV/EHU, 1994, pp. 8–121.
- Diena, G.: “Principes du Droit international privé maritime”, *Recueil des Cours*, t. 51, 1935, pp. 405 ss.
- Emparanza Sobejano, A. (dir.): *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria–Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006.
- Espinosa Calabuig, R.: “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los “usos” del tráfico comercial internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 13, junio 2007, pp.4 ss.
- Fernández Rozas, J.C.: “El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización”. *Escriba. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000, pp. 161–230.
- : “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *RES*, nº 140, 2009, pp. 600 ss.
- : “La ordenación de las relaciones privadas internacionales a través de tratados en las postrimerías de su ciclo histórico”, *El Derecho internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex, 2013, pp. 54–62.
- Gabaldón, J.L. y Ruiz Soroa, J.M.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

- Garau Sobrino, F.: "La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE", *CDT*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 270-281.
- : "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español", *CDT*, vol. 2, nº 2, Octubre 2010, pp. 53 ss.
- García Álvarez, B.: *La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Goldman, B.: "La lex mercatoria dans le contrat et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives", *Journ. dr. int.*, 1979, pp. 475-505.
- Gómez Gené, M.: "Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima", *CDT*, vol. 6, nº 2, Octubre 2014, pp. 118 ss.
- : *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Madrid, Colex, 2000, pp. 53 ss.
- Gondra Romero, J.M.: "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea", en: E.García de Enterría, J.D. González Campos, S.Muñoz Machado, (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 275-312.
- : "La moderna lex mercatoria y la unificación del Derecho del comercio internacional", *RDM*, 1973, pp. 7 ss.
- González Campos, J.D.: "Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Materialisation des règles de Droit International Privé", *Recueil des Cours*, t. 287, 2002, pp. 156 ss.
- : "Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español", *Anuario de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. II, 1975, pp. 3-42.
- González Pellicer, J.M.: "Sobre el art. 468 del Proyecto de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque", *La Ley*, nº 8354, Sección Doctrina, 15 julio 2014, Año XXXV, pp. 8 y ss.
- Guzmán Zapate, M.: "Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?", *La Ley*, 2010, nº 7479, pp. 713 y ss.
- Hill, J.: *The Law Relating to International Commercial Disputes*, Londres, Lloyd's, 1994.
- López Rueda, F.C.: *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Vitoria-Gasteiz, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, 2005.
- Loussouarn, Y. y Bredin, J.D.: "L'arbitrage commercial international", *Droit du commerce international*, París, Sirey, 1969.
- Luzzatto, R.: "Metodi di unificazione del Diritto Marittimo e interpretazione Uniforme", *Dir. Mar.*, 1999-I, pp. 148-151.
- Majoros, F.: *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé theorique et traité pratique*, 2 vols., París, A. Pedone, 1976.
- Malintoppi, A.: *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milán, Guiffre Editore, 1955.
- Martín Osante, J.M.: "Novedades recientes en materia de política comunitaria de seguridad marítima", *Mares y Océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, XXI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, A Coruña, 22-24 septiembre 2005.
- Munari, F.: *Il Diritto Comunitario dei Trasporti*, Milán, Guiffre, 1996.
- Osman, F.: *Les principes Généraux de la Lex Mercatoria: contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, París, LGDJ, 1992.
- Quirós de Sas, Q.: "El nuevo régimen del embargo preventivo de buques en el derecho español", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 32, 2012, pp. 137-141.

- Robert, J.: "L'arbitrage international", *L'arbitrage: droit interne droit international privé*, París, Dalloz, 1983, pp. 219–229.
- Rodríguez Gayán, E.M.: "El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol.XII, 1996, p. 26–28.
- Rubellin–Devichi, J.: "La portée du principe de l'autonomie de la volonté et le problème de l'autonomie absolue de la volonté en matière d'arbitrage", *L'arbitrage: Nature juridique, Droit interne et Droit international privé*, París, LGDJ, 1965, pp. 103–127.
- Sobrino Heredia, J.M.: "La acción de la Unión Europea en materia de seguridad marítima", *REDI*, vol. LV, nº1, 2003, pp. 79–116.
- : "La protección marítima, nueva dimensión de la política marítima en la Unión Europea", *RDCE*, nº 27, 2007, pp. 417–462.
- Tettley, W.: "Arbitration & Jurisdiction in Carriage of Goods by sea and Multinational Transport, – Can we have international uniformity?", *Europ.Trans. Law*, 1998, nº 6, pp. 735–765.
- Treves, T.: "Il nuovo Diritto del Mare e le Convenzioni Internazionali sulla protezione dell'ambiente marino", *Dir. Mar.*, 1999–I, pp. 219–231
- Virgós Soriano, M.: "Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario (Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento), 2006, pp. 25 ss.
- : "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 14, 2006, pp. 15 ss.
- Von Ziegler, A.: "Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law", *Dir. Mar.*, vol. 101, nº 1, 1999, pp. 232–239.

LA APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA SOBRE LOS CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DEL BUQUE Y DE LOS CONTRATOS AUXILIARES DE LA NAVEGACIÓN EN LOS SUPUESTOS INTERNACIONALES

Rafael ARENAS GARCÍA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Contratos regulados en la LNM: 1. Contrato de arrendamiento de buque. 2. Contrato de fletamento. 3. Contrato de pasaje. 4. Contrato de remolque. 5. Contrato de arrendamiento náutico. 6. Contrato de gestión naval. 7. Contrato de consignación de buques. 8. Contrato de practicaje. 9. Contrato de manipulación portuaria. III. Régimen de los contratos marítimos internacionales: 1. Ley aplicable al contrato. 2. Aspectos excluidos de la *lex contractus*: A) Determinación de supuestos; B) Articulación de las relaciones entre diferentes contratos; C) Contratos de utilización del buque y auxiliares de la navegación y responsabilidad extracontractual. 3. Normas imperativas. IV. Conclusión.

RESUMEN: Este trabajo se ocupa de la determinación de los supuestos internacionales en los que resultará aplicable la normativa de la LNM en materia de contratos de utilización del buque y auxiliares de la navegación. La LNM se ocupa de una variedad de cuestiones en relación a estos contratos cuya proyección en los supuestos internacionales depende las previsiones de convenios internacionales, Reglamentos europeos y las normas españolas de DIPr autónomo. El legislador no ha tenido en cuenta de manera específica la aplicación de la LNM en el ámbito internacional, pese a que por la naturaleza de las materias objeto de regulación en la mayor parte de los supuestos la LNM se aplicará en virtud de la remisión que realicen al Derecho español las normas de conflicto.

PALABRAS CLAVE: DERECHO MARÍTIMO – CONFLICTO DE LEYES – NORMAS IMPERATIVAS – REGLAMENTO ROMA I – REGLAMENTO ROMA II – CONVENIO DE ATENAS – REGLAS DE LA HAYA–VISBY.

SUMMARY: *Spanish Maritime Law on Contracts Relating to a Ship in its Use as Such and Contracts Relating to Auxiliary Services to Navigation: Its Application in International Cases*

This paper deals with the determination of the international cases in which the rules of the LNM are applicable. Specifically, in which cases the rules on contracts relating to a ship in its use as such and

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universitat Autònoma de Barcelona.

contracts relating to auxiliary services to navigation are applicable. The LNM addresses a variety of issues in relation to these contracts. The projection of this regulation in international cases is conditioned by international conventions, European regulations and Spanish domestic PIL. The legislator has not taken into account specifically the implementation of the LNM internationally, although because of the nature of the matters subject to regulation, in most cases the LNM will apply under the reference made to the Spanish law by the conflict rules.

KEYWORDS: ADMIRALTY LAW – CONFLICT RULES – LOIS DE POLICE – REGULATION ROME I – REGULATION ROME II – ATHENS CONVENTION – HAGUE-VISBY RULES.

I. Introducción

1. La Ley de Navegación Marítima (LNM) fue finalmente promulgada en el año 2014¹ tras un largo proceso de elaboración. El texto de 2014 toma como base la propuesta presentada en el año 2004 por una Sección Especial de la Comisión General de Codificación presidida por el profesor Justino F. Duque Domínguez e integrada por otros profesores, un notario, un registrador de la propiedad y mercantil y por el subdirector general de ordenación y normativa marítima², propuesta que, a su vez, era resultado de trabajos que se remontaban a los años 80 del siglo pasado³.

Un largo camino de preparación con un objetivo: modernizar la regulación en la materia contenida en el Código de Comercio de 1885 y que, como se ha repetido con cierta frecuencia, ya había nacido vieja⁴. La normativa española debía pasar de la regulación de la navegación a vela (y no se trata de una exageración, el Código de Comercio pensaba más en los buques propulsados por la fuerza del viento que en los que utilizaban el vapor para desplazarse) a la de los buques modernos, y de un tráfico marítimo aún escasamente internacionalizado y llevado por pequeños operadores, a la navegación marítima globalizada y dirigida por operadores mundiales que tenemos en la actualidad.

¹ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, BOE, 25-VII-2014.

² Sobre la composición de la Comisión *vid.* A. Emparanza Sobejano/J.M. Martín Osante, *yen id.* (coords.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 21. Sobre la continuidad entre la propuesta de 2004 y la Ley vigente, *vid.*, M.A. Rueda Pérez, “Documentación y transmisión de buques, embarcaciones y artefactos navales en la nueva LNM”, *El Notario del siglo XXI*, 2015, nº 60, pp. 42-45, p. 42. Sobre los trabajos que llevaron al Anteproyecto de 2004 *vid.* R. Arenas García, “La propuesta de anteproyecto de ley general de navegación marítima”, *AEDIPr*, 2005, t. V, pp. 1252-1256 y referencias allí contenidas.

³ *Vid.* J.F. Duque Domínguez, “La modernización del Derecho marítimo español. La propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación”, en E. Beltrán/R. Lobeto/A.B. Campuzano (eds.), *La modernización del Derecho Marítimo Español. La Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima*, Santander, Autoridad Portuaria de Santander, 2005, pp. 17-32 y pp. 21-23.

⁴ *Vid.* J.F. Duque Domínguez, *loc. cit.*, p. 19.

Existe, además, otro elemento diferenciador claro entre la situación de finales del siglo XIX y los comienzos del XXI. Hace ciento treinta años la regulación internacional de la navegación era prácticamente inexistente fuera de las normas de Derecho internacional público. Durante el siglo XX, sin embargo, los instrumentos internacionales han proliferado y, además, ahora contamos con regulación de la Unión Europea que incide en no pocas de las materias de las que se ocupa la Ley de Navegación. La articulación entre instrumentos internacionales e internos, que siempre ha planteado problemas en esta materia⁵, es actualmente una de las tareas imprescindibles en materia marítima. De hecho, cualquier regulación de origen interno del régimen de la navegación debería partir de la necesidad de que la normativa propuesta haya de operar en el marco de un sistema que es, fundamentalmente, de origen internacional.

Es dudoso que la LNM haya asumido esta posición. Ya en el Anteproyecto de 2004 se apreciaba un tratamiento limitado de las cuestiones internacionales y la situación no ha mejorado en el texto finalmente publicado en 2014. Es cierto que en la propia Exposición de Motivos de la norma se indica que uno de los propósitos de la LNM es su coordinación con el Derecho marítimo internacional, superando las contradicciones entre la normativa de origen interno española y las disposiciones contenidas en convenios internacionales; pero precisamente la técnica de incorporar materialmente la normativa convencional al texto interno puede plantear las mismas dificultades que en su día ya planteó la coordinación entre las Reglas de La Haya de 1924 y la Ley española de 1949⁶. Es cierto que el art. 2 de la Ley dota de clara preferencia a la normativa de origen internacional⁷ y, además, remite también a los tratados internacionales para la interpretación de las normas contenidas en la LNM⁸; pero será la práctica de los próximos años la que nos permita determinar si se consigue esa articulación coherente entre normativa internacional y normativa de origen interno.

⁵ Recordemos las dudas que se han planteado sobre la aplicación directa de las Reglas de La Haya (Convenio de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas relativas a los conocimientos de embarque, *Gaceta de Madrid*, 31 julio 1930) y la Ley de Transporte Marítimo de 22 diciembre 1949, de unificación de reglas en los conocimientos de embarque en buques mercantes (*BOE*, 24-XII-1949) que incorporaba dichas reglas al ordenamiento español (*vid.* J.C. Fernández Rozas y R. Arenas García, “Compraventa y transporte internacional de mercaderías”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 359–446, esp. pp. 400–401).

⁶ *Vid.* nota anterior.

⁷ Art. 2.1º: “La presente ley se aplicará en tanto no se oponga a lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea que regulen la misma materia”.

⁸ *Vid.* art. 2.2º LNM: “En todo caso, para la interpretación de las normas de esta ley se atenderá a la regulación contenida en los tratados internacionales vigentes en España y la conveniencia de promover la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la misma”.

2. En el presente trabajo abordaremos una de las dimensiones de esta proyección internacional de la LNM, la de la determinación de los supuestos en los que la normativa sobre contratos de utilización del buque y contratos auxiliares de la navegación será aplicada en los supuestos internacionales. Esto es, la delimitación del alcance de la LNM en los casos que presenten conexiones con más de un ordenamiento.

Es evidente que la LNM será de aplicación en aquellos casos que sean puramente internos. En tales casos ni siquiera se planteará la necesidad de articular esta norma con la regulación de los convenios internacionales de Derecho material; esto es, aquellos que no determinan el Derecho aplicable, sino que establecen una regulación directa del contrato internacional, ya que tales instrumentos excluyen de su aplicación los supuestos puramente internos⁹. En los casos internacionales, sin embargo, es necesario determinar qué ordenamiento regirá el contrato o relación jurídica y, además, en qué forma incidirá en la regulación la existencia de instrumentos internacionales que incluyen reglas directas en materia marítima. Un estudio global de los supuestos en los que resultará aplicable la LNM en casos conectados con más de un ordenamiento exigiría una aproximación que tuviera en cuenta tanto aspectos de Derecho privado como de Derecho público en relación a materias diversas; por eso aquí se intentará algo mucho más modesto: determinar en qué casos resultarán aplicables las previsiones contenidas en la LNM sobre contratos de explotación del buque y contratos auxiliares de la navegación. De esta forma, el ámbito de estudio se limita al sector contractual (se dejan fuera los accidentes de la navegación) y en relación a contratos determinados, sin entrar en los problemas que plantearía, por ejemplo, la interrelación entre lo contractual y lo real en los negocios de adquisición de buque, por ejemplo¹⁰.

La delimitación propuesta es una tarea que se nos antoja imprescindible. Dada la naturaleza de la actividad marítima, su contexto natural es el internacional; esto es, la LNM operará en la mayoría de los supuestos como consecuencia de la remi-

⁹ Como pueden ser las Reglas de La Haya (en la actualidad, Reglas de La Haya-Visby-Hamburgo-Rotterdam, aunque la última versión de las mismas –Reglas de Rotterdam– aún no se encuentra en vigor) sobre conocimientos de embarque, que solamente resultan aplicables cuando existe algún elemento de internacionalidad en el supuesto (*vid.* art. 5 de las Reglas de Rotterdam: “1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, el presente Convenio será aplicable a todo contrato de transporte en el que el lugar de recepción y el lugar de la entrega estén situados en Estados diferentes, y en el que el puerto de carga de un transporte marítimo y el puerto de descarga de ese mismo transporte estén situados en Estados diferentes...” o el Convenio de Atenas de 13 diciembre 1974 sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar (BOE, 6-V-1987), que, según su art. 2, se aplica a los transportes internacionales, que son definidos en el art. 1.º como aquellos en los que “de acuerdo con el contrato de transporte, el lugar de partida y el lugar de destino, están situados en dos Estados diferentes o en un mismo Estado si con arreglo al contrato de transporte o al itinerario programado hay un puerto de escala intermedio en otro Estado”).

¹⁰ Arts. 62 a 64 LNM. *Vid.* M.A. Rueda Pérez, *loc. cit.*

sión que a la ley española realicen las normas de DIPr, no de forma directa. En realidad, por tanto, la LNM será un elemento auxiliar del sistema de DIPr, una perspectiva que quizás no ha sido tenida suficientemente en cuenta, y que debería ser considerada. No es indiferente la concreción de los supuestos en los que la LNM será aplicada, sobre todo si tenemos en cuenta la divergencia que existe entre los intereses de los cargadores y de los porteadores¹¹

3. La concreción de los supuestos en los que la LNM resultará aplicable se hará desde la perspectiva de las autoridades españolas; esto es, asumiendo que quien ha de resolver la cuestión de Derecho marítimo que se plantee sea un tribunal español. Esta es una opción obligada si tenemos en cuenta que en DIPr no existen soluciones universales, ya que cada autoridad aplica su propio sistema de normas de conflicto¹². Atenderemos, por tanto, a las exigencias del DIPr español, pero en todas sus dimensiones; esto es, autónomo (producido por el legislador interno español), institucional y autónomo¹³. Tal como veremos, sin embargo, el papel central lo asumirá un instrumento concreto, el Reglamento Roma I¹⁴, que desplazará en su propio ámbito de aplicación al DIPr autónomo, aunque deberá aplicarse teniendo en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por España en los distintos convenios internacionales que regulan el tráfico marítimo.

El hecho de que la delimitación del ámbito de aplicación de la normativa de la LNM sobre contratos de utilización del buque y contratos auxiliares de la navegación se ubique en un instrumento europeo implica que las conclusiones que se saquen en relación a aquellos supuestos en que conozcan autoridades españolas serán trasladables en gran medida a los casos en los que conozcan tribunales y demás autoridades de otros Estados miembros de la UE, autoridades y tribunales que deberán aplicar también el Reglamento Roma I en la mayoría de los supuestos en los que se enfrenten a los supuestos que son objeto de regulación en la LNM. De esta forma, no solamente podremos alcanzar una idea aproximada de en qué supuestos la LNM será aplicada por las autoridades españolas, sino también de en qué casos esa ley será considerada en otros Estados miembros de la UE. Eviden-

¹¹ España se situaría entre los países “cargadores”, no entre los países “navieros”, cf. A. Recalde Castells, “Los contratos de utilización del buque”, en A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (coords.), *op. cit.*, pp. 251–287, esp. p. 272.

¹² Sobre esta cuestión sigue siendo de cita obligada el trabajo de J.D. González Campos “Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative en Droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1977–II, t. 156, pp. 229–376, esp. p. 239.

¹³ Sobre la distinción entre DIPr internacional, institucional y autónomo *vid.* J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 7ª ed. 2013, pp. 32–41.

¹⁴ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008.

temente, la aplicación de nuestra norma en Estados no miembros de la UE queda completamente fuera del alcance de este trabajo.

II. Contratos regulados en la LNM

1. Contrato de arrendamiento de buque

4. La LNM regula el contrato de arrendamiento de buque en sus arts. 188 a 202. El contrato se define como aquel en el que a cambio de un precio cierto el arrendador se obliga a entregar un buque determinado al arrendatario para que éste lo use de acuerdo con lo pactado o, en defecto de pacto, según su naturaleza y características¹⁵. La LNM no se limita a la regulación estricta del contrato, sino que también se incluye una previsión sobre prescripción de las acciones¹⁶ y también los efectos del contrato respecto a los terceros adquirentes del buque¹⁷.

En lo que se refiere específicamente al contrato, la LNM establece que ha de realizarse por escrito (art. 189 LNM) y concreta las obligaciones de las partes, tanto en lo que se refiere a la entrega del buque y el estado de navegabilidad de éste, como del pago del precio y de las obligaciones respecto al buque del arrendatario. Además, se regula el subarriendo del buque y la cesión del contrato. En concreto, se especifica que no es posible el subarriendo del buque ni la cesión del contrato sin el consentimiento del arrendador. Por otro lado, los requisitos de forma del contrato de arrendamiento se aplican también al subarriendo y a la cesión del contrato¹⁸. Tal como habíamos visto, además, se incluye una regulación sobre la forma en que el contrato afecta a los adquirentes del buque; efectos que se producirán si el contrato se ha inscrito en el Registro de Bienes Muebles, dependiendo la oponibilidad del contrato de dicha inscripción¹⁹.

¹⁵ Art. 188 LNM.

¹⁶ Art. 202 LNM: “Las acciones derivadas del contrato de arrendamiento de buque prescriben en el plazo de un año, contado desde la fecha de terminación del contrato o de la devolución del buque, si fuera posterior. El plazo no empezará a contar para las acciones derivadas de lo dispuesto en el art. 197 sino que desde que el arrendador se viera obligado a soportar la carga o derecho de que se trate”.

¹⁷ Art. 196 LNM: “El adquirente queda subrogado en el contrato de arrendamiento si el contrato estaba inscrito en el Registro de Bienes Muebles o conocía efectivamente su existencia. En otro caso, el contrato de arrendamiento queda resuelto, aunque en cualquier caso el arrendatario podrá concluir el viaje en curso en el momento de la transmisión”.

¹⁸ Art. 199.2º LNM.

¹⁹ Expresamente, art. 190 LNM: “Para que pueda ser opuesto a terceros de buena fe, el contrato de arrendamiento del buque deberá figurar inscrito en el Registro de Bienes Muebles”.

5. Tal como vemos, la LNM no se limita a concretar el contenido del contrato de arrendamiento y algunos de sus requisitos, sino también aspectos vinculados a la relación del contrato con otros y a la limitación de los derechos del titular del buque. Esta pluralidad de perspectivas tiene también consecuencias para la determinación del alcance internacional de la regulación, ya que exigirá considerar no solamente el Derecho rector del contrato de arrendamiento, sino también los aplicables a las relaciones o derechos que se conectan con él. En el epígrafe III nos ocuparemos de la forma en que las diferentes regulaciones se proyectan sobre los supuestos internacionales.

2. Contrato de fletamento

6. La LNM regula en sus arts. 203 a 286 el contrato de fletamento, que en realidad cubre los dos grandes tipos de transporte de mercancías por mar: el contrato en régimen de conocimiento de embarque y el fletamento por tiempo o viaje. Se trata de dos regímenes diferenciados tanto en su regulación como en los intereses de las partes de uno y otro y también en los principios que lo inspiran. Como es sabido, se trata también de ámbitos en los que existe una regulación internacional detallada y de enorme transcendencia práctica. Los artículos que se dedican a este contrato (o, más propiamente, contratos) son el núcleo de la proyección de la LNM sobre el comercio marítimo.

A continuación se enunciarán las líneas generales de la regulación de la LNM de estos contratos con el fin de destacar aquellos aspectos que tendrán mayor relevancia en relación a la proyección a los supuestos internacionales de la regulación española.

7. La LNM identifica contrato de fletamento y transporte marítimo, definiéndolo como aquel en el que porteador se obliga, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario. Se trata de una categoría que engloba, a su vez, dos tipos diferentes de contrato, lo que podríamos denominar estrictamente contrato de fletamento y el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque²⁰. Supera así la LNM la situación precedente, en la que el contrato de transporte se identificaba, erróneamente, con el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embar-

²⁰ Se supera así el debate sobre la naturaleza jurídica del contrato de fletamento, que no de forma unánime ha sido considerado como un contrato de transporte; *vid.* A. Recalde Castells, *loc. cit.*, pp. 255–261. La opción de la LNM por la consideración unitaria del contrato de fletamento como contrato de transporte es clara, tal como se indica en la exposición de motivos (ap. VI, “Las soluciones recogidas en el texto no se separan de la práctica usual, por lo que el fletamento se configura como contrato de transporte”).

que²¹. La LNM se ocupa de los dos diversos tipos de contrato de transporte, por lo que deberemos distinguir entre lo que podríamos denominar el contrato de fletamento en sentido estricto, aquél en el que el porteador se obliga a poner el buque a disposición del fletador para la realización del viaje o viaje pactados (fletamento por viaje) o durante el tiempo convenido (fletamento por tiempo). En cualquiera de los dos casos el contrato puede referirse a la totalidad o a parte de la cabida del buque²².

El transporte de mercancías por mar puede realizarse también en régimen de conocimiento de embarque. En este caso, el contrato se refiere a mercancías identificadas por su peso, medida o clase. Ciertamente, pueden existir supuestos en los que se planteen dudas sobre la naturaleza del contrato²³; pero, en principio, la distinción entre el fletamento en sentido estricto (por tiempo o viaje, por el total del buque o por parte de su capacidad) y el transporte en régimen de conocimiento de embarque se encuentra en que en el segundo caso se identifican las mercancías objeto del transporte, mientras que en el primero lo que se contrata es la utilización del buque en su totalidad o en parte. Esta distinción no es meramente nominal, sino que afecta a la configuración de la relación. En el caso del contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque lo usual es que el cargador deba someterse a las condiciones que impone el transportista, que podrán figurar en el conocimiento de embarque que se emita en relación a las mercancías transportadas, tal como prevé la regulación española²⁴, y la diferente posición de fletador y cargador en régimen de conocimiento de embarque es relevante en distintos aspectos del contrato²⁵.

²¹ Destaca este tratamiento unitario, ya en el Anteproyecto de 2004 A. Recalde Castells, *loc. cit.*, p. 264. Vid. también *ibidem*, pp. 275-279; A. Emparanza Sobejano, "El contenido del contrato de fletamento", en A. Emparanza Sobejano/J.M. Martín Osante (coords.), *op. cit.*, pp. 323-351 esp. pp. 326-327. Sobre la situación anterior a la reforma vid. F. Sánchez Calero, *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, pp. 128-129.

²² Art. 204.1º LNM: "Cuando el fletamento se refiera a toda o parte de la cabida del buque podrá concertarse por tiempo o por viaje. En el fletamento por tiempo el porteador se compromete a realizar todos los viajes que el fletador vaya ordenando durante el período pactado, dentro de los límites acordados. En el fletamento por viaje, el porteador se compromete a realizar uno o varios viajes determinados".

²³ La distinción fundamental está en la documentación del contrato, cf. E. Sierra Noguero, *El contrato de fletamento por viaje*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2002, p. 42. Sobre las relaciones entre contrato de fletamento y transporte de mercancías, tanto en lo que se refiere a la distinción entre los diferentes tipos de contratos como las relaciones entre todos ellos vid. F. Sánchez Calero, *op. cit.*, pp. 142-149.

²⁴ Art. 205 LNM: "El fletamento también puede referirse al transporte de mercancías determinadas por su peso, medida o clase. En este caso, las condiciones del contrato podrán figurar en el conocimiento de embarque u otro documento similar".

²⁵ Por ejemplo, salvo pacto en contrario, se entiende que la carga de las mercancías corresponde al cargador si el transporte es un fletamento en sentido estricto y al porteador si el transporte es en régimen

8. La regulación de la LNM incluye la enumeración de las obligaciones de las partes, así como los derechos que les asisten, la posibilidad de que el fletador subrogue a un tercero en el contrato (subfletamento)²⁶ o que celebre contratos de transporte en régimen de conocimiento de embarque sobre la base de la utilización del buque fletado²⁷. También existen reglas sobre responsabilidad no contractual, por ejemplo, la prevista en el art. 231 LNM sobre responsabilidad del fletador no solamente respecto al porteador, sino también en relación a los demás cargadores por embarque clandestino de mercancías²⁸.

Especialmente relevantes son las reglas sobre los efectos del contrato respecto a terceros. Así, en lo relativo al pago del flete (art. 235 LNM) donde se establece que en caso de haberlo así pactado cargador y porteador, el destinatario de las mercancías estará obligado al pago del flete si acepta o retira las mercancías. El contrato también despliega efectos respecto a quien sustituye al porteador en el caso de venta del buque una vez iniciada la carga de las mercancías²⁹.

9. La LNM se ocupa también con detalle del régimen del conocimiento de embarque, documento cuya eficacia va más allá del régimen de relaciones entre cargador y porteador, ya que se trata de un título con capacidad de circular³⁰ y que atribuye derechos y obligaciones a su titular que no se identifican con los de las partes originales en el contrato de transporte. Esto implicará que el régimen del conocimiento en tanto que título representativo de las mercancías y en lo que se refiere a los poderes que confiere al tenedor legítimo van más allá de las reglas sobre determinación del Derecho aplicable a los contratos. Nos ocuparemos de esta dimensión en el epígrafe III.

de conocimiento de embarque (art. 218 LNM: “1. Salvo pacto en contrario, el fletador o cargador colocará las mercancías al costado del buque y realizará la carga y estiba de las mismas a su costa y riesgo, con la adecuada diligencia que exija la naturaleza de las mercancías y el viaje a realizar. 2. No serán de aplicación las reglas anteriores en el fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque, en el que el porteador asume, salvo pacto en contrario, la realización a su costa y riesgo de las operaciones de carga y estiba. 3. Aun cuando se pacte que la carga y la estiba sean efectuadas a costa y riesgo del fletador o cargador, el porteador será responsable de las consecuencias derivadas de una estiba defectuosa que comprometa la seguridad del viaje”. La misma distinción se proyecta sobre las operaciones de desestiba y descarga. *Vid.* art. 227 LNM.

²⁶ Art. 206 LNM.

²⁷ Art. 207 LNM.

²⁸ Régimen de responsabilidad que es semejante al que prevé el art. 232 LNM en relación al embarque de mercancías peligrosas.

²⁹ Art. 276.2º LNM: “Si la venta sobreviniese una vez comenzada la carga o hallándose el buque en viaje, el comprador deberá cumplir los contratos referentes a las mercancías a bordo, subrogándose en los derechos y obligaciones del porteador”.

³⁰ *Vid.* art. 250 LNM. El carácter negociable del conocimiento lo diferencia de las cartas de porte marítimo (arts. 268 a 271 LNM). *Vid.* F. Sánchez Calero, *op. cit.*, p. 224.

El carácter ejecutivo del conocimiento de embarque³¹, así como su fuerza probatoria³² nos obligan a considerar su articulación con el Derecho procesal, determinando en qué forma se relaciona con las formas de ejecución forzosa de la obligación y cómo puede ser utilizado en los procedimientos judiciales que puedan plantearse en relación al transporte de las mercancías. Ahora bien, aquí no nos detendremos en estas cuestiones que quedan fuera del objeto de estudio, limitándonos en su momento a la consideración de la incidencia de la ley del lugar de cumplimiento de la obligación en el régimen de utilización del conocimiento ante tribunales y autoridades.

10. Una de las cuestiones más relevantes en la regulación del contrato de transporte marítimo de mercancías es el régimen de la responsabilidad del porteador. Como es sabido, en relación a este régimen es necesario determinar las personas responsables (porteador contractual o efectivo), el régimen de la responsabilidad (por culpa u objetiva), las limitaciones de la responsabilidad y los límites de ésta.

Como en otros aspectos, el régimen de la responsabilidad estará condicionado por la normativa internacional en la materia. España es parte del Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 agosto 1924³³, enmendado por el Protocolo de 23 febrero 1968 y modificados por el Protocolo de 21 diciembre 1979³⁴. En principio, este texto internacional ha de tener aplicación directa en nuestro país como consecuencia de su publicación oficial y según las reglas sobre incorporación de los instrumentos internacionales a nuestro ordenamiento interno. No obstante esto, se ha interpretado que la aplicación de este convenio internacional se ha de realizar a través de la normativa interna; en concreto, la Ley de Transporte Marítimo de 22 diciembre 1949³⁵, que expresamente pretende introducir en nuestro ordenamiento la regulación contenida en el Convenio de 1924³⁶. Esta opción por la aplicación a través de la legislación interna responde a lo previs-

³¹ Art. 253 LNM.

³² Art. 256 LNM.

³³ *Gaceta de Madrid*, 31-VII-1930.

³⁴ *BOE*, 11-II-1984.

³⁵ *BOE*, 24-XII-1949.

³⁶ En la Exposición de Motivos de la Ley se indica “Los acontecimientos que se han sucedido en nuestra Patria desde 1930 han demorado la incorporación de estas normas a nuestra legislación; mas toda vez que en la actualidad siguen latentes con la misma o, si cabe, mayor intensidad los motivos que originaron la celebración del Convenio, se estima llegado el momento de incorporar a nuestro Derecho las reglas del referido Convenio, optando España por el sistema de introducir en su legislación nacional las normas del Convenio de Bruselas en forma apropiada a las peculiaridades del Derecho español, al mismo tiempo que se hace uso de la reserva prevista en el art. 2 del Protocolo de firma, de que el cabotaje nacional puede quedar excluido”.

to en el Convenio, que permite de forma expresa que se le dote de eficacia bien de forma directa bien a través de la legislación interna del Estado³⁷. Este propósito se conseguía por medio de la Ley de Transporte Marítimo de 1949 y por su sucesora, la LNM de 2014.

El propósito de que la LNM responda al cumplimiento de las obligaciones internacionales de España en materia marítima es expreso, e incluso, en el ámbito concreto de la responsabilidad del porteador se incluye una remisión expresa a los instrumentos internacionales de los que es parte España³⁸. Hemos de tener en cuenta, sin embargo, que el Convenio de 1924 establece que ha de aplicarse a cualquier conocimiento relativo a un transporte de mercancías entre puertos pertenecientes a Estados diferentes cuando el conocimiento se libre en un Estado contratante, el transporte se efectúe desde un puerto de un Estado contratante o el conocimiento prevea que el contrato se rija por las disposiciones del Convenio o de cualquier Estado que las palique o dé efecto³⁹. Esta exigencia no se verá cumplida simplemente con la introducción de la regulación convencional en el Derecho interno, ya que la aplicación del Derecho material dependerá de que el Derecho español sea designado como aplicable en un supuesto internacional, bien porque así resulte de la conexión elegida por la norma de conflicto, bien porque las disposiciones nacionales que son fruto de la introducción del Convenio son consideradas como disposiciones imperativas. En el apartado III deberemos considerar esta perspectiva para verificar si la situación actual implica un cumplimiento adecuado de las exigencias convencionales.

11. El régimen de la responsabilidad en este y en otros contratos no puede desconocer la existencia de la posibilidad de limitar la responsabilidad que se prevé en determinados instrumentos internacionales y en el título VII de la LNM. El instrumento internacional de referencia es el Convenio de Londres de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de dere-

³⁷ “Las Altas Partes contratantes podrán dar efecto a este Convenio, ya dándole fuerza de Ley, ya introduciendo en su legislación nacional las reglas adoptadas por el Convenio, en una forma apropiada a esta legislación”.

³⁸ Art. 282.1º LNM: “La responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías transportadas estará limitada, salvo que en el conocimiento de embarque se haya declarado el valor real de tales mercancías, a las cifras establecidas en el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque y los Protocolos que lo modifican en los que España sea Estado parte”.

³⁹ Art. 10 del Convenio de Bruselas de 1924. Los Estados, además, pueden aplicar las reglas del Convenio a conocimientos de embarque diferentes de aquellos en los que tal aplicación es obligada (art. 10, último párrafo: “El presente artículo no constituirá impedimento para que un Estado contratante aplique las disposiciones del presente Convenio a los conocimientos de embarque no aludidos en los apartados que anteceden”).

cho marítimo⁴⁰, convenio modificado por Protocolo de 1996, al que España se adhirió en el año 2004⁴¹. A éste se remite además la LNM, por lo que la regulación específica de esta Ley solamente se aplicará en lo que no esté regulado en estos instrumentos internacionales.

La limitación de responsabilidad que se establece en estos instrumentos y en la LNM operará con independencia de la naturaleza contractual o extracontractual de la acción, por lo que también puede ser aplicada en los supuestos de reclamación basada en la ejecución de un contrato de fletamento⁴². Tal como veremos en el epígrafe III, es relevante la determinación del ámbito de aplicación de esta normativa, que pretende ser considerada en todos los supuestos en que conozcan los tribunales españoles (o los de un Estado parte del Convenio sobre limitación de responsabilidad), lo que tiene incidencia en la determinación de la articulación de esta normativa con la que resulte de la consideración de las normas de conflicto en materia de responsabilidad contractual o extracontractual.

12. Finalmente, ha de indicarse que en la LNM se incluyen reglas de garantía que tienen eficacia real⁴³. Tal como veremos, la determinación de la eficacia de estas reglas no deriva del estatuto contractual, sino del régimen de los derechos reales sobre bienes muebles, siendo las cuestiones contractuales, en todo caso, meras cuestiones previas. También se incluye una regla sobre prescripción⁴⁴ al igual que veíamos en el contrato de arrendamiento de buque, y que, como veremos, planteará la duda sobre si la calificación que corresponde realizar es contractual o procesal.

3. Contrato de pasaje

13. Los arts. 287 a 300 LNM se dedican al contrato de pasaje, que es definido en el art. 287.1º como aquel por el que el porteador se obliga, a cambio del pago de un precio, a transportar por mar a una persona y, en su caso, su equipaje. El pago del precio, sin embargo, no es esencial, ya que tal como indica el art. 287.2º

⁴⁰ Convenio de 19 noviembre 1976, sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, hecho en Londres, ratificado por España mediante Instrumento de ratificación de 22 octubre 1981 (BOE, 27-XII-1986).

⁴¹ Instrumento de Adhesión de 1 diciembre 2004, BOE, 28-II-2005.

⁴² Art. 396.2 LNM: “Las reclamaciones establecidas en el apartado 1, sean cuales fueren los supuestos de responsabilidad, estarán sujetas a limitación de responsabilidad con independencia de que la acción ejercitada posea naturaleza contractual o extracontractual”.

⁴³ Art. 236 LNM: “Las mercancías transportadas estarán afectas preferentemente al pago del flete, demoras y otros gastos ocasionados por su transporte hasta su entrega y durante los quince días posteriores, salvo que en este último plazo se hayan transmitido por título oneroso a un tercero de buena fe”.

⁴⁴ Art. 286 LNM.

LNM, las reglas de la Ley se aplican a los trasportes gratuitos realizados por un porteador marítimo de pasajeros.

La regulación incluye la menciones que han de incorporarse al billete de pasaje (art. 288 LNM), el carácter nominativo o al portador del billete, las obligaciones del porteador (tanto respecto al pasajero como su equipaje) y del pasajero y el régimen de garantías respecto al equipaje de bodega⁴⁵, para el que la LNM se remite al régimen de garantías en el contrato de fletamento. También se prevé la necesidad en determinados supuestos de contratar un seguro obligatorio⁴⁶ y se incluyen ciertas reglas sobre el régimen del seguro y de las acciones que el perjudicado puede dirigir contra el asegurador.

14. La LNM se ocupa también del régimen de responsabilidad del porteador y su limitación. Al igual que sucede en el transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, también en el caso del transporte de pasajeros debe tenerse en cuenta la normativa internacional en la materia; en concreto el Convenio de Atenas de 1974 sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar⁴⁷, modificado por el Protocolo de 1976, también ratificado por España⁴⁸. Además, es preciso tener en cuenta el Reglamento (CE) 392/2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente⁴⁹, instrumento que incorporar algunas de las regulaciones contenidas en el Convenio de Atenas y sus Protocolos.

El Convenio de Atenas, a diferencia del Convenio de Bruselas de 1924, no prevé de forma expresa que puede dársele cumplimiento mediante la modificación del Derecho interno. En cualquier caso, en España no se ha producido una incorporación semejante a la que se hizo del Convenio de 1924 mediante la Ley de Transporte Marítimo de 1949, por lo que en principio el Convenio será de aplicación en sus propios términos en todos los supuestos en los que manifieste su vocación de regir el contrato de pasaje o cualquier otro aspecto vinculado al mismo que sea objeto de regulación en el Convenio. Esta aplicación, sin embargo, deberá articularse con la del Reglamento 392/2009, que tendrá preferencia respecto al Convenio en los casos regulados por aquél⁵⁰. Fuera de los casos en los que se

⁴⁵ Art. 296 LNM.

⁴⁶ Art. 300 LNM.

⁴⁷ Convenio relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, hecho en Atenas el 13 diciembre 1974, *BOE*, 6-V-1987.

⁴⁸ *BOE*, 9-X-1990

⁴⁹ Reglamento (CE) n° 392/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 abril 2009 sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente, DO L 131 28.5.2009.

⁵⁰ Y que vienen determinados en el art. 2 del Reglamento, de acuerdo con el cual se aplicará el Reglamento a los transportes internacionales, según el art. 1.9 del Convenio de Atenas y a los transportes dentro de un mismo Estado miembro en los tipos de buques previstos por el Reglamento (buques de

aplique el Reglamento 392/2009 se aplicará el Convenio de Atenas cuando nos encontremos ante un transporte internacional⁵¹ en el que se de alguna de las condiciones previstas en el art. 2 del Convenio de Atenas (el buque enarbole el pabellón de un Estado parte, o el contrato haya sido concertado en un Estado parte o de acuerdo con el contrato de transporte el lugar de partida o de destino se encuentran en un Estado parte en el Convenio). Solamente en el caso de que no resulten aplicables ni el Reglamento 392/2009 ni el Convenio de Atenas se aplicará la LNM.

De la misma manera que sucede en relación al contrato de transporte de mercancías, también en relación a este contrato resulta relevante la consideración de la normativa sobre limitación de la responsabilidad contenida en convenios internacionales y en el título VII de la LNM. Nos remitimos a las consideraciones hechas en relación al contrato de fletamento y a las que se hacen en el epígrafe III.

15. De acuerdo con lo que se acaba de ver, la LNM tendrá una aplicación subsidiaria respecto a los textos de origen internacional; pero incluso en esta subsidiariedad se volverá a los textos internacionales. Esto es consecuencia de la remisión que incluyen los arts. 298 y 299 LNM al Convenio de Atenas, de tal manera que en todos los supuestos en los que resulte aplicable el Derecho español acabará dándose eficacia al régimen convencional.

Podrían plantearse problemas, sin embargo, cuando resulte aplicable el Convenio de Atenas y, sin embargo, de acuerdo con lo previsto en la norma de conflicto aplicable, no resulte aplicable ni el Derecho español ni el de otro Estado miembro. En este caso el respeto a las obligaciones derivadas del Convenio de Atenas exigiría la aplicación directa de éste. Nos ocuparemos de esta cuestión en el epígrafe III del trabajo.

4. Contrato de remolque

16. El contrato de remolque es definido en el art. 301 LNM como aquel por el que el armador de un buque se obliga, a cambio de un precio, a realizar con el buque la maniobra necesaria para el desplazamiento de otro buque, embarcación o

categorías A y B según lo establecido en la Directiva 98/18/CE) si el buque enarbola el pabellón de un Estado miembro o está matriculado en un Estado miembro, o el contrato de transporte se ha concertado en un Estado miembro o el lugar de partida o destino –según el contrato de transporte– se encuentra en un Estado miembro.

⁵¹ El art. 1.º del Convenio define el transporte internacional como “todo transporte en el que, de acuerdo con el contrato de transporte, el lugar de partida y el lugar de destino, están situados en dos Estados diferentes o en un mismo Estado si con arreglo al contrato de transporte o al itinerario programado hay un puerto de escala intermedio en otro Estado”. Como veremos inmediatamente, se trata prácticamente de los mismos criterios que utiliza el Convenio de Atenas para definir su ámbito de aplicación espacial.

artefacto naval o a prestar su colaboración para las maniobras del buque remolcado o el acompañamiento o puesta a disposición del buque.

17. La regulación se extiende desde el art. 301 hasta el 306, determinándose en estos preceptos ciertas cuestiones relativas al régimen del contrato que hemos de entender supletorias al pacto entre las partes. También se incluyen reglas sobre la responsabilidad por daños tanto entre las partes del contrato como en relación a terceros. Estas últimas previsiones⁵² serán aplicables, tal como veremos en el epígrafe III, de acuerdo con lo que establezca el régimen de responsabilidad respecto a estos terceros.

Como en otros tipos de contratos, en el de remolque también se incluye una previsión sobre prescripción de las acciones.

5. Contrato de arrendamiento náutico

18. El contrato de arrendamiento náutico es aquel en el que arrendador cede o pone a disposición del arrendatario un buque o embarcación por un período de tiempo y con una finalidad exclusivamente deportiva o recreativa⁵³. El arrendamiento puede ser con dotación y sin dotación y quizás el aspecto más relevante de la regulación contenida en la LNM (arts. 307 a 313) es que expresamente se indica que tal regulación tiene carácter imperativo⁵⁴.

19. Como sucede en otros de los contratos regulados en la LNM, la Ley no se limita a ocuparse de aspectos meramente contractuales, sino que se ocupa también del régimen de relaciones entre el arrendatario y la tripulación del buque (si el arrendamiento es con dotación, evidentemente)⁵⁵. También existen normas sobre la suscripción de un seguro obligatorio y sobre la prescripción de las acciones.

6. Contrato de gestión naval

20. El contrato de gestión naval es un contrato auxiliar de la navegación por el que una persona se compromete a gestionar por cuenta y en nombre del armador

⁵² Art. 304.2º LNM: “Ambos armadores serán solidariamente responsables ante terceros por los daños causados por el tren de remolque, salvo en la medida en que alguno de ellos pruebe que tales daños no derivan de causas imputables a su elemento en el tren de remolque. En todo caso procederá el derecho de repetición entre armadores en atención al grado de culpa respectivo”.

⁵³ Art. 307 LNM.

⁵⁴ Art. 308.4º LNM.

⁵⁵ Art. 310º LNM. La regla es que el patrón y la tripulación han de seguir las instrucciones del arrendatario dentro de lo pactado, excepto cuando exista riesgo para la seguridad a bordo o de la navegación, ya que en ese supuesto prevalece el criterio profesional del patrón.

todos o alguno de los aspectos vinculados a la explotación del buque⁵⁶. La regulación que contiene la LNM (arts. 314 a 318) incluye reglas sobre el grado de diligencia del gestor, las relaciones del gestor con terceros, el régimen aplicable a las relaciones entre el armador y el gestor y la forma en que el gestor responderá por los daños que se causen a terceros como consecuencia de las actuaciones del gestor o sus dependientes (art. 318 LNM).

En los supuestos en los que la responsabilidad del gestor naval entre en alguno de los supuestos de limitación previstos en la normativa internacional o en el título VII de la LNM podrá beneficiarse de dicha limitación. Tal como sucede siempre en estos supuestos será preciso delimitar el ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual o extracontractual y el específico de la limitación de responsabilidad que, como hemos visto, opera a partir de un criterio procesal –el conocimiento de los tribunales españoles– con independencia de que el caso presente otros vínculos con nuestro ordenamiento.

7. *El contrato de consignación de buques*

21. El consignatario de buques es un auxiliar del naviero de una importancia capital. La regulación de su figura en la LNM es, por tanto, inexcusable⁵⁷. Ahora bien, en realidad la LNM no ofrece más que la remisión a otras figuras contractuales (contrato de comisión mercantil o contrato de agencia)⁵⁸ y a detallar algunas particularidades de la figura, tanto en lo que se refiere a su relación con el armador o naviero como con los cargadores.

22. El consignatario puede firmar conocimientos de embarque en el marco de su gestión. En el caso de que en ellos haga constar el nombre y dirección del armador o naviero no asume responsabilidad por el transporte, pero si así no lo hace su responsabilidad es solidaria con la del armador o naviero. Así se desprende del art. 321 LNM, en el que se establece expresamente la responsabilidad solidaria a la que nos acabamos de referir. Interpretada dicha mención *a sensu contrario* resultaría que de hacerse la mención no surgiría para el naviero más responsabilidad que la que pudiera derivarse de su propia actuación o de las personas que obran bajo su dirección.

El consignatario, aparte del supuesto que se acaba de indicar –firma del conocimiento de embarque sin hacer constar el nombre y dirección del armador o naviero– no responderá por los daños en la mercancía o por los retrasos que pudieran darse; pero sí que asume la obligación de recibir las reclamaciones o reservas que

⁵⁶ Art. 314º LNM.

⁵⁷ De la que se ocupan los arts. 319 a 324 LNM.

⁵⁸ Art. 320 LNM.

podiera hacer el destinatario de las mercancías al armador o naviero⁵⁹. Estas previsiones de la LNM no afectan directamente a la relación entre el armador y el consignatario, sino a la que existe entre el destinatario de las mercancías y el armador o naviero, lo que resultará relevante para determinar en qué supuestos internacionales tendrán aplicación.

23. La LNM incluye también, en relación al consignatario, dos remisiones más: una a la regulación sobre manipulación portuaria (de la que nos ocuparemos un poco más adelante) y otra a la del transitario (art. 324 LNM). En ambos casos se trata de especificar que las tareas que realice el consignatario fuera de las específicas de su función⁶⁰ vendrán regidas por las normas que con carácter general se apliquen a las mismas sin que se vea modificado el régimen por el que específicamente prevé la LNM para el consignatario de buques⁶¹.

8. Contrato de practicaje

24. Como es sabido, el práctico asesora al capitán de un buque en las maniobras que realiza el barco en las cercanías del puerto. Las particularidades de cada puerto aconsejan la utilización de esta figura con el fin de evitar accidentes como consecuencia de la falta de familiaridad del capitán del buque con el puerto. Se trata de una figura tradicional en el tráfico marítimo ampliamente utilizada⁶².

La LNM se ocupa del contrato de practicaje en los art. 325 a 328, aunque tales preceptos no se limitan a los aspectos puramente contractuales, sino que inciden en la posición del práctico en el buque y sus relaciones con el capitán.

25. El contrato es definido como aquel por el que el práctico se obliga a asesorar al capitán⁶³. Una de las partes del contrato deberá ser, por tanto, el práctico, pero no se indica cuál es la otra. Aparte de esto se establece la obligación de colaborar entre práctico y capitán; obligación que tendrá distinto origen en el caso de uno y otro, pues mientras que para el práctico resultará del contrato de practicaje en el caso del capitán será resultado de la vinculación que tenga con el armador o persona a cargo del buque.

⁵⁹ Art. 322 LNM.

⁶⁰ Y que vienen definidas en el art. 319 LNM: “Se entiende por consignatario a la persona que por cuenta del armador o del naviero se ocupa de las gestiones materiales y jurídicas necesarias para el despacho y demás atenciones al buque en puerto”.

⁶¹ El art. 324 LNM establece que cuando el consignatario lleve actuaciones como transitario o de otra naturaleza tales obligaciones “se añadirán” a las obligaciones previstas para el consignatario.

⁶² Vid. I. Zurutuza Arigita, *El practicaje*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons, 2013, pp. 28–59.

⁶³ Art. 325 LNM.

Esta cooperación, sin embargo, no afecta a la posición del capitán como máximo responsable de la nave y autoridad de mayor rango en la misma, tal como establece el art. 327 LNM. Esta regulación tiene un carácter administrativo, ajena al Derecho privado, pero ha de ponerse en relación con el régimen de responsabilidad de la que también se ocupa la LNM (art. 328), determinando en qué forma capitán y práctico responden ante terceros. En este caso, nos encontramos ante normas que no tienen tanto virtualidad contractual como extracontractual, ya que la reclamación que los terceros puedan dirigir contra el práctico tendrá este carácter, aunque relacionada con la de carácter contractual que los afectados puedan dirigir contra el responsable del transporte.

En relación a esta responsabilidad también pueden operar las reglas sobre limitación de la responsabilidad a las que ya nos habíamos referido en epígrafes anteriores⁶⁴.

9. Contrato de manipulación portuaria

26. Las operaciones de carga, descarga, estiba, almacenamiento, etc. que han de realizarse respecto a las mercancías en puerto pueden ser encargadas a profesionales para su realización, bien por el cargador bien por el destinatario de las mismas. La LNM regula en sus arts. 329 a 338 el régimen de este contrato.

Al igual que veíamos que sucedía con el régimen del contrato de arrendamiento náutico, la LNM hace expreso que las disposiciones sobre responsabilidad del operador tienen carácter imperativo; aunque en este supuesto es posible que el contrato aumente la responsabilidad de éste en beneficio de quien ha contratado el servicio⁶⁵.

27. Como en el resto de contratos marítimos, elemento nuclear en el régimen del contrato es el de la responsabilidad del manipulador. De acuerdo con el art. 333 LNM el operador portuario será responsable por los daños, pérdidas o retrasos en la entrega de la mercancía salvo que pruebe que se debió a causas fortuitas y que había adoptado todas las medidas razonablemente exigibles para evitar el perjuicio. Resulta importante también determinar las presunciones sobre las condiciones de las mercancías en el momento tanto de la recepción por el operador como

⁶⁴ Art. 328.4º LNM: “En los supuestos establecidos en los apartados anteriores resultarán de aplicación las reglas de limitación de responsabilidad de armadores y prácticos”.

⁶⁵ Art. 329.2º LNM: “El régimen de responsabilidad del operador por pérdidas, daño o retraso en la entrega de las mercancías establecido en este capítulo no podrá ser modificado contractualmente en perjuicio del contratante del servicio”.

en el de su entrega, lo que conducirá a la regulación de la documentación de la operación que también es objeto de atención por la LNM⁶⁶.

La LNM también se ocupa de la limitación de la responsabilidad del operador⁶⁷. Como ya hemos visto en otros supuestos de limitación de responsabilidad, tal limitación opera con independencia de que la naturaleza de la reclamación sea contractual o extracontractual, por lo que el régimen previsto va más allá de las relaciones entre las partes en el contrato de manipulación portuaria; estableciéndose, además, la posibilidad de una acción directa del destinatario de las mercancías contra el operador⁶⁸. En los supuestos internacionales será preciso determinar en qué supuestos podrá utilizarse esta acción directa; esto es, si ha de ser el contrato de manipulación o el contrato transporte el que ha de regirse por el Derecho español para que resulte aplicable dicha disposición.

28. En la regulación de este contrato también se incluye una regla sobre prescripción de acciones⁶⁹ y un derecho de garantía⁷⁰ cuya aplicación, en tanto en cuanto tenga eficacia real, deberá determinarse según lo previsto en el Derecho designado por la norma de conflicto relativa a los derechos reales. Nos ocuparemos de esta cuestión en el epígrafe III de este trabajo.

III. Régimen de los contratos marítimos internacionales

1. Ley aplicable al contrato

29. En el epígrafe anterior nos fijábamos en los contratos regulados en la LNM, así como las grandes líneas en el contenido de la regulación. Tal como se adelantaba en la introducción el objeto de este trabajo no es, sin embargo, el estudio de la regulación española, sino la determinación de que en supuestos conectados con más de un ordenamiento tales preceptos tendrán aplicación; para ello hemos de tener en cuenta la naturaleza diversa de las prescripciones contenidas en la LNM. Como hemos visto, en la LNM encontramos tanto regulación relativa al régimen de cada uno de los contratos considerados, como normas sobre la forma en que tales contratos afectan a otros o a ciertos derechos reales y también normas en materia de prescripción o responsabilidad extracontractual. El estudio de la deter-

⁶⁶ Art. 332 LNM.

⁶⁷ Art. 334 LNM.

⁶⁸ Art. 336 LNM.

⁶⁹ Art. 337 LNM: “Las reclamaciones por daños, pérdida o retraso de las mercancías manipuladas prescribirán a los dos años de haber sido entregadas por el operador responsable. En caso de pérdida total, dicho plazo contará desde el día en que hubieran debido ser entregadas”.

⁷⁰ Art. 338 LNM: “El operador de manipulación portuaria tendrá derecho a retener las mercancías en su poder mientras no se le abone el precio debido por sus servicios”.

minación del ámbito de aplicación de estos preceptos en supuestos internacionales exige tener presentes tales diferencias en el contenido de la regulación.

30. En lo que se refiere a la específica regulación de los contratos de utilización del buque y auxiliares de la navegación la determinación de su aplicación en supuestos internacionales dependerá básicamente de lo previsto en el Reglamento Roma I⁷¹, el instrumento de referencia en la determinación del Derecho aplicable en materia contractual. Los contratos en materia marítima no están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento por lo que siempre que el instrumento resulte aplicable deberemos considerarlo en relación a la materia que nos ocupa.

De acuerdo con lo anterior, desde la perspectiva de todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca⁷²; será el Reglamento Roma I el que deberá considerarse respecto a los contratos que entren en su ámbito de aplicación temporal⁷³.

31. El Reglamento incluye una regla especial sobre contrato de transporte de mercancías y otra sobre contrato de pasaje. Evidentemente, ambas serán relevantes para los dos contratos nucleares en materia marítima y en la estructura de la LNM: el contrato de fletamento y el contrato de pasaje.

En lo que se refiere al contrato de fletamento, habíamos visto que la LNM unía los dos tipos clásicos de contrato de transporte de mercancías por mar: el contrato de fletamento en sentido estricto y el contrato de transporte en régimen de cono-

⁷¹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008.

⁷² Como es sabido, Dinamarca no participa en los instrumentos europeos que tienen como base jurídica el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (*vid.* considerando n° 46 del Reglamento). El Reino Unido, que al igual que Irlanda tiene la facultad de participar o no en los instrumentos elaborados sobre dicha base jurídica, optó inicialmente por no participar en el Reglamento (*vid.* considerando n° 45 del Reglamento), pero posteriormente decidió incorporarse al mismo (*vid.* la Decisión de la Comisión de 22 diciembre 2008 sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 10 de 15.1.2009; *vid.* la noticia sobre esta incorporación en F. Garau Sobrino, “El Reglamento Roma I entra en vigor en el Reino Unido (DO 15.1.2009)”, *Conflictus Legum*, 15-I-2009, <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2009/01/el-reglamento-roma-i-entra-en-vigor-en.html>).

⁷³ Esto es, los contratos celebrados a partir del 17 diciembre 2009, tal como establece el art. 28 del Reglamento. La redacción originaria del precepto no dejaba claro si los contratos celebrados el día 17 diciembre 2009 entraban (o no) en el ámbito de aplicación del Reglamento, ya que su tenor era que el Reglamento se aplicaría “a los contratos celebrados después del 17 diciembre 2009”; pero advertida la duda sobre el régimen de los contratos celebrados el mismo día 17 se produjo una modificación (disfrazada de corrección de errores) del texto del Reglamento en el sentido de sustituir el “después” por “a partir de”. *Vid.* sobre el cambio F. Garau Sobrino, “Corrección de errores art. 28 Reglamento Roma I”, *Conflictus legum*, 10-XI-2009, <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2009/11/correccion-de-errores-art-28-reglamento.html>). *Vid.* también, A. Dickinson, “Time to Update the Rome I Regulation”, *Conflict of laws*, 6-XI-2009, <http://conflictoflaws.net/2009/time-to-update-the-rome-i-regulation/>).

cimiento de embarque. El Reglamento Roma I, también ofrece una solución única para todos los supuestos de transporte de mercancías, incluyendo además no solamente los casos de transporte marítimo, sino también el transporte terrestre y aéreo. De acuerdo con el art. 5.1º del Reglamento estos transportes, en defecto de elección de ley, se regirán por el derecho del país en el que el transportista tenga su residencia habitual, siempre que el lugar de recepción o entrega de las mercancías o la residencia habitual del remitente también estén situado en ese país. Si ninguna de estas circunstancias concurre en el país de la residencia habitual del transportista se aplicará la ley del lugar de entrega convenido por las partes. Esta ley, sin embargo, podrá ser inaplicable si existe otro Derecho más estrechamente conectado con el caso⁷⁴.

De acuerdo, con el art. 5.1º del Reglamento, y resto de preceptos relevantes para la determinación del Derecho aplicable al contrato de transporte, resultará que el Derecho que regirá en primer lugar el contrato de transporte será el designado por las partes según lo previsto en el art. 3 RR I y en defecto de elección, el Derecho del lugar de la residencia habitual del transportista si se da alguna de las conexiones adicionales con tal Derecho previstas en el art. 5.1º del Reglamento. En ausencia de estas conexiones se aplicará la ley del lugar de entrega convenido. En caso de que haya un Derecho más estrechamente conectado con el caso este Derecho será aplicable, aunque la aplicación de este Derecho más estrechamente conectado no podrá operar en el caso de que haya habido elección de ley según lo previsto en el art. 3 del Reglamento.

La residencia habitual del transportista deberá determinarse según lo previsto en el art. 19 del Reglamento, de acuerdo con el cual cuando nos encontremos ante personas jurídicas tal residencia será el lugar de la administración central de la sociedad salvo que el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento o si según el contrato la prestación tiene que ser realizada por una sucursal, agencia o establecimiento, en cuyo caso la residencia se entenderá ubicada allí donde se ubica la sucursal, agencia o establecimiento. Es obvio que en el caso de los contratos marítimos esta previsión será especialmente relevante, tanto por la circunstancia de que el transportista será con frecuencia una persona jurídica como por el hecho de que no será infrecuente que opere a través de sucursales, agencias u otros establecimientos. En el caso de que sea una persona física la residencia habitual será el lugar de su establecimiento profesional, dado que estará operando en el marco de su actividad profesional; lo mismo será predicable del cargador cuando sea una persona jurídica o actúe en el marco de su actividad profesional; tan solo cuando el cargador sea una persona

⁷⁴ Art. 5.3º LNM: “Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de ese otro país”.

física que actúa fuera de su ámbito profesional será el lugar en el que el individuo se encuentra con ánimo de permanencia.

32. En lo que se refiere al contrato de fletamento en sentido estricto, aquel que no se ve afectado por la regulación sobre transporte en régimen de conocimiento de embarque, no ha de plantear ningún problema la aplicación de la regulación del Reglamento de Roma I, lo que conducirá a la que la normativa contenida en la LNM será aplicable cuando las partes hayan elegido como Derecho aplicable el Derecho español y en ausencia de tal elección –y a salvo de que el Derecho español sea, a la luz de las circunstancias del caso concreto, el Derecho más estrechamente vinculado al caso– cuando en España se encuentre la residencia habitual del transportista (de acuerdo con la concreción de la residencia que se hace en el art. 19 del Reglamento) y, además, sea España el lugar de recepción o entrega de las mercancías o donde se encuentre la residencia habitual del remitente. Si ninguna de estas conexiones se da en España el Derecho español, incluso aunque el transportista tenga su residencia habitual en nuestro país, no resultará aplicable, salvo que sea España el lugar de entrega de la mercancía.

De acuerdo con lo anterior, y dejando siempre a salvo los supuestos en los que se ha elegido la ley rectora del contrato, resultará que la LNM será aplicable con bastante probabilidad cuando España sea el lugar de entrega de las mercancías, ya que en estos supuestos solamente dejaría de ser aplicada si la residencia del transportista se encuentra fuera de España y, además, el lugar de recepción de las mercancías o la residencia habitual del remitente se encuentran en el país de la residencia del transportista.

33. En el caso de los contratos de transporte en régimen de conocimiento de embarque, la situación no es tan sencilla, ya que respecto a estos es obligado dar cumplimiento a las reglas contenidas en el Convenio de Bruselas de 1924 y los Protocolos de 1968 y 1979 que lo modifican⁷⁵. De esta forma, en los casos en los que resulte obligado aplicar este instrumento no podrá darse aplicación al Derecho de un Estado que no incluya el régimen de protección recogido en el Protocolo.

Tal como habíamos visto, el Convenio deberá aplicarse cuando el conocimiento se libre en un Estado contratante o el transporte se efectúe desde un Estado contratante. De esta forma, el criterio determinante para la aplicación del régimen del Convenio será el puerto de origen del transporte, conexión que no implicará la aplicación del Derecho español más que cuando también se encuentre en España la residencia del transportista. En aquellos casos en los que el puerto de origen se encuentre en España o, aún no siendo España el país de origen, se libre el conocimiento de embarque en España, pero no se encuentre en nuestro país la residencia

⁷⁵ *Vid. supra* nº 10.

del transportista resultará que el Derecho español no será aplicable de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Roma I⁷⁶ pese a que sí será obligado dar cumplimiento al Convenio.

En estos supuestos será preciso determinar si la ley aplicable es la de un Estado parte del Convenio que lo haya incorporado a su Derecho interno. En ese supuesto tampoco existirá problema en aplicar el Derecho designado, pues tal aplicación no supondrá desatender las obligaciones convencionales. En caso de que el Estado cuyo Derecho ha de aplicarse según la norma de conflicto sea el de un Estado que no haya introducido en su ordenamiento la protección recogida en el Convenio, éste deberá aplicarse igualmente. De hecho, la práctica de la jurisprudencia española ha sido la de dar aplicación cumulativa al Convenio de Bruselas de 1924 con sus Protocolos modificativos y a la Ley de Transporte Marítimo de 1949 siempre que se dan las condiciones para la aplicación del instrumento internacional⁷⁷. Se elude de esta forma la necesidad de determinar el Derecho aplicable al transporte, por lo que el recurso al Reglamento Roma I quedará reducido a aquellos casos en los que no resulten aplicables las Reglas de La Haya-Visby.

34. En el caso del contrato de pasaje, la determinación del Derecho aplicable debe articularse, tal como habíamos visto con la aplicación del Reglamento europeo 392/2009 y el Convenio de Atenas de 1974 sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar. Estos instrumentos se ocupan de la responsabilidad del transportista por la muerte o lesiones corporales del pasajero en caso de accidente, y también de la pérdida o daños de su equipaje⁷⁸, por lo que en lo que se refiere a estas cuestiones la LNM solamente se aplicará cuando ambos instrumentos no resulten aplicables⁷⁹.

En las materias no reguladas por el Convenio de Atenas y el Reglamento 392/2009 o cuando no resulten aplicables ni uno ni otro la LNM se aplicará de acuerdo con lo previsto en el art. 5.2º RR I. Este apartado incluye un régimen de determinación del Derecho aplicable con una cierta complejidad que prevé tanto la posibilidad de elección de ley (limitada) como la determinación de la ley aplicable en defecto de elección de las partes. Además, y al igual que sucede en el contrato de transporte de mercancías, se incluye una cláusula de excepción⁸⁰ para los casos en los que, no habiendo elección de ley, existe un Derecho más estrechamente

⁷⁶ En caso de que se encuentre en España la residencia del transportista la aplicación del Derecho español requerirá, además, que en España se sitúe la residencia del remitente o el lugar de entrega o recepción. A salvo siempre de la posibilidad de recurrir a la elección de ley.

⁷⁷ Vid. por ejemplo la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de Madrid de 16 septiembre 2014 (*Aranzadi Westlaw*, JUR 2014\238841).

⁷⁸ Vid. art. 3.1º del Convenio de Atenas y el art. 1 del Reglamento 392/2009.

⁷⁹ Sobre el ámbito de aplicación de ambos instrumentos vid. *supra* nº 14.

⁸⁰ Art. 5.3º RR I.

conectado con el caso que el que resulta de los criterios recogidos en el art. 5.2º del Reglamento.

La primera conexión en relación al contrato de pasaje es la elección de ley, aunque tal elección es limitada, ya que solamente puede realizarse en favor de alguna de las leyes previstas en el precepto⁸¹. En caso de no haberse elegido ninguna ley como rectora del contrato se aplicará la ley del país de la residencia habitual del pasajero, siempre que ese país sea también el de origen o destino del viaje. En caso de que sea coincidencia no se dé se aplicará la ley de la residencia habitual del transportista.

De acuerdo con lo anterior resultará que la LNM resultará aplicable –en los casos en los que no haya elección de Derecho– cuando el viajero resida en España y, además, sea España el lugar de destino o de origen del viaje. Y también en aquellos casos en los que la compañía de transporte tenga su residencia habitual en España según el criterio de determinación que recoge el art. 19 RR I⁸² y no se dé que ni el punto de origen del viaje ni de destino se encuentren en el Estado de la residencia del pasajero. Es probable que los residentes en España confíen en que se aplique el Derecho español para los viajes en los que España sea lugar de origen o destino (lo que cubrirá aquellos casos, muy frecuentes, en los que nos encontramos ante un viaje de ida y vuelta); pero no podemos olvidar que la elección de ley puede impedir en este caso la aplicación del Derecho español. En el caso de los viajeros que inicien o concluyan su viaje en España pero no residan ni en nuestro país ni en el otro Estado con el que se conecta el trayecto el Derecho aplicable será, como hemos visto, el de la residencia habitual del transportista⁸³.

35. En otros contratos de utilización del buque o auxiliares de la navegación no nos encontramos con la dificultad que plantea la articulación con textos internacionales específicos en materia marítima. Así, en el contrato de arrendamiento de buque no habrá dificultad en que operen los criterios generales RR I; de tal manera que la LNM se aplicará cuando sea elegido el Derecho español o cuando la residencia habitual del arrendador⁸⁴ se encuentre en España. La utilización de esta conexión se deriva de lo previsto en el art. 4 RR I, donde ante la ausencia de un criterio específico de conexión para el contrato que se trate se ha de aplicar la ley del país en el que tiene su residencia habitual la parte que ha de realizar la

⁸¹ La ley de la residencia habitual del pasajero, la de la residencia habitual del transportista, el lugar en el que el transportista tenga su administración central, el lugar de origen o el lugar de destino del viaje.

⁸² *Vid. supra*, párrafo nº 31.

⁸³ Si residen en ese otro país diferente de España donde se encuentra el origen o el destino del viaje se aplicará al transporte el Derecho de ese país (a salvo siempre de que exista una elección de ley).

⁸⁴ Siempre teniendo en cuenta las previsiones del art. 19 RR I.

prestación característica⁸⁵, que en este caso es la del arrendador, esto es, la de quien tiene la obligación de entregar el buque a cambio de un precio. Como es sabido, esta ley podrá no ser aplicada si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país.

Lo que se acaba de indicar respecto al contrato de arrendamiento de buque es también predicable del contrato de remolque, aunque en este caso, y a falta de elección, la ley aplicable vendrá determinada no por el art. 4.2º RR I, sino por el art. 4.1º.b) relativo a los contratos de prestación de servicios, ya que así debe calificarse el remolque. La diferencia entre el régimen de este contrato y el de arrendamiento de buque, a los efectos que aquí interesan, acaba aquí, ya que el Derecho designado es el del país en el que tiene su residencia habitual la parte que se obliga a realizar el remolque pudiendo esta ley ser excepcionada si excepcionalmente del conjunto de circunstancias se desprende que hay otro Derecho más estrechamente conectado con el caso.

En el contrato de arrendamiento náutico deberemos distinguir entre el arrendamiento sin tripulación y con tripulación. En el primer caso la determinación del Derecho aplicable seguirá el mismo esquema que en el caso del arrendamiento de buque, mientras que en el segundo nos encontraremos ante un contrato de prestación de servicios, debiendo concretarse la ley rectora del contrato, en ausencia de elección, de acuerdo con lo previsto en el art. 4.1º.b) RR I, tal como habíamos visto que sucedía también en el contrato de remolque. De acuerdo con estos preceptos, el contrato de arrendamiento se regirá por el Derecho de la residencia habitual del arrendador, lo que implica que la LNM se aplicará en aquellos casos en los que quien tiene la obligación de poner el buque a disposición es una empresa ubicada en España. Por supuesto, podrá operar también con carácter excepcional la cláusula de escape, de acuerdo con la cual otro Derecho más estrechamente vinculado con el caso podrá desplazar al de la residencia habitual de quien ha de realizar la prestación característica o, específicamente, prestar el servicio. Especial interés tiene en relación al contrato de arrendamiento náutico el carácter imperativo de las disposiciones contenidas en la LNM⁸⁶, al que ya nos habíamos referido, y sobre el que volveremos un poco más adelante⁸⁷.

36. El contrato de gestión naval ha de ser calificado como un contrato de prestación de servicios a efectos de la determinación del Derecho aplicable al mismo, por lo que el Derecho que resultará aplicable será (si no hay elección) el de la residencia habitual del prestador del servicio, esto es, del gestor naval. En el caso del

⁸⁵ Art. 4.2º RR I.

⁸⁶ Art. 308.4º LNM.

⁸⁷ En el apartado que dentro de este epígrafe III se dedica al tratamiento de las normas imperativas.

contrato de consignación de buques el art. 320 LNM establece que si la relación entre el consignatario y el naviero es ocasional se aplicará el régimen de la comisión mercantil y si la relación es continuada podrán aplicarse las reglas del contrato de agencia. A efectos de la calificación del Derecho rector del contrato es indiferente cuál de las dos calificaciones elijamos porque en cualquier caso el Derecho aplicable será el de la residencia del gestor, entendida dicha residencia como el lugar en el que se encuentra su establecimiento principal⁸⁸. Aplicándose el Derecho español sí que será posible tener en cuenta lo previsto en el art. 320 LNM y considerar bien las reglas de la comisión mercantil o del contrato de agencia en función de si la relación es ocasional o continuada.

Evidentemente, en estos casos también opera la posibilidad de elección de ley y de utilización de la cláusula de excepción. En el caso de que el consignatario haya de ser considerado como un agente hemos de tener en cuenta que la regulación española es, como el resto de la europea, fruto de la transposición de la Directiva sobre contrato de agencia⁸⁹, lo que podría tener efectos en aquellos supuestos en los que el contrato está regido por un Derecho extranjero (como consecuencia de la elección realizada por las partes, por ejemplo)⁹⁰. Nos ocuparemos de ello al tratar de las normas imperativas en materia marítima.

37. No deben existir excesivas dudas en cuanto a que el contrato de practicaaje también ha de ser considerado como un contrato de prestación de servicios, de lo que resultaría que las disposiciones de la LNM se aplicarían cuando el práctico tuviese su establecimiento principal en España. En el caso de este contrato resultaría difícil entender que un Derecho diferente del español se aplicase en los casos de prácticos que actuasen en puertos españoles, pero no está excluida la posibilidad de elección de ley, aunque dicha elección no podría evitar la aplicación de las normas de carácter internacionalmente imperativo de la ley española. En el caso

⁸⁸ Art. 19.1.2 RR I: “La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional será el lugar del establecimiento principal de dicha persona”.

⁸⁹ Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 diciembre 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes. DO L 382 de 31.12.1986.

⁹⁰ Vid. STJUE (Sala Quinta) 9 noviembre 2000, as. C-381/98: *Ingmar GB Ltd y Eaton Leonard Technologies Inc.* Como es sabido, en esta decisión se estableció la aplicación de la Directiva, a través del Derecho nacional que la transpone, en tanto que normas imperativas, también en aquellos casos en los que el Derecho rector del contrato, merced a una elección de las partes, fuera el de un Estado tercero. La Sentencia, de una enorme importancia, ha dado lugar a un número muy relevante de comentarios y a un debate relevante en la doctrina. Para una sintética presentación del caso vid. P.A. de Miguel Asensio, “Contratos de colaboración”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 4ª ed., Madrid, Iustel, 2013, pp. 507-567, pp. 513-514. Vid. también A. Font i Segura, “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 noviembre 2000, as. C-381/98, *Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*), *RDCE*, 2001, vol. 5, nº 9, pp. 259-279.

de la normativa sobre el contrato que contiene la LNM no se trata tanto de regular las relaciones entre el práctico y el responsable del buque⁹¹ como de establecer el régimen de relaciones entre capitán y práctico y normas sobre responsabilidad por daños frente a terceros, regulación que no se verá afectada por el régimen contractual.

El contrato de manipulación portuaria también ha de ser considerado como un contrato de prestación de servicios a efectos de determinación del Derecho aplicable según el RR I, lo que conducirá a la aplicación de la LNM en todos los casos en los que el manipulador se encuentre establecido en España, siempre que no hubiera una elección de ley en favor de un Derecho extranjero; aunque, tal como sucede también en relación a otros contratos, las previsiones de la LNM van más allá de lo meramente contractual, por lo que tendrán que ser tenidas también en cuenta en relación al régimen de la responsabilidad extracontractual.

2. Aspectos excluidos de la *lex contractus*

A) Determinación de supuestos

38. En el epígrafe anterior veíamos que las previsiones que contiene la LNM en relación a los contratos de utilización del buque y auxiliares a la navegación no se limita estrictamente a la regulación de los diferentes contratos, sino que también incluye regulación de carácter extracontractual y previsiones sobre la incidencia que tienen los contratos regulados en otros. Esta última es una cuestión capital en el Derecho marítimo, en el que es habitual que exista una divergencia entre aquellos que asumen la realización del transporte y quienes efectivamente se ocupan del traslado de las mercancías, planteándose dudas sobre la naturaleza de la relación que vincula a dichos porteadores efectivos y la persona que encarga la realización del transporte. Además, es posible que este último transfiera su posición en el contrato al destinatario de las mercancías, lo que puede complicar aún más la articulación de las relaciones entre los distintos interesados, ya sin contar con que es también frecuente que los aseguradores se subroguen en la posición de algunas de las partes y ejerciten las acciones que les corresponden a éstas frente a los responsables del deterioro, pérdida o retraso que ha debido indemnizar la compañía de seguros⁹².

⁹¹ En la definición del contrato (art. 325 LNM) se especifica que una de las partes en el contrato ha de ser el práctico (“Por el contrato de practicaje una persona denominada práctico se obliga...”); pero no especifica quién es la otra. Presumiblemente deberá ser el armador en tanto que responsable del buque, aunque quien contrate en su nombre sea otra persona.

⁹² Puede verse un apunte sobre estas cuestiones en J.C. Fernández Rozas y R. Arenas García, “Compraventa y transporte internacional de mercaderías”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *op. cit.*, pp. 359–446, pp. 437–440.

39. La determinación del ámbito de aplicación de la normativa contenida en la LNM que no se refiere de forma estricta a las relaciones entre las partes en los contratos de utilización del buque y auxiliares de la navegación requiere la consideración del Derecho rector a los contratos o relaciones afectadas y la forma en que este Derecho interacciona con los preceptos de la LNM. A continuación nos ocuparemos de los diferentes supuestos dejando para otro epígrafe la cuestión del análisis de la incidencia de las normas imperativas.

En primer lugar nos ocuparemos de la forma en que estas previsiones afectan a contratos en materia marítima y a continuación examinaremos la aplicación de la normativa en materia de responsabilidad extracontractual.

40. En la LNM se encuentran también normas en relación a requisitos formales de ciertos documentos y a régimen del conocimiento de embarque. Se trata de regulaciones cuya aplicación no vendrá determinada por la ley rectora del contrato.

En lo que se refiere a las normas sobre forma, en tanto en cuanto afecten a la validez del contrato, tendremos que tener en cuenta las reglas sobre esta cuestión contenidas en el RR I. En lo que se refiere específicamente al conocimiento de embarque será preciso considerar la regulación contenida en las Reglas de La Haya-Visby, que establecen, por ejemplo, un contenido mínimo del conocimiento de embarque⁹³, al menos cuando este instrumento internacional resulte aplicable. Lo mismo será predicable al régimen del billete en el contrato de pasaje, en el que tendremos que considerar lo previsto en el Reglamento 392/2009 y en el Convenio de Atenas y Protocolos modificativos. Aparte de estos instrumentos de origen internacional, y en lo que se refiere a las exigencias de la LNM en relación al conocimiento de embarque, deberán aplicarse las normas españolas en los casos en los que el contrato se celebre en España, tal como establece el art. 11.1º Cc⁹⁴. Si el

⁹³ Art. 3.3º Convenio de Bruselas de 1924: “Después de haber recibido y tomado como carga las mercancías, el porteador y el capitán, o agente del porteador, deberán, a petición del cargador, entregar a éste un conocimiento que exprese, entre otras cosas: a) Las marcas principales necesarias para la identificación de las mercancías, tal como las haya dado por escrito el cargador antes de comenzar el cargamento de dichas mercancías, con tal que las expresadas marcas estén impresas o puestas claramente en cualquier otra forma sobre las mercancías no embaladas o en las cajas o embalajes que contengan las mercancías, de manera que permanezcan normalmente legibles hasta el término del viaje. B) O el número de bultos o de piezas, o la cantidad o el peso, según los casos, tal como los haya consignado por escrito el cargador. C) El estado y la condición aparente de las mercancías. Sin embargo, ningún porteador, capitán o agente del porteador, tendrán obligación de declarar o mencionar, en el conocimiento, las marcas, un número, una cantidad o un peso cuanto tenga razón fundada para suponer que no representan exactamente las mercancías actualmente recibidas por él, o que no han tenido medios razonables de comprobar”.

⁹⁴ Cuando indica que “Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen”.

conocimiento se emitiera durante la navegación del buque resultaría aplicable la ley española si la emisión se produce en un buque de bandera española, según lo previsto en el segundo párrafo del art. 11.1º Cc. Lo mismo sería predicable en relación al régimen del billete; siempre con independencia de cuales sean los efectos del incumplimiento de la normativa, y que en lo que se refiere a la invalidez del contrato por razones formales deberán ajustarse a lo previsto en el RR I.

Cuestión distinta es el régimen de circulación del conocimiento y sus efectos como título representativo de las mercancías y título negociable. El art. 1.2º RR I excluye de su ámbito de aplicación esta materia⁹⁵, por lo que en este punto deberá aplicarse la previsión del art. 10.3º Cc, que prevé que la emisión de los títulos—valores se atendrá a la ley del lugar en que se produzca⁹⁶. El precepto, sin embargo, se refiere tan solo a la emisión del título, que se registrará por el Derecho español (esto es, por la LNM) cuando se emita en España; pero no a los efectos y régimen del título; que dependerán del efecto que se pretenda. Así, si el título opera como representativo de la mercancía, será de aplicación la regla del art. 10.1º Cc (norma de conflicto en materia de derechos reales), por lo que las previsiones de la LNM serán de aplicación cuando las mercancías se encuentren en España, a salvo de la aplicación de la regla sobre bienes en tránsito. Si el conocimiento es utilizado para identificar a quien puede ejercer los derechos del cargador en el contrato de transporte debería aplicarse al mismo la ley rectora del contrato, determinada de acuerdo con lo que hemos visto en el ap. 1 precedente.

El conocimiento también puede ser utilizado como prueba de determinadas circunstancias en relación al contrato de transporte y a fin de conseguir la ejecución de éste (v.gr., la entrega de las mercancías,)⁹⁷. En estos casos, RR I se deriva la necesidad de considerar el Derecho del lugar de cumplimiento de la obligación; presumiblemente, la entrega de las mercancías⁹⁸.

⁹⁵ Art. 1.2º RR I: “Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: (...) d) las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable”.

⁹⁶ Sobre la consideración del conocimiento de embarque como título valor vid. A. Recalde Castells, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 256–287. En DIPr vid. R. Espinosa Calabuig, *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Granada, Comares, 1999, pp. 304–308.

⁹⁷ Vid. ampliamente sobre la función representativa del título de embarque y su carácter probatorio A. Recalde Castells, *op. cit.*, esp. pp. 256–323; F. Sánchez Calero, *op. cit.*, pp. 268–272. Sobre su carácter ejecutivo vid. L. Fontestad Portales, *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, esp. pp. 373–377.

⁹⁸ Vid. art. 12.2º RR I: “En lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento”.

41. Mención específica merecen las normas sobre prescripción que, como hemos visto, se incluyen en relación a determinados contratos. Como es sabido, la cuestión de la calificación de la regulación de la prescripción no es pacífica en la doctrina, habiéndose debatido si tiene carácter substantivo o procesal. En el RR I se incluye de forma expresa la prescripción entre las cuestiones que han de regirse por la *lex contractus*⁹⁹.

Siguiendo esta calificación substantiva, resultará que las normas sobre prescripción contenidas en la LNM en relación a los contratos de utilización del buque o auxiliares de la navegación serán de aplicación cuando resulte aplicable el Derecho español según lo que hemos visto en los párrafos precedentes.

B) Articulación de las relaciones entre diferentes contratos

42. Tal como hemos ido indicando, es frecuente que la LNM establezca en qué forma inciden los contratos de utilización del buque o auxiliares de la navegación en otros contratos o relaciones. Estos supuestos de relación entre contratos o relaciones jurídicas son tradicionalmente complejos en DIPr, pues es necesario articular Derechos diferentes (cuando son diferentes las leyes que regulan las diferentes relaciones jurídicas), Derechos que incluirán regulaciones que no están diseñadas para operar de forma conjunta, lo que podría obligar a realizar ciertas adaptaciones.

A continuación nos ocuparemos de algunos de estos supuestos de interacción entre los contratos objeto de este trabajo y otras relaciones jurídicas relevantes para el tráfico marítimo.

43. En lo que se refiere al arrendamiento de buques, se prevé específicamente la figura del subarriendo, subarriendo que no necesariamente se regirá por el mismo Derecho que el arriendo, ya que en el subarriendo el arrendatario en el contrato inicial adopta la posición de arrendador, y mientras el contrato inicial se regiría, en principio, por la ley de la residencia habitual del arrendador, el subarriendo se regiría por la ley de la residencia habitual de quien es arrendatario en el contrato originario. Teniendo esto en cuenta es preciso determinar si la regla de acuerdo con la cual no es posible el subarriendo ni la cesión del contrato sin el consentimiento del arrendador opera cuando el arrendamiento está regido por el Derecho español y el subarriendo por un Derecho extranjero o, al contrario, ha de ser el

⁹⁹ Vid. art. 12.1º RR I: “La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: (...) d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo”. Esta es también la opción del DIPr español autónomo, cf. J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 7ª ed. 2013, p. 118.

subarriendo el que esté regido por el Derecho español para que se aplique esa previsión.

Entiendo que hemos de diferenciar entre el subarriendo y la cesión del contrato. En el primer caso, subarriendo, la previsión es sobre la eficacia de este último contrato, por lo que deberá ser el subarriendo el que se rija por el Derecho español para que resulte aplicable. En cambio, en lo que se refiere a la cesión del contrato, deberá ser el arriendo el que se rija por el Derecho español para que se aplique la regla, ya que se trata de una norma en relación a la determinación de las partes en el contrato de arrendamiento. Esta distinción puede ser relevante para optar o bien por un subarriendo del buque o, por el contrario, por una cesión del contrato de arrendamiento, ya que podría resultar que mientras una de las posibilidades estuviera permitida, la otra no en función del Derecho aplicable al arrendamiento y subarrendamiento de buque.

También se prevé que el contrato de arrendamiento podrá ser opuesto a los adquirentes del buque si está inscrito en el Registro de Bienes Muebles. En este caso debemos determinar si la norma se aplicará en función de que el arrendamiento se rija por el Derecho español o, por el contrario, cuando el contrato de venta del buque se rija por nuestro Derecho o se aplique el Derecho español a los derechos reales sobre el buque. Seguramente es preferible esta última solución, ya que es coherente con la exigencia de que el contrato se encuentre inscrito en el Registro de Bienes Muebles, lo que no sería posible si el buque no estuviese abanderado en España y, además responde a la naturaleza de la limitación, que opera sobre el nuevo propietario del buque reduciendo el ámbito de poderes del titular del mismo¹⁰⁰.

44. En lo que se refiere al contrato de fletamento, llama la atención la regla de acuerdo con la cual el tercero que retira las mercancías puede verse obligado a pagar el flete (art. 235 LNM). En este supuesto, la regla se aplicará cuando sea el Derecho español el que regule el contrato de fletamento, con independencia de lo que establezca el derecho que rija las relaciones entre el cargador y el destinatario de las mercancías. Ciertamente, el destinatario podría desconocer la existencia de esta regla en un Derecho que no es el que rige el contrato que él ha concluido; pero no puede desconocerse que precisamente al aceptar o retirar las mercancías estará asumiendo su participación en el contrato de transporte, por lo que no resulta desproporcionado que se vea sometido a las previsiones sobre pago del flete incluidas en dicho contrato.

¹⁰⁰ Se plantea este problema en relación al Anteproyecto de 2004 E. Sierra Noguero, “El contrato de arrendamiento de buque”, en A. Emparanza Sobejano y J.M. Martín Osante (coords.), *op. cit.*, p. 303, apuntando hacia la posibilidad de considerar la eficacia de la inscripción en el registro del país de la matrícula del buque sobre la base de una decisión de la *Cour de cassation* de 8 enero 2002.

45. La LNM incluye también reglas de garantía que tienen eficacia real. Así, por ejemplo, la que se establece en el art. 236 LNM de acuerdo con la cual las mercancías transportadas están afectas al pago del flete. Dada la naturaleza real de tal garantía su aplicación dependerá de la aplicación del Derecho español en tanto que estatuto real (art. 10.1º Cc) por lo que será aplicable cuando las mercancías se encuentren en territorio español y teniendo en cuenta la regla de nuestro DIPr autónomo sobre bienes en tránsito.

También se incluyen reglas equivalentes de garantía en el contrato de pasaje en relación al equipaje de bodega (art. 296 LNM) a las que será preciso aplicar la misma regla sobre aplicación en supuestos internacionales: cuando el equipaje se encuentre en España será aplicable el Derecho español. La misma regla se aplicará –tal como adelantábamos en el epígrafe II– para la garantía prevista en el art. 338 LNM para el contrato de manipulación portuaria.

C) Contratos de utilización del buque y auxiliares de la navegación y responsabilidad extracontractual

46. En la regulación de la LNM sobre contratos de utilización del buque y contratos auxiliares de la navegación existen previsiones acerca de la responsabilidad que pueda surgir entre alguna de las partes del contrato y terceros. Así, por ejemplo, en el art. 231 LNM donde se establece la responsabilidad del cargador no solamente frente al porteador sino también frente a otros cargadores por el embarque de mercancías clandestinas. En este caso la regla se aplicará cuando sea el Derecho español el que rija la responsabilidad extracontractual del cargador, lo que vendrá determinado por las previsiones RR II¹⁰¹. De acuerdo con este instrumento, la ley rectora de la responsabilidad extracontractual, en ausencia de elección, que en este caso sería posible en la mayoría de los supuestos al tratarse de contratos entre profesionales. En ausencia de elección, y a falta de que exista un Derecho más estrechamente conectado con el caso, deberíamos aplicar la ley de la residencia de la persona cuya responsabilidad se alega y el perjudicado; en ausencia de esta coincidencia, será el lugar del daño el que determine el Derecho aplicable. Es posible, que el lugar de producción del daño en un supuesto como el que nos ocupa tenga una conexión con el caso objetivamente más débil que la que podría observarse en el Derecho rector del contrato de transporte de la persona afectada, máxime si coincidiera que tal Derecho fuera también el que rigiera el contrato de transporte de quien había introducido la mercancía clandestina. En

¹⁰¹ Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), DO L 199 de 31.12.2007.

estos supuestos, el art. 4.3º RR II permitiría la aplicación de esta ley más estrechamente vinculada con el caso.

47. En el contrato de remolque también se incluyen reglas sobre la responsabilidad respecto a terceros. En concreto, el art. 304.2º LNM establece la responsabilidad solidaria de los armadores del buque remolcado y del remolcador. Esta regla solamente operará cuando el Derecho español rija la responsabilidad frente a este tercero de acuerdo con lo previsto en el RR II, siempre que el caso entre en el ámbito de aplicación temporal y material de dicho Reglamento.

También en el contrato de practicaje operan ciertas reglas sobre responsabilidad frente a terceros del práctico y el armador del buque que, como acabamos de ver en relación al contrato de remolque, solamente operarán cuando el Derecho español resulte aplicable de acuerdo con lo previsto en el RR II.

48. Merece también un tratamiento específico el régimen de limitación de responsabilidad. Aquí hemos de distinguir entre aquellos casos en los que resulte aplicable el Convenio internacional sobre limitación de responsabilidad, en el que la aplicación directa del Convenio excusará la consideración de los Reglamentos europeos, y los casos en los que tal Convenio no resulte aplicable, lo que conduciría a la necesidad de considerar los instrumentos europeos.

El Convenio sobre limitación de responsabilidad operará en todos los supuestos en los que la limitación se plantee ante los tribunales de un Estado parte, por lo que conociendo los tribunales españoles será de aplicación el Convenio en todos los casos que entren en su ámbito de aplicación material. Ahora bien, cuando el Convenio no resulte aplicable no será posible acudir al criterio de aplicación contenido en la LNM, fundamentado igualmente en el conocimiento de la acción por parte de los tribunales españoles¹⁰², ya que el instrumento europeo en materia de responsabilidad extracontractual, Reglamento Roma II, se prevé que la limitación de responsabilidad estará incluida entre las materias regidas por la ley aplicable al fondo¹⁰³; lo que implicará que, pese al tenor del art. 394 LNM, tan solo cuando el Derecho español sea aplicable a la responsabilidad que se reclama podrá recurrirse a la limitación. A salvo de que, como veremos en el siguiente epígrafe, pueda considerarse que tales normas sobre limitación de la responsabilidad tienen carácter imperativo.

¹⁰² Art. 394.1º LNM: “Las normas de este título se aplicarán siempre que cualquiera de los titulares del derecho a limitar invoque dicho derecho ante los órganos judiciales o administrativos españoles que resulten competentes. A tal efecto será irrelevante la nacionalidad o el domicilio de los acreedores o deudores, así como el pabellón del buque respecto al cual se invoque el derecho de limitación”.

¹⁰³ Art. 15 RR II: “La ley aplicable a la obligación extracontractual con arreglo al presente Reglamento regula, en particular: (...) b) las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad”.

3. Normas imperativas

49. La determinación del Derecho rector al contrato, al derecho real o a la responsabilidad extracontractual no agota las posibilidades de aplicación de la normativa española y, en concreto de la LNM. Ésta también puede llegar a ser considerada en tanto que norma imperativa. Esto sucederá en relación a las normas que sean consideradas como leyes de policía del foro¹⁰⁴. Incluso cuando no conozca un tribunal español sería posible dar aplicación a la LNM cuando no sea el Derecho español el rector del fondo del litigio si la norma española es considerada como una ley de policía y se dan las condiciones previstas en el art. 9.3º RR I¹⁰⁵ o una norma de seguridad o de comportamiento según lo previsto en el art. 17 RR II¹⁰⁶.

Establecido el principio, no será sencillo, sin embargo, determinar en qué supuestos nos encontraremos con una ley de policía que reclamará su aplicación incluso en aquellos casos en los que el Derecho español no resulte aplicable respecto al fondo del litigio.

50. En algunos casos esta determinación será, sin embargo, relativamente sencilla. Así, por ejemplo, no creo que existan excesivas dudas sobre la consideración como normas de seguridad y comportamiento las que regulan las relaciones entre el práctico y el capitán y que veíamos al examinar el contrato de practicaaje. Estas normas deberán ser tenidas en cuenta cuando se determine la responsabilidad que pudiera derivarse de accidentes ocurridos durante las maniobras del buque asistidas por el práctico. Lo mismo podría decirse de la reglas sobre la articulación entre las instrucciones del arrendatario y el criterio del patrón en el contrato de arrendamiento náutico (art. 310 LNM).

Resulta, sin embargo, más dudoso que otras normas que la propia LNM considera explícitamente como imperativas tengan este carácter a nivel internacional. Habíamos visto, por ejemplo, que las reglas específicas sobre el contrato de arren-

¹⁰⁴ Art. 9.2º RR I: “Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro”. Art. 16 RR II: “Las disposiciones del presente Reglamento no afectarán a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual”.

¹⁰⁵ Art. 9.3º RR I: “También podrán darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”.

¹⁰⁶ Art. 17 RR II: “Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad”.

damiento náutico contenidas en los artículos 307 a 313 LNM¹⁰⁷. Esta previsión general debería ser contrastada con las concretas previsiones a fin de determinar si cada una de ellas se ajusta a las exigencias que identifican a una auténtica ley de policía. Lo mismo ha de predicarse de la previsión sobre el carácter imperativo de las reglas sobre el contrato de manipulación portuaria. La imperatividad que establece el art. 329.2º LNM ha de entenderse inicialmente como imperatividad interna, sin que tenga carácter internacional más que cuando del sentido y fin de la regulación puede concluirse que responde a la salvaguardia de intereses públicos de España¹⁰⁸.

IV. Conclusión

51. Hemos intentado esbozar cuál es el ámbito de aplicación de la regulación de la LNM sobre contratos de utilización del buque y contratos auxiliares de la navegación en los supuestos internacionales, aquellos que supondrán el marco natural de aplicación de la regulación. La consideración conjunta de la LNM, los instrumentos internacionales en la materia, los Reglamentos Roma I y Roma II y el DIPr autónomo nos permite identificar en qué casos la LNM resultará aplicable y en cuáles deberá utilizarse un Derecho extranjero para la resolución de los litigios vinculados al tráfico marítimo.

52. Como hemos visto, la LNM no incluye regulación específica sobre su proyección a los casos internacionales. Parece una norma diseñada para operar en los supuestos internos, desconociendo que, como se ha apuntado, su principal función será ser la de completar la remisión que realice una norma de conflicto. De esta forma, la auténtica relevancia de la LNM vendrá determinada por normas externas a la misma.

No puede, sin embargo, culparse enteramente al legislador español de esta ausencia de precisiones sobre la aplicación internacional de la LNM. En la actualidad esta aplicación se encuentra condicionada por instrumentos que se imponen a las previsiones del legislador español, en concreto los Reglamentos Roma I y Roma II, que serán determinantes para identificar los supuestos en los que las normas sobre contratos de utilización del buque y auxiliares de la navegación resultan aplicables. El Reglamento en materia contractual permitirá identificar el ámbito de aplicación de la normativa sobre las relaciones entre las partes y la forma en que terceros pueden verse afectados por el contrato; mientras que el RR II será determinante para concretar el alcance de las normas sobre reparto de la responsabili-

¹⁰⁷ Art. 308.4º LNM.

¹⁰⁸ Art. 9.1º RR I.

dad frente a terceros de las partes en el contrato. El DIPr autónomo español tendrá un alcance limitado a las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de estos instrumentos.

53. Pese a lo anterior, hubiera sido deseable que se hubieran incluido en la LNM al menos normas sobre la identificación de las normas internacionalmente imperativas que contiene, lo que facilitaría la tarea del aplicador del Derecho. De igual manera podría haberse considerado también la inclusión de normas de conflicto tanto en materia contractual como extracontractual. Es cierto que los instrumentos europeos siempre tendrían preferencia sobre la regulación autónoma, pero la existencia de las normas no perjudicaría esta aplicación preferente y servirían para conseguir una mejor aplicación de la LNM en aquellos casos en los que no operara la normativa de origen internacional.

Estas normas deberían partir de la cuidadosa consideración de los intereses españoles en materia marítima, identificando en qué supuestos sería aconsejable la aplicación de la regulación, siendo conscientes que divergen sustancialmente las aproximaciones al Derecho marítimo de los países “cargadores” y de los “porteadores”.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “La propuesta de anteproyecto de ley general de navegación marítima”, *AEDIPr*, 2005, t. V, pp. 1252-1256.
- Dickinson, A.: “Time to Update the Rome I Regulation”, *Conflict of laws*, 6-XI-2009, <http://conflictflaws.net/2009/time-to-update-the-rome-i-regulation/>.
- Duque Domínguez, J.F.: “La modernización del Derecho marítimo español. La propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación”, en E. Beltrán, R. Lobeto y A.B. Campuzano (eds.), *La modernización del Derecho Marítimo Español. La Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima*, Santander, Autoridad Portuaria de Santander, 2005, pp. 17-32.
- Emparanza Sobejano, A. y Martín Osante, J.M. (coords.): *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006.
- Emparanza Sobejano, A.: “El contenido del contrato de fletamento”, en A. Emparanza Sobejano/J.M. Martín Osante (coords.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 323-351.
- Espinosa Calabuig, R.: *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Granada, Comares, 1999.
- Fernández Rozas, J.C. y Arenas García, R.: “Compraventa y transporte internacional de mercaderías”, en J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 4ª ed. 2013, pp. 359-446.
- Fernández Rozas, J.C./Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2013.

- Font i Segura, A.: “Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 noviembre 2000, As. C-381/98, Ingmar GB Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.), *RDCE*, 2001, vol. 5, nº 9, pp. 259-279.
- Fontestad Portales, L.: *Conocimiento de embarque como título ejecutivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Garau Sobrino, F.: “Corrección de errores art. 28 Reglamento Roma I”, *Conflictus legum*, 10-XI-2009, <http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2009/11/correccion-de-errores-art-28-Reglamento.html>.
- González Campos, J.D.: “Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative en Droit international privé”, *R. des C.*, 1977-II, t. 156, pp. 229-376.
- Miguel Asensio, P.A. de: “Contratos de colaboración”, en J.C. Fernández Rozas/R. Arenas García/P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Madrid, Iustel, 4ª ed. 2013, pp. 507-567.
- Recalde Castells, A.: “Los contratos de utilización del buque”, en A. Emparanza Sobejano/J.M. Martín Osante (coords.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 251-287.
- Recalde Castells, A.: *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- Rueda Pérez, M.A.: “Documentación y transmisión de buques, embarcaciones y artefactos navales en la nueva LNM”, *El Notario del siglo XXI*, 2015, nº 60, pp. 42-45.
- Sánchez Calero, F.: *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Thomson Reuters, 2ª ed. 2010.
- Sierra Noguero, E.: “El contrato de arrendamiento de buque”, en A. Emparanza Sobejano/J.M. Martín Osante (coords.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2006, pp. 289-322.
- Sierra Noguero, E.: *El contrato de fletamento por viaje*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2002.
- Zurutuza Arigita, I.: *El practicaaje*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, Marcial Pons, 2013.

LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS: AVANCES Y LIMITACIONES

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

SUMARIO: I. Función y alcance de la OERC. II. Ámbito de aplicación del Reglamento (UE) nº 655/2014: 1. Ámbito material. 2. Ámbito espacial: A) Asunto transfronterizo: la deficiente versión española; B) Presupuestos espaciales: subjetivos y objetivos. III. Aspectos esenciales de la concesión y ejecución de la OERC: 1. Tribunal competente: A) Concentración de la competencia sobre el fondo y sobre la OERC; B) Supuestos en los que no existe título ejecutivo; C) Supuestos en los que existe título ejecutivo. 2. Requisitos materiales de la OERC y discrecionalidad de los tribunales. 3. Problemas en la ejecución: A) Particularidad de las notificaciones; B) Cantidades exentas de retención; C) Liberación de las cantidades retenidas en exceso. 4. Duración de la retención: deficiencias en su configuración. IV. Instrumentos de defensa del deudor. 1. Posibilidades de impugnación: A) Impugnación de la OERC; B) Impugnación de la ejecución de la OERC. 2. Responsabilidad del acreedor. 3. Responsabilidad del banco. V. Defensa de derechos de terceros. 1. Competencia y ley aplicable. 2. Titulares de cuentas conjuntas y nominales. 3. Concurrencia de acreedores. VI. Conclusiones.

RESUMEN: La Orden Europea de Retención de Cuentas constituye un nuevo instrumento que permite la ejecución transfronteriza de una medida cautelar que se dicta sin audiencia del deudor. En este artículo se analizan sus aspectos esenciales relativos a su régimen jurídico: ámbito de aplicación, concesión y ejecución, así como la protección del deudor y de terceros. Se destacan especialmente las limitaciones más importantes del Reglamento, sobre todo, por la excesiva carga que asume el deudor sobre el control de la medida.

PALABRAS CLAVE: TUTELA DEL CRÉDITO – RETENCIÓN DE CUENTAS BANCARIAS – MEDIDAS CAUTELARES – MEDIDA *EX PARTE* – EJECUCIÓN.

ABSTRACT: *The European Account Preservation Order: Advances and Limitations*

The European Account Preservation Order is a new tool that allows cross-border enforcement of a protective measure which is issued without hearing the debtor. This article discusses the essential aspects of its legal system: scope, award and execution, as well as the protection of the debtor and third parties. The article especially highlights the most important limitations of Regulation, especially by excessive burden that the debtor assumes in the control of the measure.

* Catedrática acreditada de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo.

KEYWORDS: CREDIT PROTECTION – PRESERVATION OF BANK ACCOUNTS – PROTECTIVE MEASURES – EX PARTE MEASURE – ENFORCEMENT.

I. Función y alcance de la OERC

1. La finalidad esencial de la nueva Orden Europea de Retención de Cuentas (OERC) creada por el Reglamento (UE) n° 655/2014¹ es incorporar un nuevo instrumento de protección al acreedor, en este caso mediante una garantía de los créditos con una medida de naturaleza cautelar, alternativa a las medidas nacionales. El citado Reglamento permite las solicitudes de OERC que se presenten a partir del 18 enero 2017, al margen de la fecha del crédito que pretenda garantizar². No tiene contenido ejecutivo, de modo que sirve como garantía pero no como medio de satisfacción del crédito del acreedor³. Puede adoptarse en cualquier momento: antes de un proceso sobre el fondo, durante la tramitación de este o, teniendo ya un título ejecutivo, como medio para garantizar la ejecución forzosa de este.

La principal novedad que introduce el Reglamento es el establecimiento de un régimen, simplificado y antiformalista⁴, que permite la ejecución transfronteriza de una medida cautelar que se dicta y se ejecuta sin audiencia previa del deudor (*inaudita parte*)⁵. Con ello se superan las limitaciones existentes hasta la fecha en el sistema vigente del RB I bis, que supedita la ejecución transfronteriza de la medida cautelar a que haya sido notificada al demandado y con posibilidades de impugnación por parte de este⁶.

¹ Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil (DO L 189 de 27.6.2014; correc. errores *ibid.*, L 30 de 6.2.2015).

² Aunque no se hace constar expresamente, habrá que considerar, como fecha crítica, el momento de presentación de la solicitud de la OERC (aplicando por analogía la fecha prevista en el art. 3.2° para determinar el carácter transfronterizo de la relación).

³ Cf. D. Vilas Álvarez, “El Reglamento por el que se crea una Orden Europea de Retención de Cuentas y Mercantiles: claves de su elaboración”, *La Ley mercantil*, n° 6, septiembre 2014, p. 4.

⁴ Los procedimientos para la obtención de la OERC no requieren de abogado ni procurador y, en los procedimientos para interponer recursos solo resultará preceptiva dicha intervención si así lo prevé la *lex fori*.

⁵ A pesar de que el art. 11 del Reglamento establece solo el procedimiento *inaudita parte* hasta que se haya dictado la orden, sin embargo, del régimen establecido en el mismo (y, en concreto, del art. 28) se deriva claramente que esa notificación al deudor solo se producirá después de la ejecución de la retención.

⁶ Cf. B. Hess y K. Raffelsieper, “Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektuierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum”, *IPRax.*, 2015, pp. 46 ss, esp. p. 52. Desde la STJ en el asunto *Denilauer* (C-125/1979), de 21 mayo 1980, se había establecido que no podía utilizarse el Convenio de Bruselas de 1980 para instar el reconocimiento

También supone una novedad la posibilidad de averiguación de datos bancarios a través del proceso de solicitud de información a la autoridad de información del Estado de la ejecución establecido en el art. 14, cuyo resultado final dista sin embargo de las pretensiones iniciales más ambiciosas⁷.

Siendo estos los principales avances de la OERC, del análisis de sus características esenciales vamos a identificar algunas de sus limitaciones.

II. Ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 655/2014

1. Ámbito material

2. La OERC sirve para garantizar los créditos vinculados a deudas pecuniarias en materia civil y mercantil en asuntos transfronterizos. Su ámbito de aplicación material se delimita en función del tipo de crédito que cubre y del tipo de cuenta. Solo resultan afectadas por el Reglamento las cuentas en banca comercial, siempre que resulten embargables en el Estado donde esté localizada la cuenta⁸. Las exclusiones del ámbito material en relación con el tipo de crédito coinciden, sustancialmente, con el régimen del RB I bis, aunque deben realizarse algunas matizaciones.

3. Quedan incluidas en el Reglamento las OERC en relación con créditos vinculados a obligaciones alimenticias⁹. De hecho, este sector, junto con los créditos en el ámbito empresarial y con consumidores, constituirá probablemente el ámbito de mayor impacto del nuevo instrumento¹⁰. La exclusión de los deudores sometidos a procedimientos de insolvencia, o análogos pretende evitar una interferencia de la OERC en dichos procedimientos¹¹. Por su parte, no será posible

de medidas cautelares dictadas sin audiencia del deudor. En realidad, el vigente RB I bis (Reglamento nº 1215/2012) sí puede aplicarse a las medidas cautelares adoptadas *inaudita parte*, pero a condición de que la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución [*vid.* art. 2.a) en relación con el art. 42.2º.c) RB I bis].

⁷ *Vid.* D. Vilas Álvarez, *loc. cit.*, pp. 11–12. En este sentido, el mecanismo de información exige unos requisitos que restringen su operatividad: es presupuesto que el acreedor ya tenga título ejecutivo o, si no tiene fuerza ejecutiva, el importe de la retención debe ser “sustancial” y debe acreditarse la urgencia de la necesidad de la información que pueda “ocasionar un deterioro considerable de la situación financiera del acreedor” (art. 14.1º), lo que excluye las pequeñas deudas comerciales. Además, debe destacarse la inconcreción de medios de averiguación establecidos en el art. 14.5º, especialmente en el ap. d).

⁸ *Vid.* aps. 3 y 4 del art. 2. En general se aplican a cuentas mantenidas en entidades de crédito cuya actividad consista en tener depósitos del público y otros fondos reembolsables y conceder créditos por su propia cuenta. No se aplica a entidades que den financiación a proyectos de exportación e inversión en países en desarrollo o entidades que presten servicios en mercado financiero (ap. 9 Exposición de motivos).

⁹ De hecho, el ap. 18 del Preámbulo cita expresamente este tipo de créditos.

¹⁰ *Vid.* D. Vilas Fernández, *loc. cit.*, pp. 1 ss., esp. p. 3.

¹¹ *Vid. infra* nº 54.

dictar OERC como garantía de créditos sometidos a arbitraje. Esta exclusión funciona en la práctica de manera más amplia que en el Reglamento (UE) nº 1215/2012 (RB I bis), que sí podría aplicarse en tales supuestos¹². En el ámbito de la OERC, el carácter “auxiliar” de la medida cautelar siempre se predica en relación con un proceso principal ante un tribunal nacional (si es *ante causam*) o ante un “título ejecutivo” cuya definición no incluye a los laudos arbitrales. Esta, por otra parte, una lógica consecuencia del régimen de la concentración de competencia para dictar la OERC ante los tribunales del Estado del título de fondo¹³. Finalmente, dada la vigencia del Reglamento (UE) nº 650/2012, no se comprende fácilmente la exclusión de los créditos vinculados al ámbito sucesorio, particularmente interesantes en relación con los alimentos *mortis causa*, expresamente excluidos del art. 2.2º.b) del Reglamento de la OERC¹⁴.

2. Ámbito espacial

A) Asunto transfronterizo: la deficiente versión española

4. La definición de asunto transfronterizo en el art. 3 requiere que, en la fecha de la solicitud de la orden, se de alguna de estas dos circunstancias: la primera, que la cuenta bancaria se encuentre en un Estado miembro y la solicitud de OERC se realice ante los tribunales de otro Estado miembro; la segunda, que la cuenta bancaria se encuentre en un Estado miembro y el acreedor esté domiciliado en un Estado miembro diferente. Es irrelevante el domicilio del deudor, que por sí mismo no da al asunto un carácter transfronterizo, lo que sería consecuente con la idea de la orden de retención como medida *in rem*¹⁵. Estas dos situaciones son alternativas y no cumulativas, a pesar de la errónea literalidad de la versión española del art. 3, no corregida hasta la fecha¹⁶.

¹² STJ en el asunto *Van Uden* (C-391/95, de 17 noviembre 1998) justificó la aplicación del art. 24 Convenio Bruselas (antecedente del art. 35 RB I bis) a la adopción de una medida cautelar en relación con un litigio principal sometido a arbitraje. *Vid.*, no obstante, las críticas a este planteamiento en R. Arenas García, “La inclusión progresiva el arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 401 ss, esp. pp. 410-411.

¹³ *Vid. infra* nº 9.

¹⁴ Esta exclusión, junto con la relativa a los regímenes matrimoniales, no estaba inicialmente prevista en la Propuesta del Reglamento dado que se entendía que la previsible aprobación de Reglamentos en estas materias (regímenes matrimoniales, efectos patrimoniales uniones registradas y sucesiones) permitiría la extensión de la OERC a estos sectores [*vid.* Documento COM (2011) 445 final, art. 2 y p. 6].

¹⁵ Cf. R. Miquel Sala, “La futura Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *CDT*, vol. 4º, 2012, nº 2, pp. 217 ss., esp. p. 223.

¹⁶ Esta alternatividad queda claramente establecida en el Considerando 10 del Reglamento y así consta en las otras versiones lingüísticas del Reglamento. En consecuencia, en los aps. a) y b) del art. 3 debería existir la partícula “ó”, en vez de la partícula “ni”. Así consta en las versiones inglesa

En consecuencia, no pueden coincidir acreedor, tribunal y cuenta en el mismo Estado. A partir de ahí podrían darse las siguientes situaciones:

i) Tribunal–cuenta en el mismo Estado, con acreedor domiciliado en otro Estado–. La solicitud de la OERC sería transfronteriza, pero no la ejecución¹⁷. La incidencia en los Derechos nacionales es, por tanto, notable cuando el acreedor esté domiciliado en otro Estado miembro, dado que la OERC supone la creación de una nueva medida cautelar que va a convivir con las medidas cautelares reguladas en los Derechos de los Estados miembros¹⁸.

ii) Acreedor–tribunal en el mismo Estado, con la cuenta en otro Estado miembro–. En este caso, la ejecución de la OERC asumirá un carácter transfronterizo.

iii) Acreedor–cuenta en el mismo Estado, con el tribunal en otro Estado miembro–. Este supuesto, que también conllevaría una ejecución transfronteriza, tendría especial interés para el acreedor si la solicitud de la OERC resulta para él más ventajosa, y es de más fácil obtención, que la medida nacional disponible.

El carácter transfronterizo es exigible en todos los supuestos, incluso tratándose de solicitudes de OERC frente a varias cuentas, en cuyo caso deberá examinarse el carácter transfronterizo en relación con cada cuenta. Si una de ellas no cumple tales condicionantes, solo podrá adoptarse respecto de ella una medida de retención nacional; para las restantes podrá dictarse la OERC¹⁹.

(“or”), francesa figura (“ou”) o alemana (“oder”). En el mismo sentido, apunta este error L. Domínguez Ruiz, “La Orden Europea de Retención de Cuentas”, *Rev. der. civ.*, vol. I, 2014, pp. 243 ss., esp. p. 248, nota 13. Cabe, por tanto, denunciar que tal error, crucial para la interpretación del ámbito de aplicación del instrumento, no fuera incluida en la lista de correcciones de la versión española publicada el 6 febrero 2015.

¹⁷ La delimitación de asunto transfronterizo para la OERC presenta en este punto una importante diferencia con el título ejecutivo europeo relativo a créditos no impugnados, que se aplica para la ejecución transfronteriza de títulos emitidos en un Estado miembro diferente, sin más condicionantes [art. 5 del Reglamento (CE) nº 805/2004].

¹⁸ En el Derecho español, la regla general es que las medidas cautelares se adoptan con audiencia del demandado, excepto en circunstancias de urgencia o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida (art. 733 LEC). Las medidas cautelares *ante causam* son excepcionales (vid. art. 730 LEC). Vid. análisis de Derecho comparado en B. Hess (“Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures”, 2004, http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf, pp. 128 ss.).

¹⁹ Cf. ap. 10 del Preámbulo.

B) Presupuestos espaciales: subjetivos y objetivos

5. En primer lugar, el acreedor tiene que estar domiciliado en un Estado miembro, en el momento de la solicitud de la OERC, conforme a la definición incluida en el art. 4.6º. Este condicionante constituye una singularidad frente al resto de la reglamentación comunitaria destinada a la protección del crédito, que se limita a exigir que una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto del tribunal, pudiendo ser tanto el del deudor como el del acreedor²⁰. Esta exigencia excluye directamente a los acreedores domiciliados en el Reino Unido y Dinamarca, que quedan fuera del Reglamento. Un problema podría darse en relación con los créditos o préstamos sindicados en los que son acreedores bancos prestamistas en diversos Estados, pudiendo tener alguno de ellos su domicilio en un Estado no miembro²¹. Descartada una fragmentación del crédito en función de domicilio de cada banco, debido al carácter unitario de la operación, más bien podría pensarse en estos casos en el domicilio del denominado “Banco Agente” como presupuesto de aplicabilidad del Reglamento.

6. En segundo lugar, el deudor puede estar domiciliado en cualquier Estado (Estado miembro o no), dado que el art. 4.7º del Reglamento no incluye ninguna exigencia sobre su domicilio en un Estado miembro²².

7. En tercer lugar, la cuenta bancaria tiene que estar localizada en un Estado miembro, identificada partir del código IBAN (*Internacional Bank Account Number*); solo si carece de IBAN, se entiende localizada en el Estado miembro donde esté la sede central del banco o de la sucursal donde se mantenga la cuenta (art. 4.4º). Con este sistema de localización se impide una práctica, hasta ahora existente en varios Estados miembros, que permitían una “localización” de la cuenta en la sede principal del banco (que estaba en el propio territorio) aunque las cuentas estuvieran abiertas en sucursales en otros Estados²³.

²⁰ Vid. arts. 3 de los Reglamentos (CE) nº 1896/2006, sobre el proceso monitorio europeo, y (CE) nº 861/2007, sobre el proceso europeo de escasa cuantía.

²¹ Vid. Allen & Overy, “The New European Account Preservation Order – A Nightmare for Defendants and a Litigant’s Dream?”, <http://www.allenoverly.com>.

²² Prueba además de que el deudor puede estar domiciliado en un tercer Estado, es lo que establece, para las notificaciones, el art. 28.4º del Reglamento.

²³ Cf. B. Hess, “Study...”, *loc. cit.*, p. 80. La solución establecida para la OERC es, en este sentido, más completa que la incluida en la Propuesta de Reglamento de procedimientos de insolvencia, que se basa exclusivamente en el código IBAN [art. 2.f.v), Documento COM (2012) 744 final].

No se exige que la entidad de crédito tenga su domicilio en un Estado miembro. A pesar de la falta de precisión técnica en este punto²⁴, una interpretación funcional y coherente de los arts. 4.4º y 4.2º permitiría entender que es suficiente para ejecutar la OERC la localización de la cuenta en una sucursal en un Estado miembro, ya que permite la ejecución territorial de la retención en un Estado miembro. Los bancos establecidos en terceros Estados, pero con sucursales en Estados miembros, quedarán sometidos a las obligaciones y responsabilidades derivados del Reglamento²⁵.

8. Finalmente, la OERC solo resulta accesoria a un título ejecutivo, ya dictado o que vaya a dictarse, en un Estado miembro. Más concretamente, la OERC sólo puede adoptarse en relación con títulos ejecutivos dictados en ese mismo Estado miembro.

III. Aspectos esenciales de la concesión y ejecución de la OERC

1. Tribunal competente

A) Concentración de la competencia sobre el fondo y sobre la OERC

9. Es relevante el dato de que la OERC solo puede adoptarse por un órgano jurisdiccional, frente al modelo presente en diferentes Estados miembros que atribuyen la competencia a autoridades no jurisdiccionales²⁶. La competencia la asumen, en todo caso, tribunales del mismo Estado miembro al que pertenezca el título sobre el fondo (ya existente o futuro). Con ello se rompe el conocido esquema competencial sobre medidas cautelares establecido en los diferentes Reglamentos Bruselas, y que se recogía en la Propuesta de este Reglamento, que parte de una disociación en la competencia judicial de los tribunales de un Estado para la medida cautelar (con alcance territorial) y la competencia sobre el

²⁴ Se produce en el Reglamento una confusión entre filial y sucursal. A estos efectos, el art. 4.2º define al banco como una entidad de crédito con sede social en la UE o, si la tiene fuera, que la filial esté situada en la UE, remitiéndose para ello al art. 4, ap. 1, punto 17 de la Directiva 2013/36/UE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito. Sin embargo, este último precepto se refiere a “sucursales”, quedando las “filiales” definidas en el punto 16 de esa misma disposición.

²⁵ Especialmente importantes son estas obligaciones en lo que se refiere a la divulgación de información sobre cuentas, sobre la base del art. 14 del Reglamento, y el papel que asumen en la ejecución de la OERC, conforme al art. 24.

²⁶ Vid. soluciones de Derecho comparado en B. Hess, “Study...”, *loc. cit.*, p. 63. En la Propuesta del Reglamento, se permitía, cuando el título ejecutivo fuera un documento público, que la orden de retención se dictara por una autoridad competente (art. 14.2º de la Propuesta), frente a los supuestos en los que el título fuera una resolución o transacción judicial (art. 14.1º).

fondo atribuida a los tribunales de otro Estado²⁷. De este modo, si se desea solicitar una retención directamente ante los tribunales de la cuenta, si estos tribunales no son competentes sobre el fondo, deberá acudirse al criterio de competencia del art. 35 RB I bis y solicitar una medida cautelar de Derecho nacional.

B) Supuestos en los que no existe título ejecutivo

10. La regla general sobre la competencia para dictar la OERC se establece en función de la competencia judicial internacional para conocer sobre el proceso de fondo (art. 6.1º); para los supuestos en los que el deudor sea consumidor, solo serán competentes los tribunales del domicilio del deudor (art. 6.2º)²⁸. Se imponen aquí varias precisiones.

11. La primera es la irrelevancia de la fuente utilizada para la competencia judicial internacional sobre el fondo. Dado que, como se ha indicado, es irrelevante el lugar del domicilio del deudor para adoptar la OERC, esto supone que la competencia sobre el fondo puede fundamentarse en el RB I bis, en el Convenio de Lugano (si el demandado está domiciliado en un Estado parte de este Convenio no miembro de la UE), en el Reglamento (CE) nº 4/2009, sobre alimentos o, finalmente, sobre la base de los criterios de Derecho autónomo.

12. La segunda, consecuencia del ámbito de aplicación espacial del Reglamento, es que la regla especial de consumidores solo es operativa (en el sentido de excluir el funcionamiento del resto de los criterios de competencia) cuando el consumidor esté domiciliado en un Estado miembro del propio Reglamento (UE) nº 655/2014. Si el consumidor está domiciliado en un Estado miembro del RB I bis no parte del Reglamento 655/2014 (*v.gr.*, Reino Unido), a no ser que se diera un criterio de sumisión en el sentido del art. 19 RB I bis, no existiría un criterio válido de competencia a favor de ningún tribunal parte del Reglamento 655/2014. Lo mismo ocurriría si el consumidor está domiciliado en un Estado Lugano (*v.gr.*, Suiza). Desde esta perspectiva no existiría posibilidad por parte

²⁷ Esta competencia específica de los tribunales del Estado de la cuenta bancaria aparecía recogida en el art. 6.3º de la Propuesta.

²⁸ Este criterio de competencia funciona de manera más restringida que la sección de consumidores del RB I bis, ya que no se recoge para la OERC la posibilidad de plantear una solicitud de orden de retención vinculada a la competencia sobre el fondo con base en un acuerdo de sumisión válido conforme al art. 19 RB I bis. Se reproduce aquí el esquema del art. 6.1º.d) Reglamento (CE) nº 805/2004, en relación con el título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados. Por el contrario, el concepto de consumidor es en el Reglamento (CE) nº 655/2014 más amplio que en el RB I bis, ya que no se restringe a los supuestos del art. 17 de este último Reglamento (P. de Miguel Asensio, "Algunos aspectos de Derecho internacional privado del régimen de las órdenes europeas de retención de cuentas bancarias", <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/06/algunos-aspectos-de-derecho.html>).

de una empresa establecida en la UE de solicitar una OERC contra un consumidor domiciliado en el Reino Unido o en Suiza aunque este tuviera alguna cuenta en un Estado miembro del Reglamento (UE) n° 655/2014. Si el consumidor está domiciliado en un tercer Estado, habría que entender que no existiendo sumisión (ni expresa ni tácita) a un Estado miembro, serían aplicables los criterios de competencia del Derecho autónomo (*ex art. 6 RB I bis*) pudiendo, por tanto, justificarse la competencia de unos tribunales de un Estado miembro que dictarían una OERC que sería ejecutiva sobre una cuenta localizada en cualquier Estado miembro.

13. La tercera precisión es la valoración de las incidencias que la competencia sobre el fondo va a tener sobre la vida útil de la OERC. En este sentido, la vinculación entre competencia sobre el fondo y competencia sobre la medida cautelar conlleva que la suerte de esta será dependiente de las incidencias que la competencia sobre el fondo pueda presentar. De este modo, circunstancias tales como una eventual declaración de incompetencia por parte del órgano jurisdiccional (de oficio o a instancia de parte) o una inhibición como consecuencia de una litispendencia deberá incidir necesariamente en la vigencia de la OERC, para lo que se requiere la coordinación absoluta entre el tribunal del Estado de origen y la autoridad del Estado de ejecución, en los términos que indicaremos²⁹.

14. La última precisión se refiere a la posibilidad de control de la competencia judicial internacional del tribunal que adopta la OERC, tanto de la competencia establecida para la propia OERC como, en su caso, la competencia para conocer del fondo del crédito. Dicha posibilidad se ubica en el contexto de la impugnación de la OERC y de su ejecución³⁰.

C) Supuestos en los que existe título ejecutivo

15. Solo podrán adoptar la OERC los tribunales del Estado donde se haya obtenido el título ejecutivo (dictado la resolución judicial, aprobada la transacción o formalizado el documento público). Ello supone que la OERC solo puede dictarse en relación con títulos ejecutivos obtenidos en Estados miembros del Reglamento y debe existir siempre una vinculación espacial entre el título sobre el fondo y la OERC.

Es irrelevante a tales efectos que la resolución judicial dictada por otro Estado estuviera dotada de ejecutividad inmediata en el Estado donde pretende solicitarse la OERC, incluso aunque no existieran posibilidades de impugnación en el

²⁹ F.J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 46 y 51.

³⁰ *Vid. infra* n°s 33 y 38.

Estado de la ejecución (v.gr., en el caso de sentencias de alimentos del art. 17 del Reglamento nº 4/2009). Aún en esos supuestos, solo resultarían competentes para dictar la OERC los tribunales del Estado de origen de la resolución judicial.

Aunque la finalidad de asegurar la ejecución forzosa puede entenderse que ha perdido interés, dada la tendencia en los instrumentos europeos a la ejecutividad inmediata de las decisiones, sigue resultando conveniente en determinados supuestos: para los casos (ya residuales) en los que se requiera declaración de ejecutividad previa en el Estado de la ejecución³¹; en los casos de solicitud de denegación de la ejecución en el RB I bis³² o de impugnación de un título ejecutivo europeo en el Estado de origen³³; o para los casos en los que no sea posible instar en el Estado de la ejecución una medida ejecutiva a la vez que se solicita el despacho de ejecución del título³⁴.

2. Requisitos materiales de la OERC y discrecionalidad de los tribunales

16. El art. 7 del Reglamento establece, con pretensiones de uniformidad y de manera autónoma, los criterios materiales que deben cumplirse para poder obtener la OERC: con carácter general, deberá exigirse la acreditación del *periculum in mora*, al margen de que el acreedor tenga ya título o no, y la apariencia de buen derecho *fumus boni iura*, cuando no exista un título ejecutivo previo³⁵. Uno de los principales puntos de crítica, particularmente desde los sectores reticentes a este Reglamento, es el margen de discrecionalidad que tienen los tribunales a

³¹ Esta ejecutividad inmediata se asegura en RB I bis y, para alimentos, en el régimen de la Sección 1ª del Capítulo IV del Reglamento (CE) nº 4/2009, que resultaría aplicable a los mismos Estados miembros en los que puede solicitarse la OERC (todos los Estados UE, menos Reino Unido y Dinamarca). Quedarían como supuestos en los que todavía resultaría necesaria la declaración previa de ejecutividad resoluciones sometidas, por razones temporales, al Reglamento (CE) nº 44/2001 (RB I).

³² El art. 44.1º.a) RB I bis permite, en estos casos, limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares, entre las que podría encontrarse la OERC; en todo caso, por la configuración de la competencia para su adopción, solo podría tratarse de una OERC dictada por los tribunales de origen de la decisión.

³³ En este caso también, la adopción de la OERC en el contexto del art. 23.a) del Reglamento nº 805/2004 solo resultaría posible respecto de órdenes dictadas por los tribunales de origen del título.

³⁴ En el Derecho procesal español, en la medida en que el despacho de ejecución conlleva la adopción de medidas ejecutivas (el embargo de la cuenta, conforme los arts. 549, 551 y 621 LEC) carecería de efectividad práctica solicitar la OERC como “medida cautelar” [vid. F.J. Cerdón Moreno, “La Orden Europea de Retención de Cuentas (Reglamento 655/2014) desde la perspectiva de un proceso seguido en España, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, julio 2014, <http://www.gomezacebo-pombo.com>, pp. 1–ss, esp. pp. 2–3). Sin embargo, esto no priva de interés a esta medida cuando se vaya a instar la ejecución de títulos procedentes de otros Estados miembros.

³⁵ Art. 7.2º en relación con el art. 8.2º.h) del Reglamento. si hay título ejecutivo deberá hacerse indicación de que aún no se ha ejecutado, conforme al art. 8.2º.i) del Reglamento.

la hora de apreciar estos requisitos, junto con un cierto riesgo a la protección del acreedor nacional³⁶.

Respecto al Derecho de fondo, exige el Reglamento que el acreedor presente “pruebas suficientes” para convencer al tribunal de las probabilidades de que prospere su demanda sobre el crédito.

Más problemática, y donde mayores diferencias se advierten entre los Derechos nacionales, es la acreditación de la urgencia. En el sentido del Reglamento, tal requisito debe entenderse de manera restrictiva. El art. 7.1º se refiere a una “necesidad urgente”. A tales efectos, el ap. 14 del Preámbulo aporta diferentes criterios para valorar la existencia de un riesgo real que impida o haga “considerablemente” más difícil la ulterior ejecución del crédito y criterios, que de forma singular, no sirven para probar tal exigencia. No podrán considerarse, de forma aislada, circunstancias tales como el impago del crédito, la existencia de otros acreedores o las dificultades financieras del deudor³⁷.

17. La interpretación estricta de las condiciones para la concesión de la OERC supondrá un elemento de equilibrio entre la protección del crédito y la protección del deudor. Los riesgos de esta discrecionalidad en la concesión poco rigurosa de la OERC, supone cargar sobre el deudor la vigilancia sobre el correcto funcionamiento del sistema lo que, con carácter general, no parece adecuado considerando que es una medida que se dicta *inaudita parte*. Este aspecto es especialmente importante si se considera el insuficiente régimen de responsabilidad del acreedor en el contexto del Reglamento. Ciertamente, el art. 12 del Reglamento exige, como presupuesto para dictar la OERC, la prestación de una caución por parte del acreedor. El tribunal debe exigir dicha caución de forma preceptiva cuando no hay título ejecutivo (admite dispensa según el caso concreto)³⁸; es potestativa su exigencia cuando ya existe título ejecutivo. La función de

³⁶ Los riesgos han sido especialmente advertidos desde las posiciones reticentes al Reglamento, como la de los británicos (Allen & Overy, *loc. cit.*). Pero también se han manifestado las dudas sobre la interpretación de estos requisitos por los tribunales nacionales en el ámbito continental [B. Nunner-Krautgasser, “Der geplante Rechstackt zur europäischen Kontenpfändung”, en B. Hess (Coord.), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Giesekeing, 2014, pp. 125 ss, esp. pp. 138–139; B. Hess y K. Raffelspieger, *loc. cit.*, p. 48]. Así se pusieron también de manifiesto en el Commission Staff Working Document [“Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts {COM(2006) 618 final}”, SEC/2006/1341]. Vid. la importante divergencia en la interpretación en el ámbito de los Derechos nacionales en B. Hess (“Study...”, *loc. cit.*, p. 129).

³⁷ A este carácter restrictivo se refiere D. Vilas Álvarez (*loc. cit.*, pp. 9–10). Entre los criterios a valorar la conducta del deudor respecto al crédito, su historial crediticio, la naturaleza de sus activos y las actuaciones recientes en relación a estos.

³⁸ *V.gr.*, se entenderá dispensable por el tipo de crédito (como el de alimentos) o por un importe menor de la deuda, que no haga presumibles daños o perjuicios al deudor (ap. 18 del Preámbulo).

esta caución puede entenderse doble: una finalidad disuasoria para el acreedor, frente a tentativas de abuso en la utilización de la orden; y una finalidad resarcitoria, de los daños que la orden pueda causar al deudor si aquella resulta posteriormente revocada. La consecución de la primera finalidad es incierta, en la medida en que depende de la discrecionalidad de los tribunales nacionales la propia determinación del importe de la caución. La segunda finalidad solo podrá alcanzarse parcialmente. Lo habitual es la existencia de cierta compensación entre la flexibilidad en la obtención de una medida cautelar y el rigor en la exigencia de la caución: a mayor facilidad en la obtención de la medida, mayor rigor en la garantía del acreedor si aquella resulta infundada³⁹. Sin embargo, ni el modelo uniforme de responsabilidad del acreedor establecido en el art. 13 está destinado a proteger al deudor frente a solicitudes de OERC infundadas⁴⁰ ni el propio régimen de la caución exigido al acreedor en el art. 12 garantiza la tutela del deudor en todos los supuestos. En concreto, el carácter residual de la caución cuando existe título, justificable en el Derecho nacional⁴¹, no lo es en el ámbito de una ejecución transfronteriza. En concreto, esta está sometida a determinadas vicisitudes que pueden dejar sin efecto, *a posteriori*, retenciones ya ejecutadas⁴². Es más, el propio Reglamento tipifica, en el art. 13, supuestos de responsabilidad del acreedor en casos de incumplimiento de obligaciones incluso en casos en los que existiera título ejecutivo previo⁴³.

3. Problemas en la ejecución

A) Particularidad de las notificaciones

18. La OERC tiene, en el ámbito de la ejecución transfronteriza de títulos ejecutivos, una posición singular. Por una parte, está dotada de ejecutividad inmediata y el título solo resulta impugnabile ante los tribunales del Estado de origen, de modo similar a lo que se produce con otros títulos ejecutivos europeos. Pero, por otra parte, se establece un listado de causas de impugnación de la ejecución

³⁹ Así, en el Derecho alemán o austríaco, cuando se permite la solicitud de una medida cautelar sin acreditación de *fumus boni iuris* se exige en todo caso como presupuesto la prestación de la caución (cf. B. Hess, "Study...", *loc. cit.*, p. 129).

⁴⁰ *Vid. infra*, nº 41.

⁴¹ Si ya existe título ejecutivo, el Derecho procesal español nada establece en relación con la necesidad de caución por parte del acreedor porque las medidas cautelares se configuran para supuestos en los que aún no se tiene dicho título (*vid.* art. 728 LEC).

⁴² En este sentido, pueden existir recursos pendientes en el Estado de origen si la resolución todavía no es ejecutiva, como se indica en el ap. 18 del Preámbulo, o pueden existir las circunstancias ya analizadas que dificulten la ejecución transfronteriza de la decisión.

⁴³ *V.gr.*, la obligación de liberar las cantidades retenidas, a la que se refiere el art. 13.2º.b), debe cumplimentarse después de la ejecución de la medida; por tanto, no es consecuente con esta obligación la dispensa de la caución si el acreedor tenía título ejecutivo previo.

ante los órganos del Estado de la ejecución que, parcialmente, duplica los motivos de impugnación posibles en origen.

La ejecución deberá ser instada, conforme a lo que establezca el Derecho del Estado de origen, por el acreedor o por el órgano jurisdiccional de oficio. No se establece en el Reglamento el plazo de caducidad para la acción ejecutiva que deberá entenderse sometido al Derecho del Estado de origen⁴⁴.

19. La ejecución será ordenada en todo caso por la “autoridad” competente del Estado de la ejecución, que no es imprescindible en este caso que se trate de un órgano jurisdiccional⁴⁵. El carácter preceptivo de la intervención de esta autoridad, para ordenar en todo caso la ejecución de la retención en su territorio, explica el régimen específico de notificaciones transfronterizas de la OERC que siempre deberán realizarse a través de la autoridad competente del Estado requerido, aunque con flexibilidad en relación con los medios de notificación⁴⁶. No resultan, por tanto, admisibles a estos efectos los medios de transmisión directa de actos judiciales permitidos por el art. 14 del Reglamento (CE) nº 1393/2007, que queda desplazado por el presente Reglamento⁴⁷. Esta misma vía es la que se utiliza, conforme al art. 36.5º, para la notificación de las resoluciones judiciales del Estado de origen que revoquen o modifiquen la orden de retención.

El Estado miembro de ejecución se define en función de lugar de localización de la cuenta, no del banco afectado⁴⁸. La autoridad del Estado de la ejecución puede encargarse de la comunicación sobre la retención de todas aquellas cuentas que se localicen en su Estado. La notificación debe realizarse a cada uno de los bancos afectados (es decir, al que pertenezcan las cuentas sobre las que se ha decretado la retención), debiendo enviarse a cada uno de ellos la parte A del for-

⁴⁴ Del art. 34.1º.b).iii), que regula la impugnación de la ejecución por privación de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial sobre el fondo, se deriva que tal aspecto queda regido por el Derecho del Estado de origen y parece lógico que entre tales circunstancias que pueden privar de fuerza ejecutiva se encuentre la caducidad de la acción. En relación con el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, vid. F.J. Garcimartín Alférez, *El Título Ejecutivo Europeo*, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 119–120.

⁴⁵ El Reglamento se refiere a “autoridad competente” del Estado de la ejecución (art. 23) diferenciándolo del órgano jurisdiccional, que debe dictar la orden.

⁴⁶ Art. 23.2º y 6º en relación con el art. 29, que establece que la transmisión de documentos podrá realizarse “por cualquier medio adecuado siempre que el contenido del documento recibido sea verídico y fiel al del documento expedido y que toda la información que contenga sea legible sin dificultad”. Sobre las especiales características de la notificación internacional de medidas de embargo de créditos vid. M. Michinel Álvarez, *Embargo internacional de créditos*, Vigo, Serv. Publicaciones Univ. Vigo, 1999, pp. 38 ss.

⁴⁷ Vid. la cláusula de compatibilidad del art. 48.a), que excluye la aplicación del Reglamento (CE) nº 1393/2007, entre otras, a las notificaciones que deban realizarse a la autoridad competente del Estado miembro de ejecución.

⁴⁸ Cf. art. 4.12º del Reglamento.

mulario⁴⁹. Si las cuentas están en diferentes Estados miembros, pertenezcan a no al mismo banco, la notificación deberá dirigirse a las diversas autoridades de ejecución que correspondan.

20. El banco asume la obligación de cumplimentar la OERC sin demora en cuanto la reciba, o, si así lo dispone el Derecho del Estado de la ejecución, en cuanto reciba instrucción de ejecutar la OERC (art. 24)⁵⁰. Se ha dicho al respecto que el banco se convierte en un órgano auxiliar de ejecución⁵¹. Establece en este punto el Reglamento una regulación detallada del modo de cumplimentación de la medida, incluyendo, entre otros aspectos, el orden de prelación si son varias las cuentas afectadas del mismo deudor en el mismo banco. La OERC no asume la función de satisfacción directa del crédito del acreedor, sino que se limita a la retención de los fondos o, si así lo dispone el Derecho nacional, a su transferencia a una cuenta establecida al efecto.

Cumplimentada la orden, el banco emitirá la declaración del art. 25, que será remitida al tribunal o autoridad del propio Estado (ya sea el que dictó la OERC o a la autoridad de ejecución, si la OERC la dictó tribunal de otro Estado). Solo a partir de ese momento, el responsable de la notificación (el órgano jurisdiccional del Estado de origen o, si así lo establece la ley de ese Estado, el acreedor) procederá a la notificación al deudor en las condiciones del art. 28. El régimen del Reglamento (CE) n° 1393/2007 solo resultará aplicable a las notificaciones a deudores domiciliados en terceros Estados.

B) Cantidades exentas de retención

21. Dentro de los límites a la ejecución, merece una especial atención el límite derivado de las cantidades exentas de retención con arreglo al Derecho del Estado de la ejecución (art. 31). En la versión definitiva del Reglamento, se ha renunciado a establecer un sistema armonizado de exención de cantidades, frente al modelo de la Propuesta que establecía como límite el respeto a lo necesario para asegurar la subsistencia del deudor⁵². La solución actual evita los problemas interpretativos sobre “qué es necesario para la subsistencia”, sobre todo en su aplicación a perfiles diversos de deudores, que no solo son personas físicas, sino también personas jurídicas, para las que el criterio del mínimo exento más bien tendría que ser en relación con recursos suficientes para que la empresa pueda

⁴⁹ Cf. art. 19.4°, en relación con el art. 23.6°.

⁵⁰ En el caso del Derecho español, la ejecución se impulsará de oficio en los términos del art. 738 LEC.

⁵¹ T. Domej, “Internationale Zwangsvollstreckung zwischen Territorialitätsprinzip, Gläubigerinteressen und Schuldnerschutz”, en B. Hess (coord.), *Die Anerkennung...*, op. cit., pp. 109 ss, esp. p. 119.

⁵² Vid. la versión del art. 32 de la Propuesta.

continuar desarrollando su actividad⁵³. La regla conflictual incluida en el art. 31, basada en la ley del Estado de la ejecución, se muestra además respetuosa con el criterio de la calificación procesal de la ejecución, pero puede generar algunos desajustes.

22. El primer desajuste se puede producir cuando la residencia habitual del deudor se encuentra en un Estado diferente al de la ejecución, lo que, por razones socio-económicas, puede incidir en la valoración sobre el nivel de “mínimo vital”. En atención a esta circunstancia, ya se habían manifestado posiciones a favor de aplicar la ley de la residencia habitual del deudor para determinar las cantidades exentas⁵⁴. Tal posición se conciliaría mal con la visión general procesal de la ejecución y obligaría a las autoridades de la ejecución a consultar una ley “extraña” al procedimiento de ejecución, de carácter autónomo y sumario. La solución en estos casos pasaría por aplicar una solución material a modo de “segundo escalón”: si la ley del Estado de la ejecución establece como cantidades exentas las necesarias para atender a la subsistencia, tal circunstancia debería ser objeto de una valoración “material” de la situación real del deudor en el Estado en el que reside.

23. El segundo desajuste puede derivar de los eventuales problemas de “inadaptación” que derivarían de una ejecución múltiple en diversos Estados miembros y que podrían generar una multiplicación (innecesaria) de las cantidades exentas. La corrección aquí dependerá de las diversas situaciones posibles. Si las leyes del Estado de la ejecución (o alguna de ellas) establece una cantidad fija como cuantía exenta (v.gr., 3.000 €), la aplicación eventual de las exenciones en otros Estados que superen esa cuantía, obligará a reducir o anular las exenciones sobre las cantidades que excedan el mínimo realizadas en otros Estados. Si la exención no es una cuantía fija, sino que una cantidad evaluable “en función de lo necesario para la subsistencia”, habría que hacer una evaluación en términos de segundo escalón (en los términos indicados) y anular la exención en lo que exceda. Si la exención se basa en conceptos de ingresos (salarios, pensiones, alimentos) entonces no se requerirá ninguna adaptación entre leyes en la medida en que no dependen de la cuantía.

⁵³ Vid. F. Martín Diz, “La orden europea de embargo de activos bancarios”, en C. Aragüena Fanego (coord.), *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, Comares, 2011, pp. 133 ss, esp. p. 144.

⁵⁴ Frente a ello en algún momento se propuso una solución “conflictual” a partir del criterio basado en el domicilio o residencia habitual del deudor, con argumentos además del coste social que supondría para el Estado del domicilio tener que hacerse cargo de un deudor que quedara sin recursos suficientes en su Estado (vid. B. Hess, *loc. cit.*, p. 99; Max Planck Working Group, “Comments on the European Commission’s Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgments in the European Union: the Attachment of Bank Accounts”, ec.europa.eu, p. 30; T. Domej, *loc. cit.*, p. 120).

24. Las exenciones por conceptos de ingresos plantean el problema adicional, que también deberá resolverse conforme al Derecho del Estado de la ejecución, de su tratamiento cuando han sido ingresados en la cuenta bancaria cuya retención se pretende⁵⁵. Los Derechos nacionales también presentan, en algunos casos, variaciones en el régimen de exención en función del tipo de crédito (por ejemplo, en relación con obligaciones alimenticias)⁵⁶; existirán, no obstante, dificultades prácticas para aplicar tales criterios de oficio en la medida en que, entre la información que se notifica a la autoridad del Estado de la ejecución, y en consecuencia al banco, no constan los datos relativos al crédito⁵⁷.

25. La exención puede funcionar de oficio o a solicitud del deudor, dependiendo de lo que establezca el Derecho del Estado de la ejecución: en el primer caso el juez o autoridad encargada de la ejecución o el banco (según quien corresponda) eximirá de la retención a las cantidades que correspondan; en el segundo caso, será el deudor quien deba reclamar para lograr liberar cantidades exentas utilizando el recurso del art. 34.1º.a). En contrapartida, en los casos de ejecución múltiple, cuando sea el acreedor el perjudicado por una aplicación cumulativa de exenciones (innecesarias), será este quien tenga la posibilidad de pedir a cualquiera de las autoridades de la ejecución la pertinente adaptación (art. 35.4º).

C) Liberación de las cantidades retenidas en exceso

26. Uno de los riesgos derivados de la ejecución de la OERC puede implicar una retención que exceda el importe fijado en la OERC. Dos son los supuestos en los que la situación de retención en exceso puede producirse: casos de ejecución múltiple por verse afectadas varias cuentas por la misma OERC; y casos de ejecución múltiple por acumulación de la OERC a medidas nacionales.

27. En casos de ejecución múltiple por diversidad de cuentas, la solución será diferente en función de que la orden afecte a varios bancos en el mismo Estado miembro o varias cuentas en Estados miembros diferentes.

i) Si las retenciones afectan a varias cuentas que pertenecen a distintos bancos (estén o no situados en mismo Estado miembro), la OERC se dictará por la cuantía correspondiente del crédito, debidamente acreditado (art. 17.4º), pero

⁵⁵ Las soluciones de Derecho comparado son variadas y van desde una exención total de tales ingresos, hasta la posibilidad de su retención una vez que han ingresado en una cuenta bancaria (*vid.* B. Hess, "Study...", *loc. cit.*, p. 67).

⁵⁶ *Vid.* B. Hess, *loc. cit.*, pp. 73-74.

⁵⁷ Tales datos sobre el crédito figuran en la parte B del formulario de la OERC, que solo se facilitan al acreedor y al deudor (art. 19 en relación con el art. 23).

cuando se trate de una OERC que afecte varios bancos, el formulario por el importe de la retención se notificará por separado a cada uno de ellos y, por tanto, existe riesgo de pluspetición. A tales efectos, es importante considerar que no se prevé un sistema de prorrateo del importe de la retención por cada entidad sino que puede reclamarse simultáneamente el importe total que figura en la parte A del formulario de la OERC a todos los bancos, con el consiguiente riesgo adicional que supone para el deudor.

ii) Si las retenciones afectan a varias cuentas del mismo banco, la solución puede ser diversa en función de que las cuentas se localicen en el mismo Estado miembro o en diversos Estados miembros. Si las cuentas están en el mismo Estado, será éste el responsable de retener sólo por el importe del crédito (art. 24.5º en relación con art. 26). Debe considerarse que en estos casos sólo se notificará un formulario A de la OERC que incluya el importe concreto a retener. Los riesgos de pluspetición (inevitable además para el banco) se darán en supuestos de varias cuentas en diferentes Estados, aunque pertenezcan a la misma entidad bancaria⁵⁸. Aquí los riesgos pueden venir de que las notificaciones sobre ejecución son territoriales (lo que formalmente podría causar desajustes o inadaptación en la ejecución entre diferentes Estados), pero la parte A del formulario que se notifica es la misma (la diversidad de partes A solo está pensada para diversos bancos, art. 19.4º). En este caso, cabe entender que la entidad bancaria asume, aunque la ejecución sea diversa en diversos Estados, la obligación del art. 24.5º de controlar que no haya excesos. De ser esto así, ello repercutirá evidentemente en el régimen de responsabilidad exigible al banco (*infra* nº 46).

28. La ejecución múltiple por diversidad de medidas, se dará cuando se hayan dictado varias medidas contra el mismo deudor y el mismo crédito. Junto a las obligaciones derivadas del art. 16, que operan antes de la ejecución, el art. 27 introduce una obligación para el acreedor de solicitar la liberación de las cantidades retenidas en exceso que opera *ex post*, cuando ya se han ejecutado la OERC y las medidas nacionales.

4. Duración de la retención: deficiencias en su configuración

29. Uno de los aspectos que cabe considerar más controvertidos del Reglamento es el relativo a la vigencia de la medida. En efecto, el 20 es una norma incompleta, que se limita a establecer la duración de la orden hasta su revocación, hasta que quede sin efecto su ejecución o hasta que surta efectos una medida de

⁵⁸ En este sentido en la versión del art. 28.1º de la Propuesta se dejaba claro que cuando la orden afectara a varias cuentas del mismo banco (sin mencionar si en un mismo Estado o en varios) era el banco el responsable de retener y cumplimentar la OERC hasta el importe especificado en la misma.

ejecución definitiva del título principal (resolución judicial, transacción o documento público) que reconoce el derecho de crédito. La imprecisión del precepto viene dada, por una parte, por no establecer un período temporal máximo de vigencia cuando esté destinada a ser sustituida por la ejecución de la decisión principal sobre el fondo cuya ejecución forzosa dependa de la voluntad del acreedor⁵⁹. Pero, por otra parte, el art. 20 también es impreciso porque deben determinarse los supuestos de revocación de la orden o de dejar sin efecto su ejecución. Tales supuestos con claramente identificables a instancia de parte, a través de los recursos de los arts. 33 y 34, pero no sucede lo mismo con la posibilidad de actuación de oficio en esta materia.

El Reglamento solo recoge, como motivo expreso de revocación de oficio, la no presentación de la demanda en los términos del art. 10 si la OERC se adoptó *ante causam*. Ninguna otra previsión uniforme se establece en el Reglamento sobre este punto. La cuestión es especialmente relevante en relación con las vicisitudes del título sobre el fondo del crédito (una desestimación de la demanda, sobreseimiento o una declaración de incompetencia de los tribunales para conocer del proceso sobre el fondo). Las posibilidades de valoración de oficio de tales vicisitudes en relación con la (pérdida) de vigencia de la orden o de su ejecución habrá que entender que quedarán sometidas a los Derechos procesales nacionales⁶⁰. De este modo, si así lo permite el Derecho del Estado de origen, el tribunal puede modificar o revocar la OERC por cambio de circunstancias (art. 35.2º), posibilidad de que, conforme a lo que venimos señalando, debería ser objeto de interpretación amplia. El resto de los supuestos posibles para revocar la orden o dejar sin efecto su ejecución de oficio deberán entenderse incluidos en la remisión general al Derecho procesal nacional establecida en el art. 46.1º del Reglamento. Dicha solución no se justifica fácilmente en el contexto del Reglamento: de hecho la concentración de competencia para dictar la OERC ante los tribunales del mismo Estado que dicta la resolución de fondo sobre el crédito justificaría una regulación autónoma y uniforme en el Reglamento sobre la incidencia esta resolución sobre la OERC⁶¹.

La pasividad del tribunal de origen también es criticable si se han incumplido los requisitos de notificación al deudor establecidos en el art. 28, siendo irrazonable que la carga frente a la indefensión la asuma en exclusiva el deudor a tra-

⁵⁹ El art. 21.7º de la Propuesta lo resolvía estableciendo un plazo de 30 días desde notificación o fuerza ejecutiva de la decisión (*vid.* al respecto R. Miquel Sala, *loc. cit.*, p. 238). En el ámbito del Derecho español, debe tenerse en cuenta el art. 731 en relación con el art. 548 LEC.

⁶⁰ Si tales pronunciamientos coinciden con el Estado de la ejecución, porque la OERC se haya dictado en ese Estado, la decisión sobre el fondo debería tener una eficacia inmediata sobre las medidas cautelares y, por tanto, debería ser privada de efecto de oficio. *Vid.* arts. 744 y 745 LEC.

⁶¹ Esta incidencia de la sentencia de fondo sobre el alzamiento de oficio de las medidas cautelares suele venir regulada en los Derechos nacionales; *v.gr.*, para el Derecho español, los arts. 744 y 745 LEC.

vés de los recursos que tiene disponibles. El tribunal que concedió la OERC y que ya debido recibir la declaración del banco sobre su cumplimiento, debería asumir un papel de garantía para comprobar y garantizar que dicha notificación se ha producido, máxime en los supuestos en los que es responsabilidad suya la realización de dicha notificación. En estos casos, debería estar expresamente admitida la revocación de oficio si tal notificación no se ha realizado⁶².

30. A las deficiencias anteriores, debe añadirse uno de los principales déficits del Reglamento que es la ausencia de un sistema de coordinación entre autoridad de origen y autoridad de ejecución, particularmente necesaria en relación con la pérdida de vigencia de la OERC por cuestiones relativas al título de fondo⁶³. Nuevamente, la única previsión sobre dicha comunicación está prevista para los supuestos de no presentación de la demanda en los términos del art. 10, que establece la remisión de un formulario de revocación a las autoridades del Estado de la ejecución. Este aspecto es especialmente criticable en aquellos supuestos en los que, conforme al Derecho del Estado de origen, sea precisamente el tribunal que dictó la OERC el encargado de instar la ejecución: el correlato lógico de esta función sería que también comunicara las incidencias posteriores que pudieran dejar sin efecto dicha ejecución.

IV. Instrumentos de defensa del deudor

1. Posibilidades de impugnación

31. Producida la notificación al deudor, en los términos del art. 28, se abren diferentes opciones para el deudor. Además, de poder solicitar la presentación de caución sustitutoria prevista en el art. 38, el deudor tiene un sistema doble de impugnación: o bien recurrir la OERC ante los tribunales de origen (art. 33), o bien recurrir la ejecución ante los tribunales o autoridades del Estado de la ejecución (art. 34). La opción por uno u otro incidirá, en su caso, en el motivo del recurso: junto con los motivos comunes, otros son exclusivos del Estado de origen o del Estado de la ejecución. También es diversa la eficacia de la resolución judicial:

⁶² Vid. al respecto la importante diferencia con los diferentes Reglamentos europeos en materia de competencia judicial internacional, que prevén siempre un sistema de suspensión de la continuación del proceso para garantizar la notificación de la demanda al demandado que no comparece (al respecto, el art. 28 RB I bis).

⁶³ Vid. B. Hess y K. Raffelsieper, *loc. cit.*, p. 52; ver también la necesidad de establecer este sistema de cooperación entre ejecuciones territoriales en T. Domej, *loc. cit.*, p. 121. Vid. en este punto la importante diferencia en relación con el Derecho concursal, *vid.* arts. 16 y 25 Reglamento (CE) n° 1646/2000. La versión de la Propuesta sí establecía un sistema de coordinación entre órgano del Estado de origen que dictó OERC y el tribunal del Estado miembro que conoce del proceso sobre el fondo (art. 20) para los supuestos en los que los tribunales pertenecían a diferentes Estados.

en el primer caso tiene un alcance transfronterizo hacia todos los Estados miembros donde haya sido ejecutada; en el segundo, simplemente deja sin efecto la ejecución de la retención en el ámbito territorial de ese Estado.

El elenco de motivos y las posibilidades de impugnación son amplios y puede entenderse que subyace en las mismas cierta compensación por el procedimiento *inaudita parte* de concesión de la medida. Con estas consideraciones, el deudor tiene, para los motivos comunes, una doble opción de recurso que utilizará valorando su conveniencia en cuanto a proximidad de los tribunales (y sus costes) y en cuanto al ámbito espacial de eficacia de la resolución, en función de que la ejecución se haya realizado en el ámbito de un Estado o en varios. Sin embargo, la contrapartida más evidente es que, al final, se carga al deudor con la obligación de controlar el rigor en la concesión y vigencia de la OERC, de una medida que ha ya sido ejecutada y que debe seguir soportando con su cuenta inmovilizada durante toda la tramitación del recurso hasta la obtención, en su caso, o de la revocación de la medida o del fin de la ejecución.

A) Impugnación de la OERC

32. Los motivos establecidos en el art. 33 pueden sistematizarse en tres grupos según estén basados en: las condiciones de concesión de la OERC y procedimiento establecido directamente en el Reglamento; el crédito garantizado; o hechos posteriores.

33. Dentro de los motivos basados en las condiciones de la OERC, la OERC puede impugnarse por no reunir las condiciones o requisitos establecidos en el Reglamento [art. 33.1º.a)]. Esta causa se configura como un *numerus apertus* incierto⁶⁴. En todo caso, este control parece estar pensando en un control basado en una relación *forum-ius*: se trata de la posibilidad de que el tribunal del Estado de origen reexamine los requisitos para la concesión de la OERC que dependen, esencialmente, de lo establecido en el Reglamento y, subsidiariamente, del Derecho de aquel Estado. Esto excluiría la revisión de cuestiones dependientes del Derecho del Estado de la Ejecución tales como cuentas inembargables, cantidades exentas o cuentas conjuntas. El ap. 32 de la Exposición de motivos ofrece, a título ejemplificativo, causas que podrían quedar incluidos en dicha disposición: que el asunto no sea transfronterizo, falta de competencia del tribunal, falta de presentación de la demanda sobre el fondo en plazo (art. 10) (si la orden no se revocó de oficio o se dejó sin efecto automáticamente), ausencia de *periculum in mora* o

⁶⁴ La diferencia es notoria respecto al art. 34 de la Propuesta, que concretaba las causas en los siguientes incumplimientos: del ámbito material del Reglamento, de la competencia judicial, de los requisitos *fumus boni iuris* y *periculum in mora* y de la falta de presentación de la demanda sobre el fondo en plazo.

el establecimiento de caución no cumpla requisitos⁶⁵. Quedaría, por tanto, incluido en el art. 33.1º.a) un control de la competencia para dictar la OERC⁶⁶. También podría invocarse, conforme al art. 2.2º, el incumplimiento del ámbito material del Reglamento.

Particularmente importante es la posibilidad de fiscalizar a través de este recurso la falta de acreditación del *periculum in mora* y del *fumus bonus iura*. Dado el margen de discrecionalidad que tiene el tribunal de origen para la valoración de tales requisitos, la impugnación prevista en este art. 33.1º.a) tiene el riesgo de convertirse en la práctica en una inversión en la carga de la prueba y obligar al deudor a tener que demostrar el carácter infundado de la solicitud de la OERC del acreedor.

El incumplimiento de los requisitos de notificación y traducción establecidos en los arts. 28 y 49.1º aparecen como motivo de impugnación de la OERC en los aps. b) y c) del art. 33.1º. Ya se ha indicado lo inadecuado de que tal motivo no se haya establecido como una garantía procesal que también debería operar de oficio. Además cabe criticar ahora la inexplicable laxitud de plazos: el art. 33º.1º.b) no solo amplía notablemente los plazos de notificación del art. 28, sino que además otorga una posibilidad de subsanación por otros 14 días desde que se haya informado al acreedor de esta impugnación, a lo que debe sumársele el período para resolver el recurso. Desde la perspectiva del acreedor, la solución dada por el art. 33 tampoco es la más adecuada, en la medida en que hace recaer sobre él el régimen de subsanación de la notificación cuando, dependiendo de lo que establezca el Derecho del Estado de origen, puede no haber sido siquiera responsable de la misma⁶⁷.

La falta de liberación de las cantidades retenidas en exceso, como motivo de revocación o modificación de la OERC, tendrá sentido cuando se hayan ejecutado medidas nacionales equivalentes en relación con el mismo crédito y deudor [art. 27.1º.b)]. Si la retención excesiva hubiera afectado a varias cuentas, el problema no está en la OERC en sí misma, sino en la ejecución simultánea en varias cuentas. En realidad, el motivo previsto en el art. 27.1º.b) nos lleva al tema de la inconciliabilidad de decisiones (dos ejecuciones misma deuda y mismo deudor) que también debería ser examinado de oficio, máxime cuando el acreedor haya podido informar al tribunal de origen de tales medidas con base en las obligaciones establecidas en el art. 16 del Reglamento⁶⁸.

⁶⁵ Vid., en ese sentido, el ap. 32 del Preámbulo.

⁶⁶ V.gr., una OERC dictada contra un deudor consumidor por unos tribunales diferentes al Estado del domicilio de este.

⁶⁷ Vid. también la crítica a este motivo en D. Vilas Álvarez, *loc. cit.*, p. 15.

⁶⁸ El art. 16 sólo se refiere a una obligación de información como presupuesto previo a la concesión de la OERC; sin embargo, dicha obligación debería hacerse extensiva a los supuestos en los que la OERC ya se hubiera concedido.

34. Los motivos de revocación basados en el crédito garantizado son el pago total o parcial de la deuda garantizada, la desestimación de fondo del crédito y la suspensión o anulación del título sobre el fondo cuya ejecución pretendía garantizarse media la orden [art. 33.1º aps. e), f) y g)]. Mientras que el pago por el deudor es razonable que deba invocarse por éste (o en su caso por el acreedor), dada la imposibilidad material de que el órgano judicial de oficio conozca tal circunstancia, no ocurre lo mismo con los dos motivos, particularmente porque la resolución de fondo ha tenido que dictarse por los mismos órganos jurisdiccionales que dictaron en su momento OERC. Que la revocación de la medida debiera ser automática en estos casos es evidente, sin que resulte justificado imponer la carga de la impugnación al deudor.

35. Finalmente, será motivo de solicitud de revocación un cambio de circunstancias desde que se dictó (art. 35.1º). A ello cabe añadir, con acuerdo con el acreedor, la posibilidad de invocar un acuerdo de liquidación de la deuda (art. 35.3º).

B) Impugnación de la ejecución de la OERC

36. Todos los motivos del art. 33, excepto las causas relativas a las condiciones de concesión de la OERC, pueden hacerse valer también contra la ejecución ante los tribunales de este Estado, tal y como recoge el art. 34. A estos, deben añadirse, causas vinculadas exclusivamente a la ejecución, incluyendo el orden público del Estado de la ejecución. Si partimos de la consideración de que no hay trámite de oposición a la ejecución (por cuanto es un procedimiento *inaudita parte* hasta que la retención ya se ha producido), los motivos que pueden hacerse valer frente a la OERC ya ejecutada solo serán los uniformemente establecidos en el Reglamento, sin que tenga cabida en este caso la invocación de motivos basados en el Derecho nacional⁶⁹.

37. Entre los motivos basados en los requisitos y condiciones del Reglamento que pueden hacerse valer para limitar o revocar la OERC se encuentra la limitación de la ejecución por cantidades exentas de embargo, ya sea porque corresponde solicitar la exención al deudor ó, siendo de oficio, no hayan sido tenidas en cuenta o lo hayan sido incorrectamente. También se incluyen en este ámbito las cuentas que resulten inembargables conforme al Derecho del Estado de la ejecu-

⁶⁹ El alcance de la remisión del art. 23.1º del Reglamento a los procedimientos aplicables a las órdenes nacionales equivalentes en el Estado miembro de la ejecución sería aplicable a los aspectos no regulados en el Capítulo 3 del mismo, que incluye la enumeración del art. 34 de motivos para dejar sin efecto la ejecución de la OERC.

ción o las cuentas de bancos centrales excluidas del Reglamento⁷⁰. Asimismo habría que entender incluidas las prohibiciones de retención a cuentas conjuntas o nominales que, conforme al art. 30, también podrían resultar “inmunes” a la retención si así lo dispone el Derecho del Estado de la ejecución, a pesar de que el art. 34 no recoge expresamente este supuesto⁷¹.

38. Los motivos basados en el título sobre el crédito garantizado, a los analizados en el marco del art. 33, deben añadirse como causas propias de la ejecución: la desestimación de la ejecución del título ejecutivo que se garantizaba con la retención y que el título sobre el fondo haya sido privado de fuerza ejecutiva en el Estado de origen. El primero puede derivar de una denegación de la ejecución del título con base en el procedimiento de los arts. 46 ss RB I bis, v.gr., sobre la base de la vulneración de una competencia exclusiva del Estado de la ejecución⁷². El segundo se producirá, sobre todo, en aquellos casos en los que se hubiera resuelto un recurso pendiente en el Estado de origen o que hubiera transcurrido el plazo para solicitar la ejecución (caducidad de la acción ejecutiva), si esta es a instancia de parte. Finalmente, también sería posible invocar un acuerdo sobre la liquidación de la deuda entre acreedor y deudor para dejar sin efecto o limitar la ejecución (art. 35.3º).

2. Responsabilidad del acreedor

39. El Reglamento establece asimismo un sistema de responsabilidad extracontractual exigible al acreedor, cuya finalidad es compensar la desprotección inicial del deudor frente a la retención sorpresa que está soportando. Dicho régimen, de influencia anglosajona, puede servir, parcialmente, como elemento disuasorio de posiciones abusivas por parte del acreedor⁷³ y funciona de manera complementaria a los recursos que pueda interponer el deudor frente a la OERC y/o frente a la ejecución.

⁷⁰ Art. 34.1º.b).i) que se remite a los aps. 3 y 4 del art. 2. Esto afectaría, por ejemplo, a la *Pfändungsschutzkonto* del art. 850 de la ZPO alemana. Obsérvese que al amparo de este motivo no podría alegarse que la OERC queda fuera del ámbito material del Reglamento (ap. 2 del art. 2) que, como se ha indicado, solo podría invocarse ante los tribunales del Estado de origen al amparo del art. 33.

⁷¹ Obsérvese, no obstante, que este supuesto no aparece expresamente recogido en el art. 34.

⁷² V.gr., una solicitud de OERC y una demanda ante un tribunal francés sobre un crédito de arrendamiento de un inmueble situado en España.

⁷³ Se ha visto este art. 13 como elemento de compensación frente al efecto sorpresa que supone para el deudor la adopción de la medida *inaudita parte* (B. Hess y K. Raffelsieper, *loc. cit.*, p. 52. Este régimen de responsabilidad viene, de este modo, a mitigar algunas de las críticas manifestadas desde posiciones británicas a la OERC por la desprotección que suponía para el deudor (*vid.* “The Brussels Update: the European account preservation order – friend or foe?”, <http://www.lawsociety.org.uk/communities/in-house-division/magazine/november-2014/european-account-preservation-order/>).

40. A falta de regulación específica en el Reglamento, la demanda de responsabilidad extracontractual del acreedor podrá presentarse ante los tribunales competentes conforme a las normas de competencia del RB I bis, dado que, como se ha indicado el acreedor (en este caso, demandado) deberá tener su domicilio en un Estado miembro. Al margen de supuestos (improbables) de sumisión, junto al criterio general del domicilio del demandado (art. 4), operará el criterio de la competencia especial del art. 7.2º) del Reglamento. Existiendo supuestos de plurilocalización entre el lugar del hecho (Estado donde se solicitó y dictó la OERC) y el lugar del daño (Estado de la ejecución), resultarán competentes alternativamente los tribunales de los Estados de origen o de ejecución de la retención. Particularmente conveniente puede resultar el criterio de competencia del Estado de origen: permite al deudor acumular ante los tribunales de ese Estado tanto la impugnación de la OERC (sobre la base del art. 33) y, además, la decisión podría ejecutarse directamente sobre la caución que al acreedor haya depositado en dicho Estado sobre la base del art. 12 del Reglamento.

41. El sistema de Derecho aplicable a la responsabilidad del acreedor se asienta sobre dos criterios: por una parte, una regulación autónoma de supuestos y tipos de responsabilidad; por otra parte, la determinación de la ley estatal aplicable que actúa de manera complementaria y subsidiaria a la regulación propia del Reglamento.

De los supuestos de responsabilidad regulados de manera autónoma, llama la atención que, frente al modelo establecido en algunos Derechos nacionales, no se establece en el Reglamento un régimen general de responsabilidad del acreedor por revocación de la OERC, lo que hubiera sido particularmente interesante si dicha revocación se produce por no cumplimiento de los requisitos y condiciones de concesión regulados en el mismo [art. 33.1º.a)]. Esto, por sí mismo, ya limita la finalidad disuasoria de la responsabilidad del acreedor frente a solicitudes de OERC abusivas o infundadas, cuya revocación en sí misma no compensa el daño (injustamente) sufrido por el deudor. Sin embargo, paradójicamente, son estos últimos los supuestos de responsabilidad del acreedor, y no los establecidos *ad hoc* en el art. 13, los que subyacen en el régimen de la caución exigible al acreedor.

Los supuestos tipificados de responsabilidad en el Reglamento, en los que además se presume la culpa del acreedor, aparecen vinculados a obligaciones claras que el Reglamento atribuye al acreedor y que pueden derivar o bien de la revocación de la OERC por no presentar la demanda sobre el fondo (a menos que hubiera mediado pago o acuerdo con el deudor) o por defectos de notificación o traducción cuando tales circunstancias dependan (conforme al Derecho del Estado de origen) del acreedor. No obstante, el supuesto de hecho generador de res-

ponsabilidad no es estrictamente un incumplimiento de dichas obligaciones (*v.gr.*, el plazo de notificación) sino la revocación de la OERC o que la ejecución haya quedado sin efecto, lo que incluye el plazo adicional de la subsanación que otorgan los arts. 33 y 34 del Reglamento. Por tanto, por esta vía se flexibilizan la obligación de notificación del acreedor y se limita la responsabilidad del mismo en el incumplimiento inicial del plazo fijado en el art. 28. Junto a ello, la tipificación autónoma de supuestos de responsabilidad refuerza las obligaciones del acreedor derivadas supuestos de ejecución múltiple de medidas de retención, tanto para comunicar *ex ante* las solicitudes paralelas (art. 16) como *ex post*, para solicitar la liberación de las cantidades retenidas en exceso (art. 27).

42. Junto a estos supuestos establecidos de manera autónoma, el art. 13 del Reglamento establece una norma de conflicto específica para determinar la ley aplicable a la responsabilidad del acreedor que, además, desplaza al RR II⁷⁴, y que parte de la aplicación de la ley del Estado miembro de ejecución; en caso de ejecución en diversos Estados, se aplicará la ley del Estado de ejecución que coincida con la residencia habitual del deudor; en su defecto, la ley del Estado ejecución que tenga la conexión más estrecha. El ap. 19 de la Exposición de motivos indica, a estos efectos, la ley más vinculada podrá determinarse en función de la cuantía retenida. No obstante, dependiendo el motivo de responsabilidad, también podría operar como conexión más estrecha la del Estado de la ejecución donde debiera haberse solicitado la liberación de cantidades retenidas en exceso (*v.gr.*, por ejecución previa de una medida nacional).

Aunque formalmente la aplicación de la ley del Estado de la ejecución desplaza al RR II, en la práctica sería poco probable una solución divergente con el resultado al que llevaría la aplicación de este⁷⁵. En este sentido, frente a la alternativa propuesta de algún sector de aplicar la ley del Estado de origen de la OERC⁷⁶, parece justificada la aplicación de la ley Estado ejecución como idónea, porque está en sintonía con el régimen general de responsabilidad extracontractual del RR II y es, además, acorde con la visión “procesalista” del Reglamento OERC⁷⁷.

⁷⁴ Cf. la cláusula de compatibilidad del art. 48.f).

⁷⁵ Una solución divergente de Derecho aplicable conforme al RR II (art. 4.2º) podría darse en el caso de residencia habitual común del acreedor y deudor en un Estado diferente al Estado de la ejecución, aunque esta circunstancia será poco probable a la vista del ámbito espacial del Reglamento (UE) 655/2014; además, generalmente, la residencia habitual del deudor coincidirá con el lugar de la cuenta.

⁷⁶ Vid. D. Solomon, “Haftung, Sicherheitsleistung und Unertakings im Internationalen Vollstreckungsrecht”, en B. Hess (coord.), *Die Anerkennung...*, op. cit., pp. 190 ss, p. 212.

⁷⁷ No obstante, debe considerarse que, en algunos supuestos, aunque el régimen de responsabilidad del acreedor quede sujeto al Derecho del Estado de la ejecución, el hecho generador de la responsabilidad

La ley del Estado miembro de la ejecución funciona, por una parte, como norma complementaria a los supuestos tipificados en el Reglamento para regir aquellos aspectos no regulados por este, tales como la cuantificación del daño, la transmisibilidad de la legitimación pasiva. Pero dicha ley también funciona, por otra parte, para determinar de manera subsidiaria otros supuestos y tipos de responsabilidad no contemplados directamente en el art. 13. Así, podría tener cabida un sistema general de responsabilidad vinculada a los daños producidos por cualquier OERC que posteriormente haya sido revocada⁷⁸, siempre que no resulten inconciliables con los supuestos regulados por el Reglamento⁷⁹. Del Derecho nacional de la ejecución también depende el establecimiento de tipos de responsabilidad (responsabilidad por culpa, responsabilidad por riesgo, responsabilidad objetiva), dependiendo de las soluciones establecidas en el Derecho de los Estados miembros⁸⁰.

43. En todo caso, el art. 13 solo rige el régimen de responsabilidad del acreedor frente al deudor, pero no frente a terceros que pudieran verse perjudicados por la retención. El caso más claro: el cotitular de una cuenta conjunta que se haya visto afectada por la retención. Dejando al margen una eventual retención ilegal de una cuenta de este tipo (que se hubiera saltado la prohibición establecida en el Derecho del Estado de la ejecución), aun en los supuestos de retención legal (en los márgenes permitidos en el Derecho del Estado de la ejecución, el cotitular de la cuenta debería tener las mismas posibilidades de resarcimiento por daño que el deudor en la medida en que se le ha causado perjuicio antijurídico⁸¹.

3. Responsabilidad del banco

44. La demanda de responsabilidad del banco podrá interponerse ante los tribunales competentes conforme a los criterios del RB I bis. Si es un contrato de

puede partir de la ley del Estado de origen: así ocurre, *v.gr.*, en relación con las obligaciones que corresponden al acreedor en relación con la notificación al deudor [art. 13.1º.d) en relación con el art. 28].

⁷⁸ En este sentido, *vid.* el art. 742 LEC, los arts. 708-717 de la ZPO alemana o el art. 96.2 del *Codice procedura civile* italiano. En la medida en que los Derechos nacionales establezcan una responsabilidad basada en la revocación de la medida, podrían incluirse aquí cualquier motivo de revocación de la misma, más allá de los supuestos tipificados en el art. 13 del Reglamento.

⁷⁹ Cabría entender como inconciliable con el Reglamento el establecimiento de la responsabilidad del acreedor en el caso de revocación de la OERC por no haber presentado sobre el fondo, aunque esto se hubiera debido al pago por el deudor, en contra la regulación del art. 13.2º.a) del Reglamento.

⁸⁰ Así, *v.gr.*, los §§ 708-717 de la ZPO, recogerían un sistema de responsabilidad por riesgo; el art. 96.2º del *Codice procedura civile*, se basaría en la responsabilidad por culpa (B. Hess y K. Raffelsieper, *loc. cit.*, p. 51).

⁸¹ Tener en cuenta a estos efectos que el cónyuge podría disponer de los mismas posibilidades impugnación y recursos que el ejecutado frente al embargo de medios gananciales (*vid.* art. 541.4º LEC).

consumidores, podrá el deudor interponer la demanda en su domicilio o en el de la sucursal de la entidad; si no es contrato de consumidores, estaremos al criterio del domicilio de la entidad (si cumple alguna de las condiciones del art. 63) o el lugar de la cuenta y ejecución [conforme al art. 7.1º.b)].

45. La responsabilidad del banco se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución (art. 26)⁸². En todo caso, al igual que se indicaba en relación con la responsabilidad del acreedor, parece poco probable una solución de Derecho aplicable divergente al resultado al que nos llevaría al RR II, quizá con la excepción de valorar la accesoriedad derivada de una eventual diferente ley rectora del contrato bancario (entre deudor y banco) (art. 4.3º RR II). Aun así, parece subyacente en el Reglamento una fragmentación de responsabilidades en función de la fuente de las obligaciones de la entidad bancaria: si derivan del contrato, se someterían al régimen de responsabilidad contractual o extracontractual correspondiente al incumplimiento de dichas obligaciones; si las obligaciones derivan del Reglamento (en relación con el régimen de cumplimiento de la OERC), la responsabilidad se determinará “exclusivamente” conforme a la ley rectora del Estado miembro de la ejecución. Esto no obstaría, para que el resto de los aspectos sobre responsabilidad extracontractual (cuantificación del daño, la transmisibilidad del derecho a reclamar por daños...) quedaran sometidos al régimen conflictual del RR II.

46. Unos supuestos de responsabilidad son los que se derivarían del incumplimiento de los límites establecidos en el Derecho del Estado de ejecución en relación con las cuentas. Así, si el Derecho del Estado de la ejecución obliga al banco a limitar el cumplimiento de la OERC si hay cantidades exentas (art. 24.2º, que introduce expresamente la salvedad “a reserva de lo dispuesto en el art. 31”), un incumplimiento de esta obligación determinará la responsabilidad del banco.

También cabrá entender que el banco asume ciertas obligaciones en relación con las cuentas inembargables con arreglo al Derecho del Estado de la ejecución⁸³. El banco asume la obligación de cumplimiento de la OERC conforme a las normas imperativas de la ley del Estado de la ejecución, debiendo tener, por tanto, la posibilidad de rechazar su ejecución en estos supuestos. Además, cabe entender que el banco está en mejor situación para conocer las reglas sobre

⁸² A pesar de que, a diferencia de la responsabilidad del acreedor del art. 13, la cláusula de compatibilidad del art. 48.f) no menciona que el art. 26 desplace al RR II, lo cierto es que cabe entender, aplicando la cláusula de compatibilidad del RR II (art. 27), que en todo caso prevalece la regla conflictual específica introducida en el Reglamento OERC.

⁸³ Debe hacerse notar que las cuentas inembargables solo están previstas en el Reglamento como supuestos que podría invocar el deudor frente a la ejecución de la OERC [art. 34.1º.b).i)].

inembargabilidad del Estado de la ejecución; resulta inviable que un juez que dicte OERC que afecte a cuentas en varios Estados pueda conocer todas las legislaciones estatales sobre cuentas inembargables.

Asimismo cabrá considerar la responsabilidad que asume el banco de retener las cuentas hasta el importe fijado en la OERC (art. 24.5º en relación con art. 26), lo que si bien es sencillo cuando solo es una la cuenta afectada, puede resultar más complicado cuando son varias las cuentas afectadas, particularmente si se entiende que tal obligación puede alcanzar a cuentas localizadas en diferentes Estados miembros (*vid. supra* nº 27). En este último caso, habrá que considerar que, en todo caso, la responsabilidad del banco queda matizada por las vicisitudes que pueden producirse en la ejecución en la medida en que esta depende de diversas autoridades por cada uno de los Estados de ejecución.

Finalmente, resultaría exigible responsabilidad al banco por incumplimiento de las obligaciones que le incumben en materia de notificación de la declaración de cumplimiento de la OERC conforme al art. 25. Dicha notificación debería haberse realizado de forma “oficiosa” si así lo había requerido el deudor (art. 25.4º), lo que habrá de entenderse, en su caso, como un pacto en el marco del contrato bancario que une al deudor con la entidad. Pero también habrá de realizarse de forma oficial, al tribunal de origen o autoridad de ejecución (según los casos), cuyo incumplimiento puede llegar a determinar la revocación de la OERC (art. 33.1º.b) o a que quede sin efecto su ejecución [art. 33.1º.b).iv)].

V. Defensa de derechos de terceros

1. Competencia y ley aplicable

47. La OERC también puede perjudicar los derechos de terceros. Aquí son varias las situaciones posibles: cotitulares de cuentas conjuntas, titulares del dinero retenido en el caso de cuentas nominales u otros acreedores del deudor. A tales efectos, el art. 39 establece un sistema de competencia judicial y de ley aplicable.

48. Para la competencia judicial, establece el art. 39.3º la posibilidad de que los terceros impugnen la OERC o su ejecución ante los tribunales del Estado de origen o los tribunales del Estado de la ejecución. Tales criterios se establecen “sin perjuicio de otras normas de competencia establecidas en el Derecho de la Unión o el Derecho nacional”. En realidad, esta compatibilidad con otros criterios de competencia debe entenderse en relación con las demandas que puedan interponerse que no sean ni las de impugnación de la OERC ni la impugnación de su ejecución, para las que resultarían “exclusivamente” competentes los tribunales de origen o de ejecución, respectivamente. De este modo, para otro tipo de acciones,

como las relativas a la responsabilidad extracontractual o al ejercicio de las acciones reivindicatorias, seguirán siendo aplicables los criterios generales de competencia basados en el RB I bis.

49. Esta misma interpretación sirve en relación con la solución de Derecho aplicable. El art. 39 establece que el derecho a impugnar una OERC se registrará por el Derecho del Estado miembro de origen y el derecho a impugnar su ejecución se registrará por el Derecho del Estado de ejecución. Se está pensando en una correlación *forum-ius*, análoga en su funcionamiento al régimen previsto en los arts. 33 y 34, en relación con los recursos disponibles para el deudor. El ámbito de aplicación de esta ley se limitará a establecer la posibilidad de interponer esta acción por el tercero en el procedimiento concreto. Se limita a un tratamiento como cuestión procesal a través de los incidentes en el Derecho nacional, para impugnar una retención, como sería el caso de tercerías de dominio o tercerías de mejor derecho, lo que se ha visto como una limitación a la eficacia de la medida⁸⁴. Será ese Derecho el que determine la posición en la que un tercero puede colocarse para impugnar la retención. Nada se deriva de esta remisión del art. 39.1º y 2º en relación con la ley aplicable al fondo, sobre la determinación del derecho de propiedad del dinero, circunstancia en la que podrán influir, entre otros aspectos, el régimen económico matrimonial a la hora de fijar el carácter ganancial o privativo, o el derecho rector del contrato entre el deudor y el tercero, a los efectos de determinar el derecho de crédito de éste.

2. Titulares de cuentas conjuntas y nominales

50. La incidencia de los derechos de terceros puede manifestarse particularmente en relación con la retención de cuentas conjuntas y nominales, cuya retención solo será posible si así lo permite el Derecho Estado de ejecución (art. 30)⁸⁵. En estos casos, si la retención se ha ejecutado ilícitamente, el Derecho del Estado de la ejecución establecerá las posibilidades de impugnación de la ejecución de la OERC por parte del cotitular de la cuenta⁸⁶. Si la retención se ha practicado

⁸⁴ D. Vilas Álvarez, *loc. cit.*, p. 16. Tales derechos pueden ser tercerías de dominio (si el tercero reclama la propiedad) o de mejor derecho (otro acreedor en otro proceso contra el mismo deudor). En el caso del Derecho español, el art. 729 LEC limita la posibilidad de plantear una tercería de mejor derecho para evitar posibles pactos fraudulentos entre el deudor y el segundo acreedor (*vid.* en R. Miquel Sala, *loc. cit.*, p. 233).

⁸⁵ Existen notables diferencias en este punto en el Derecho comparado de modo que, mientras que Alemania lo permite, el Reino Unido no, a menos que todos los titulares sean deudores. En el Derecho español la cuestión parece controvertida: la jurisprudencia española parece inclinarse por posibilidad de embargo, sin perjuicio de acción posterior de los titulares para demostrar titularidad dominical del dinero (*vid.* art. 541 LEC); otros piensan, por analogía con el art. 171.2º Ley 58/2003 Ley General Tributaria, que solo procedería el embargo de la parte alícuota de la cuenta (*vid.* R. Miquel Sala, *loc. cit.*, p. 232).

⁸⁶ Recordando que el art. 34 del Reglamento no contempla expresamente este supuesto.

lícitamente (porque así lo permitía la ley del Estado de la ejecución) la impugnación se realizará sobre la base de la reivindicación de la titularidad del dinero. En muchos casos, tratándose de cuentas conjuntas entre cónyuges, dicha titularidad estará condicionada por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, expresamente excluido del ámbito material del Reglamento.

51. Un problema concreto podría presentarse en el caso de las cuentas nominales (*Treuhandkonto* o *compte de mandataire*)⁸⁷: el deudor es titular de la cuenta pero los fondos pertenecen a un tercero; o al revés, un tercero aparece como titular pero los fondos son del deudor. En la medida en que la OERC deba hacerse constar la titularidad formal de la cuenta, resultará difícil que el banco justifique la no cumplimentación basándose en que el titular de la cuenta no se corresponde por el titular de los fondos; o viceversa, identificado un deudor como titular de los fondos, el banco podrá decir que no se corresponde con el titular formal de la cuenta. Las garantías del Reglamento van orientadas siempre a identificar una cuenta “a nombre del deudor”, ya que entrar en el debate de quién es titular del dinero lleva a una cuestión de fondo que no puede considerar ni el juez cuando dicta OERC ni el banco cuando la cumplimenta, a menos que en la cuenta caracterizada como nominal se identifique claramente quién es el titular del dinero. Al igual que en las cuentas conjuntas, la ley del Estado de la ejecución determinará el régimen de impugnaciones de la ejecución de la OERC alegando la titularidad del dinero retenido.

3. Concurrencia de acreedores

52. Uno de los elementos más controvertidos del Reglamento es precisamente considerar el impacto que la OERC puede tener sobre la economía y la protección de la viabilidad empresarial a largo plazo, en lo que incide directamente la posición que vaya a ocupar la OERC en casos de concurrencia de acreedores. Para ello es necesario conocer la posición de la OERC en el conjunto o en relación con otros acreedores, considerando los diversos modelos nacionales en presencia que parten o bien del criterio de la prioridad temporal o de la posición igualitaria entre todos. Y también es necesario determinar la incidencia de la OERC en relación con la protección general de los acreedores colectivos, en relación con procedimientos de insolvencia o similar⁸⁸.

⁸⁷ En Derecho alemán, sólo pueden embargarse por acreedores de quien aparece como titular de la cuenta (no de los fondos (R. Miquel Sala, *loc. cit.*, p. 232).

⁸⁸ En este sentido, otra de las preocupaciones manifestadas desde sectores británicos es de evitar que se priorice la OERC, como garantía de un acreedor individual, respecto a los acreedores colectivos (https://www.r3.org.uk/media/documents/working_in_parliament/R3_consultation_response_EAPO_FINAL.pdf, p. 5).

En este contexto, el Reglamento parte de una idea de máximo respecto a los modelos nacionales y a los procedimientos colectivos de protección de acreedores. Esto explica que la OERC, conforme al art. 32, pasa a ocupar la misma posición que tenga una medida nacional equivalente en el Estado de ejecución y que trata de no incidir en los procedimientos de ejecución colectiva de acreedores.

53. Con vistas a una prelación de créditos, un acreedor individual podrá, de este modo, hacer valer su derecho y las medidas que tenga a su favor frente a la OERC, considerando la misma posición de esta a la medida nacional equivalente del Derecho del Estado de la ejecución. El mismo tratamiento habría de darse en el caso de que se tratara de varias solicitudes de OERC presentadas por diferentes acreedores en relación con el mismo deudor y la misma cuenta, situación posible dado que la prohibición de solicitudes paralelas del art. 16 solo afecta a las que sean instadas por el mismo acreedor y crédito. La prelación será, por tanto, la marcada por el Derecho nacional (división igualitaria, prioridad temporal) y las consecuencias que procedan para garantizar las cantidades exentas de retención. La fecha de la eficacia misma de la OERC queda en el ámbito de los Derechos nacionales. Habrá de valorarse en todo caso la especial posición que podrían tener determinados acreedores (*v.gr.*, en relación a créditos de alimentos) que inmuni-
zan retenciones posteriores⁸⁹.

54. En relación con los procedimientos de insolvencia, el ámbito material del Reglamento limita su aplicación respecto a los deudores que estén incursos en un procedimiento de insolvencia o procedimientos análogos. Se parte, de este modo, de la perspectiva amplia que permitiría incluir aquí procedimientos en situaciones de preinsolvencia y otros procedimientos híbridos previstos en los Derechos nacionales⁹⁰.

Si el procedimiento de insolvencia se inicia después de la solicitud de la OERC, conforme al art. 46.2º, su incidencia sobre las ejecuciones individuales iniciadas dependerá del Derecho del Estado miembro en el que se haya iniciado el procedimiento de insolvencia⁹¹.

⁸⁹ En este sentido, los Derechos nacionales pueden establecer fechas diferentes para determinar dicha eficacia: la fecha de su adopción, la de su notificación al banco, la de la declaración del banco o la de la notificación al deudor (*vid.* D. Vilas Álvarez, *loc. cit.*, p. 14).

⁹⁰ Esta misma perspectiva amplia es que la se incluye en la nueva Propuesta de Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, Documento COM (2012) 744 final, pp. 2 y 3.

⁹¹ Tal remisión reitera la regla establecida en el art. 15 Reglamento (CE) nº 1346/2000 de insolvencia. Tener en cuenta en ese sentido la posible eficacia retroactiva que podría tener el procedimiento de insolvencia frente a créditos anteriores (*vid.* B. Hess, "Study...", *loc. cit.*, p. 73, nota 395, en relación con el Derecho alemán).

VI. Conclusiones

55. El avance más significativo de la OERC consiste en establecer un régimen que permite la ejecución transfronteriza de una medida cautelar sin audiencia del demandado. Por su configuración espacial, también supone una introducción de una medida alternativa en los Derechos nacionales como garantía de ejecución de títulos nacionales, siempre que el acreedor tenga su domicilio en otro Estado miembro. Finalmente, se configura un sistema, aunque menos ambicioso que el inicialmente pretendido, para la cooperación en el sistema de averiguación de datos bancarios.

56. Las limitaciones más importantes derivan de la carga excesiva que tiene el deudor la vigilancia sobre el correcto funcionamiento del sistema. La sobreprotección del acreedor puede tener el efecto contrario al pretendido, pudiendo implicar un freno a las operaciones transfronterizas por los riesgos para el deudor y la incertidumbre que para otros acreedores podría suponer tal medida. En este contexto, se identifican las principales deficiencias del Reglamento:

- Los amplios márgenes de discrecionalidad de los tribunales nacionales para la concesión de la OERC.
- La falta de simetría entre la regulación de la caución (art. 12) con el régimen de responsabilidad del acreedor (art. 13), cuyas configuraciones no están adaptadas al carácter transfronterizo de la medida y a las contingencias derivadas de la responsabilidad conforme al Derecho del Estado de la ejecución.
- La excesiva flexibilidad temporal para la notificación *ex post* de la medida y la falta de previsión de control por los tribunales de origen.
- El inexplicable silencio sobre el control de oficio de los tribunales para la vigilancia de la duración de la OERC. En particular, el Reglamento debería estar prevista la revocación de oficio por desestimación de la resolución sobre el fondo, en los supuestos de incumplimiento de las normas sobre notificación y en caso de cantidades retenidas en exceso en el Estado de la ejecución.
- La falta de coordinación entre tribunales del Estado de origen y del Estado de la ejecución, imprescindible cuando el sistema se basa en la concesión de una medida *inaudita parte*.

Bibliografía

- Allen & Overy: “The New European Account Preservation order – A Nightmare for Defendants and a Litigant’s Dream?”, <http://www.allenoverly.com>.
- Arenas García, R.: “La inclusión progresiva el arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. II, 2009, nº 2, pp. 401 ss.
- Cordón Moreno, F.J.: “La Orden Europea de Retención de Cuentas (Reglamento 655/2014) desde la perspectiva de un proceso seguido en España, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, julio 2014, <http://www.gomezacebo-pombo.com>, pp. 1–ss.
- Domej, T.: “Internationale Zwangsvollstreckung zwischen Territorialitätsprinzip, Gläubigerinteressen und Schuldnerschutz”, en B. Hess (Coord.) *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Giesecking, 2014, pp. 109 y ss.
- Domínguez Ruiz, L.: “La Orden Europea de retención de cuentas”, *Rev. Derecho civil*, vol. I, 2014, pp. 243 ss.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw–Hill, 1996.
- Garcimartín Alférez, F.J.: *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2006.
- Hess, B.: “Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures”, 2004, http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf
- Hess, B. y Raffelsieper, K.: “Die Europäische Kontenpfändungsverordnung: Eine überfällige Reform zur Effektivierung grenzüberschreitender Vollstreckung im Europäischen Justizraum”, *IPRax*, 2015, pp. 46 ss.
- Michinel Álvarez, M.: *Embargo internacional de créditos*, Vigo, Serv. Publicaciones Univ. Vigo, 1999.
- Miguel Asensio, P.A. de: “Algunos aspectos de Derecho internacional privado del régimen de las órdenes europeas de retención de cuentas bancarias”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/06/algunos-aspectos-de-derecho.html>.
- Miquel Sala, R.: “La futura Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil”, *CDT*, vol. 4º, 2012, nº 2, pp. 217 ss.
- Nunner–Krautgasser, B.: “Der geplante Rechtstakt zur europäischen Kontenpfändung”, en B. Hess (Coord.), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Giesecking, 2014, pp. 125 y ss.
- Solomon, D.: “Haftung, Sicherheitsleistung und Unertakings im Internationalen Vollstreckungsrecht”, en B. Hess (Coord.), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht*, Bielefeld, Giesecking, 2014, pp. 190 y ss.
- Vilas Álvarez, D.: “El Reglamento por el que se crea una Orden Europea de Retención de Cuentas y Mercantiles: claves de su elaboración”, *La Ley mercantil*, nº 6, septiembre 2014.

CONTRATOS DE CONSUMO EN EL TRÁFICO COMERCIAL UE–TERCEROS ESTADOS*

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ**

SUMARIO: I. Introducción. II. Profesional en la UE y consumidor en tercer Estado: 1. La desprotección procesal del consumidor: A) La irrelevancia de la captación en tercer Estado; B) El silencio sobre el traslado de domicilio del consumidor. 2. Contradicciones en la normativa sustantiva: A) La desprotección del consumidor protegido; B) La protección del consumidor desprotegido. III. Profesional en tercer Estado y consumidor en la UE: 1. Un *forum actoris* imperfecto: A) Perspectiva de Estados miembros; B) Perspectiva de terceros Estados. 2. Lagunas en los estándares sustantivos de protección: A) Planteamiento; B) Mecanismos correctores. IV. Conclusiones.

RESUMEN: Los contratos de consumo vinculados a terceros Estados son de especial interés para el Derecho de la UE, que, sin embargo, ofrece una respuesta mejorable. En particular, la situación “profesional en la UE–consumidor en tercer Estado” se caracteriza por la falta de protección del consumidor denominado “pasivo” por parte del Reglamento “Bruselas I bis”. Asimismo, se observan ciertas contradicciones derivadas de la distinta definición de consumidor ofrecida por el Reglamento “Roma I” y por la Directiva 2011/83. La situación “profesional en tercer Estado–consumidor en la UE” se ve muy influida por la nueva regulación del Reglamento “Bruselas I bis”, que permite al consumidor reclamar en su propio domicilio, pese a que muchos de los convenios de reconocimiento firmados por España considerarán a la eventual sentencia “claudicante” y de imposible reconocimiento en el tercer Estado contratante. Por su parte, el Reglamento “Roma I” deja sin la protección del Derecho de la UE al consumidor residente en Estado miembro que es captado en otro Estado miembro, desprotección que se corrige gracias a las leyes de policía europeas.

PALABRAS CLAVE: CONTRATO DE CONSUMO – COMERCIO UE–TERCEROS ESTADOS – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – LEY APLICABLE – RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.

ABSTRACT: *Consumer Contracts at Commercial Traffic EU–Third Countries*

The EU Law is especially interested in the consumers contracts linked to third countries, although its response is improvable. Particularly the case “EU professional–consumer from third country” is characterized by the lack of protection of the so called “passive” consumer under the rules of the “Brussels

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto de la Fundación Ramón Areces (2013–2015) “Régimen jurídico de la comercialización y distribución internacional”, del que es investigador principal el autor.

** Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo

I.a” Regulation. Moreover, certain contradictions are observed by the different definitions of “consumer” provided by “Rome I” Regulation and by Directive 2011/83. On the other hand, the case “professional from third country–EU consumer” is very influenced by the new rules of “Brussels I.a” Regulation, under which the consumer is entitled to claim in his proper domicile. However, the eventual decision will be considered unable to be recognized by many conventions on recognition and enforcement concluded by Spain and third countries. Meanwhile the protection of the EU Law is not guaranteed by “Rome I” Regulation in relation to consumers attracted in a Member State other than the Member State of his residence. This lack of protection is corrected by the EU overriding mandatory provisions.

KEYWORDS: CONTRACT OF CONSUMER – EU–THIRD COUNTRIES RETAIL – INTERNATIONAL JURISDICTION – APPLICABLE LAW – RECOGNITION AND ENFORCEMENT.

I. Introducción

1. El análisis de los contratos de consumo vinculados a terceros países no miembros de la UE¹ presenta un especial interés tanto desde una perspectiva económica como jurídica. Económicamente, esta realidad resulta esencial para diseñar las estrategias de internacionalización de la actividad empresarial, ya que es en las relaciones comerciales en terceros Estados en las que se observan mayores obstáculos, mientras que en las relaciones en elEEE las barreras en el mercado minorista cada vez son más reducidas. Máxime cuando es constatable que los estándares de protección delEEE para el destinatario final², captado o no, son altos en relación con otros mercados de nuestro entorno.

¹ Algunas de las observaciones aquí realizadas pueden extenderse a otros espacios. En competencia judicial, así ocurrirá con las alusiones al Convenio de Lugano sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones de 30 octubre 2007, respecto de Estados firmantes que sean miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio y no de la UE. En ley aplicable, las alusiones a la Directiva 2011/83 incluirán a los Estados del Espacio Económico Europeo.

² El consumidor ha de celebrar el contrato para un uso ajeno a su actividad comercial o profesional, aspecto que se valorará caso por caso en función de las circunstancias de hecho (STJCE de 19 enero 1993, as. C-89/91: *Shearson Lehman Hutton c. TVB*). Entre estas circunstancias, cabe destacar que el aval ofrecido por una persona física respecto de una sociedad en la que tiene una participación mayoritaria o una obligación de gestión no se entiende un uso particular ajeno a la actividad profesional (STJUE de 14 marzo 2013, as. C-419/11: *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*). Del mismo modo, las empresas que actúen por subrogación o por cesión de derechos del consumidor no tendrán la misma consideración que dicho consumidor (STJCE 19 enero 1993, as. C-89/91: *Shearson Lehman Hutton c. TVB*), sin perjuicio de que el derecho objeto de cesión o de subrogación quede regido por la ley rectora del contrato de consumo (art. 14.2º RR I). Además, si el contrato está destinado tanto a un uso personal como a uno profesional, por ejemplo, arreglos en una granja donde vive el agricultor, el contrato solo será de consumo si el uso profesional es marginal e insignificante, pudiendo valorarse la apariencia generada de profesionalidad frente a la contraparte (STJUE 20 enero 2005, as. C-464/01: *Johann Gruber c. Bay Wa AG*). Por último, no es consumidor quien contrata para una actividad profesional futura, aun cuando en el momento del contrato no se haya iniciado esta (STJCE 3 julio 1997, as. C-269/95: *Francesco Benincasa contra Dentalkit Srl*).

2. Desde un punto de vista jurídico, el estudio de los contratos de consumo ajenos a la UE también presenta un especial interés, dados los importantes hitos del Derecho europeo en los últimos tiempos tanto en el ámbito sustantivo como en el procesal³. En la dimensión sustantiva, no puede perderse de vista que la armonización de máximos de la Directiva 2011/83⁴ origina que las principales divergencias en lo que respecta a la ley aplicable concurren en contratos en los que existe un elemento ajeno alEEE⁵. En la dimensión procesal, debe destacarse que la principal reforma del Reglamento “Bruselas I bis”⁶ (en adelante RB I bis) respecto de los contratos de consumo ha sido precisamente extender su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que el consumidor tiene su domicilio en la UE y el profesional demandado no posee ni domicilio ni sucursal en ningún Estado miembro (art. 6)⁷. Deben analizarse, pues, su impacto y su relación con las reformas de la legislación española en materia de consumo, principalmente, de la LOPJ⁸. Además, la litigación en materia de consumo en este contexto geográfico es importante dado que los ADRs y ODRs están poco desarrollados en relaciones ajenas alEEE, pues no pueden aplicarse mecanismos de cooperación como la red de Centros Europeos del Consumo, ni la Directiva

³ Vid. STJCE 1 marzo 2005, as. C-281/02: *Owusu*, esp. ap. 34, como máximo exponente de que las normas de la UE no se vinculan necesariamente a las situaciones referidas a Estados miembros.

⁴ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 octubre 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 304 de 22.11.2011). Vid., en concreto, su art. 4 que se refiere a que, salvo disposición de la propia Directiva, no se pueden introducir disposiciones más o menos estrictas, que repercutan en niveles distintos de protección. Vid. L. Fronková, “The New Directive on Consumer Protection: Objectives from the Perspective of the EU and the Member States”, en H. Schulte-Nölke y L. Tichý (eds.), *Perspectives for European Consumer Law*, Múnich, Sellier, 2010, pp. 91-96, esp. p. 92. Para una visión crítica de esta Directiva, vid. C. Twigg-Flesner, “La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la UE”, en S. Cámara Lapuente (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2012, pp. 81-106, esp. pp. 102 ss.

⁵ Vid. F.J. Garcimartín Alférez, “Consumer Protection from a Conflict of Laws Perspective: The Rome I Regulation Approach”, en J.J. Forner Delaguna y otros (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 525-534, esp. p. 461.

⁶ Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012).

⁷ Sobre los orígenes de esta extensión del Derecho procesal europeo a situaciones extracomunitarias, vid. A. Borrás Rodríguez, “Application of the Brussels I Regulation to External situations: from Studies Carried out by the European Group for Private International Law to the Proposal for the Revision of the Regulation”, *Yearb. Priv. Int’l Law*, 2010, pp. 333-350, esp. pp. 339 ss; M. Fallon y T. Kruger, “The Spatial Scope of the EU’s Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgments: from Bilateral Modus to Unilateral Universality?”, *ibid.*, 2012-2013, pp. 1-35, esp. pp. 17 ss.

⁸ Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), BOCG, serie A, n° 134-1, 6-III-2015.

2013/11⁹, ni el Reglamento (UE) n° 524/2013¹⁰ sobre procedimientos de resolución alternativos celebrados en línea¹¹.

Lo señalado aconseja prescindir de una estructura expositiva clásica de competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento, para, a partir de un análisis conjunto de estos sectores, ver su impacto en dos hipótesis: profesional en la UE y consumidor en tercer Estado y profesional en tercer Estado y consumidor en la UE¹².

II. Profesional en la UE y consumidor en tercer Estado

1. La desprotección procesal del consumidor

A) La irrelevancia de la captación en tercer Estado

3. En la hipótesis de consumidor residente o domiciliado en tercer Estado, el Derecho de la UE no puede regular la competencia del juez del domicilio del consumidor, al hallarse en tercer Estado. Por ello, ha centrado su atención en la posibilidad de atribuir competencia a los tribunales del domicilio del empresario demandado (art. 18.1° RB I bis y art. 16.1° Convenio de Lugano)¹³. Si se trata de

⁹ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (DO L 165 18.6.2013). Vid. J. Carrascosa González y J. Manuel Almuñí Cid, “Contratos internacionales de consumo”, en M. Yzquierdo Tolsada, *Contratos*, t. XVII, vol. II, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2014, pp. 777-854, esp. pp. 782-783. Su ámbito de aplicación espacial requiere que el comerciante esté establecido (= lugar de actividad de personas físicas o domicilio social, administración central, lugar de actividad principal, sucursal o agencia de personas jurídicas) y el consumidor tenga su residencia en un Estado miembro (art. 2). La protección al consumidor de esta Directiva, que viene a suplir la exclusión de la Directiva 2008/52 (cdo 11 y art. 2.2° Ley 5/2012), puede ser mejorada por las legislaciones estatales (art. 2.3°, a diferencia de lo que ocurre con la Directiva 2011/83). Se aplica a ADRs, distintos a la mera negociación directa, iniciados por el consumidor, persona física que contrató para un uso ajeno a su actividad profesional contra el comerciante (arts. 2 y 4), en el marco de compraventas y servicios distintos de los no económicos de interés general o relacionados con la salud o con la enseñanza complementaria y superior (art. 2).

¹⁰ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (DO L 165 de 18.6.2013).

¹¹ El Reglamento es ambivalente: se aplica a reclamaciones del consumidor frente al comerciante o a las reclamaciones efectuadas por este, si bien, en este último caso, esta posibilidad tiene que estar admitida por la ley de residencia habitual del consumidor. A tal fin la Comisión desarrollará una plataforma virtual, de acceso gratuito en cualquier lengua oficial de la UE y accesible desde los sitios web de la Comisión y desde el portal “Tu Europa” (Decisión 2004/387). Las partes contarán con el apoyo y asistencia de los puntos de contacto designados en cada Estado miembro (art. 7).

¹² Se descarta la hipótesis de profesional y consumidor localizados en terceros Estados, por su escasa incidencia en el ordenamiento español y de la UE.

¹³ Si el profesional no tiene su domicilio, pero sí una sucursal en la UE, Suiza, Islandia o Noruega y esta ha gestionado el contrato, el consumidor podrá reclamar ante los tribunales del Estado donde se halla dicha sucursal (art. 18.1° RB I bis y art. 16.1° Convenio de Lugano), considerada a estos efectos

una empresa de la UE o de la EFTA con sucursales en varios Estados miembros o partes, distintos al de su domicilio, también podrá presentar la demanda ante el tribunal de otro Estado miembro o parte en el que se halle la sucursal que haya gestionado el contrato (= sucursal a cuya explotación se vincula el litigio *ex art.* 7.5º RB I bis y art. 5.5º Convenio Lugano)¹⁴. En todos estos casos, el RB I bis y el Convenio Lugano se aplican de forma exclusiva y excluyente, sin posibilidad de aplicar las legislaciones nacionales y, en concreto, la LOPJ. Será irrelevante que la legislación nacional contenga otros foros, como son los de oferta publicitaria o personal en España o ejecución en España de los actos necesarios para la celebración del contrato¹⁵.

5. El hecho de que el RB I bis no pueda atribuir competencia a los tribunales del domicilio del consumidor ha originado que el consumidor pasivo protegido por el RB I bis sea únicamente el captado y domiciliado en un Estado miembro¹⁶

domicilio del empresario (art. 17.2º RB I bis y art. 15.2º Convenio de Lugano; y STJCE de septiembre 1994, as. C-318/93: *W. Brenner y P. Noller c. D. Witter Reynolds*). Vid. A. Nuyts, "Study on Residual Jurisdiction", Bruselas, 2007, p. 40, disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf. En estos casos mixtos, en los que una empresa de tercer Estado tiene sucursales en Estados miembros de la UE o en Estados EFTA, el RB I bis y el Convenio de Lugano tienen una aplicación exclusiva y excluyente. Así se desprende del tenor literal de estos instrumentos: por ejemplo, el art. 5.1º RB I bis establece que "las personas domiciliadas en un Estado miembro –y a estos efectos la empresa lo está– solo –es decir, de forma exclusiva– podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 –entre las cuales está la sección de consumo– (...)" No procede, pues, la aplicación de las normas de la LOPJ, aun cuando pudieran ofrecer más foros de competencia favoreciendo al consumidor demandante.

¹⁴ Vid. R. Arenas García, "Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968", *REDI*, vol. XLVIII, 1996-1, pp. 39-70, esp. p. 59. Este supuesto no debe confundirse con la equiparación entre domicilio y sucursal respecto de empresas de fuera de la UE con sucursales en la UE (art. 17.2º RB I bis y art. 15.2º Convenio de Lugano). En la práctica, hay diferencias notables entre ambos supuestos. De hecho, el consumidor demandante contra una empresa de fuera de la UE dispondrá en este territorio de dos foros de competencia: el de su propio domicilio y el de la sucursal de la empresa (equiparada a domicilio). Sin embargo, el consumidor demandante contra una empresa de la UE con sucursales en otros Estados miembros dispondrá de hasta tres foros en la UE: el de su propio domicilio, el del domicilio de la empresa y el de la sucursal de la empresa radicada en otro Estado miembro.

¹⁵ El Proyecto de reforma de la LOPJ elimina estos foros y se refiere a que el consumidor podrá litigar ante los tribunales españoles si él o la otra parte tienen su residencia en España [art. 22.*quinquies*.d)].

¹⁶ La captación ha de producirse en el Estado miembro de su domicilio, aunque no han faltado voces que proponen que bastaría con que la empresa de tercer Estado captara al consumidor en cualquier Estado miembro, aunque no sea el de su domicilio. Cf. B. Añoveros Terradas, "Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros Estados", *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 285-306, esp. p. 301. Sea como fuere, la captación puede producirse de dos formas. Primera, porque el profesional ejerce sus actividades en el Estado de residencia del consumidor, ya sea a través de su establecimiento principal, ya sea a través de una sucursal u otro establecimiento permanente en ese Estado, ya sea a través de actividades esporádicas o temporales, como puede ser una feria comercial. Segunda, porque el profesional dirige actividades promocionales o publicitarias al Estado de residencia habitual

—a diferencia de lo que ocurre en el Reglamento Roma I¹⁷ (en adelante RR I), sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que protege también al consumidor captado y residente en tercer Estado¹⁸—. No obstante, esta delimitación espacial del RB I bis no se ha extendido al consumidor que compra y/o financia mercaderías a plazos [aps. a) y b) del art. 17.1º]¹⁹. Esta situación origina dos problemas:

En primer lugar, la desprotección del consumidor captado y domiciliado en tercer Estado, si bien es comprensible porque tiene su domicilio fuera de la UE, no está tan justificada en lo que respecta a la sumisión a tribunales de Estados miembros. A dicho consumidor se le podría imponer una sumisión abusiva a los tribunales de un Estado miembro, los del domicilio del profesional, como si de un contrato *B2B* (*business to business*) se tratase (art. 25 RB I bis)²⁰. Es más, en el marco de la mayoría de los convenios bilaterales firmados por España, la sentencia dictada por el tribunal español podría ser reconocida en el tercer Estado firmante del convenio, dado que no suelen tener cláusulas especiales de protección de consumidores en el momento de solicitar el reconocimiento y ejecución de una sentencia²¹. Esta situación no parece muy lógica tanto por el desequilibrio jurídico-económico a favor del profesional, como por el agravio comparativo respecto del consumidor domiciliado y captado en un Estado miembro o que

del consumidor, aunque no esté establecido ni ejerza actividades comerciales en dicho país. Piénsese, por ejemplo, en anuncios aparecidos en la prensa de un Estado o en publicidad enviada por correo postal, independientemente de que al final el contrato finalmente se celebre por medios a distancia o de forma presencial (STJUE 6 septiembre 2012: as. C-190/11: *Mühlleitner c. Yusufi*).

¹⁷ Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, DO L 177 de 4.7.2008.

¹⁸ Cf. B. Añoveros Terradas, “Extensión de los foros...”, *loc. cit.*, p. 299.

¹⁹ *Ibid.*, p. 298; E. Castellanos Ruiz, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010, p. 11.

²⁰ *Vid.* B. Añoveros Terradas, “Extensión de los foros...”, *loc. cit.*, p. 291. En este sentido, sería aplicable el art. 25 RB I bis, que daría eficacia a la sumisión y cuyo ámbito espacial solo exige que el sometimiento se haga a un Estado miembro. En otro contexto, pero en alusión a una consecuencia jurídica similar, *vid.* R. Arenas García, *loc. cit.*, pp. 57 ss. Ilustra lo expuesto el siguiente ejemplo: un consumidor domiciliado en Paraguay, recibe una oferta en su domicilio, para la adquisición en un pago único de un producto tras una semana de prueba, siendo el vendedor una sociedad domiciliada en España. En el contrato se incorpora una cláusula de sumisión a los tribunales españoles, por ser los del profesional. Ante el impago por parte del consumidor, la sociedad presenta una reclamación ante los tribunales españoles y el consumidor no comparece. De conformidad con el art. 25 RB I bis, la sumisión sería válida por dos razones: primera, porque es irrelevante donde se halle el domicilio del demandado (art. 25); segundo, porque el comprador no tiene la consideración de consumidor ya que ha sido captado en un tercer Estado no miembro de la UE (art. 17). Se produce una situación perjudicial porque la parte fuerte impone su propio foro.

²¹ La cuestión se presenta distinta en relación con los Estados con los que España no tiene convenio de reconocimiento de sentencias, pues se ha señalado que la sentencia dictada en España podría ser claudicante y no efectiva de acuerdo con la legislación sobre reconocimiento del Estado tercero, *cf.* B. Añoveros Terradas, “Extensión de los foros...”, *loc. cit.*, p. 302.

adquiere bienes muebles a plazos, que sí quedan protegidos siendo ineficaz la sumisión²². Para evitar estos efectos perniciosos, resulta obligado extender la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el Asunto *Océano*²³, sobre un caso puramente interno, a supuestos internacionales²⁴. De conformidad con esta Sentencia, la sumisión a los tribunales del domicilio del profesional debe considerarse una cláusula abusiva por el importante desequilibrio en los derechos y obligaciones para el consumidor²⁵. Será irrelevante a estos efectos que el consumidor sea captado o no, y residente o no en la UE²⁶, pues esta circunstancia no se contempla en la Directiva 93/13/CE²⁷. No obstante, debe reconocerse lo llamativo de declarar abusiva conforme a esta Directiva una cláusula que se ajusta totalmente al tenor literal del RB I bis²⁸.

6. En segundo lugar, en defecto de elección de tribunal, el consumidor de tercer Estado podría ser demandado en un Estado miembro, si la legislación interna contempla foros no protectores o ambivalentes²⁹, como por ejemplo la realización en el foro de los actos necesarios para la celebración del contrato, que pueden ser utilizados tanto por el consumidor como por el profesional³⁰. Pero, además, respecto del consumidor actor, surge una paradoja en la práctica procesal internacional: el consumidor no protegido, es decir, el captado y domiciliado en tercer Estado, dispone a su favor de más foros de competencia en la UE que el consumidor protegido domiciliado en tercer Estado, esto es, el que compra o financia mercancías a plazos. Así, el desprotegido dispone de tres foros: domici-

²² Vid. R. Arenas García, *loc. cit.*, pp. 56–58.

²³ STJCE 27 junio 2000, as. C-240/98 y acumulados: *Océano c. Murciano Quintero*.

²⁴ Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2007, pp. 297–298.

²⁵ Cf. ap. 24 de la citada Sentencia de 27 junio 2000, as. *Océano c. Murciano Quintero*.

²⁶ Vid. E. Torralba Mendiola, “Las reglas de Derecho internacional privado en la reforma de la LGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 9, 2014, pp. 17–26, esp. p. 25, preguntándose si las normas de la Directiva 93/13 están o no pensadas para consumidores residentes en la UE.

²⁷ Vid. su art. 2.b) que solo exige para ser consumidor que se trate de una persona física que actúa para fines ajenos a su actividad internacional.

²⁸ Esta contradicción entre la Directiva 93/13 y el RB I bis puede salvarse por referencia al art. 67 de este último, que se refiere a que dicho Reglamento no prejuzga la aplicación de las disposiciones que en materia particular se ocupen de la competencia judicial, cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 297. Ahora bien, el RB I bis también tiene normas específicas para consumidores, al igual que la Directiva 93/13, la cual no se refiere expresamente a este tipo de pactos.

²⁹ Vid. A. Nuyts, *loc. cit.*, p. 42.

³⁰ Cf. B. Añoveros Terradas, “Extensión de los foros...”, *loc. cit.*, p. 292, destacando esta situación en el caso del art. 22.4º LOPJ y la necesidad de una lectura restrictiva de esta norma. De hecho, la autora propone impedir que el profesional utilice estos foros para demandar por analogía o reflejo de la regulación del RB I bis, *ibid.* p. 302. Vid., en la misma línea, A. Nuyts, *loc. cit.*, p. 42. Como ya se ha señalado antes, estos problemas desaparecen en el Proyecto de reforma de la LOPJ, que ya no contempla foros ambivalentes: el consumidor puede demandar en España si él o la contraparte reside aquí; el profesional, solo si el consumidor reside en España [art. 22.quinquies.d)].

lio *ex art. 4 RB I bis*, sucursal *ex art. 7.5º* y lugar de cumplimiento de la obligación *ex art. 7.1º*. Mientras que el protegido dispone de dos foros de competencia: domicilio del demandado *ex art. 18.1º* o sucursal del profesional *ex art. 7.5º*. Parece perder, pues, la posibilidad de demandar en el Estado en el que se ejecuta la obligación que sirve de base a la demanda³¹.

B) El silencio sobre el traslado de domicilio del consumidor

7. Además de las circunstancias señaladas, aparecen problemas importantes en relación con el consumidor captado y domiciliado en un Estado miembro que, antes de interponer la demanda, traslada su domicilio a un tercer Estado. Este aspecto ha sido silenciado por el RB I bis, heredado de su antecesor y del Convenio de Lugano de 30 octubre 2007³². *Prima facie* cabe inferir la determinación del domicilio en el momento de interposición de la demanda, como lo corrobora el uso del tiempo verbal en el RB I bis: “la acción (...) podrá interponerse (...) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que esté –y no “estaba”– domiciliado el consumidor”³³. Ello significaría el que consumidor que traslada su domicilio a un tercer Estado va a perder el derecho a reclamar en el Estado miembro en el que estaba domiciliado en el momento en el que fue captado, y ello a pesar de la proximidad que muestra tal lugar con el objeto del litigio³⁴. Cabría, para evitar esta situación, considerar competentes a los tribunales del domicilio del Estado miembro en el que fue captado, como parece derivarse de los antecedentes del

³¹ Baste como ejemplo el siguiente caso tipo: un usuario final domiciliado en un tercer Estado A, no miembro de la UE, compra un bien mueble a una sociedad establecida en el Estado miembro B, que se debe entregar en el Estado miembro C. Si la venta es a plazos, se trata de un consumidor protegido por el art. 17.1º.a) RB I bis. Entonces, solo puede presentar la demanda por falta de entrega en el Estado miembro B, (art. 18), pero no en el Estado miembro C (art. 7.1º RB I bis, que no es aplicable en materia de consumidores). Por el contrario, si la venta no es a plazos, se trata de un usuario final no protegido por el RB I bis, ya que no ha sido captado en un Estado miembro [ex art. 17.1º.c)]. Sorprende, pues, que entonces disponga de más estrategias procesales en la UE y que pueda presentar la demanda no solo en el Estado miembro B (domicilio del demandado *ex art. 4*), sino también en el Estado miembro C donde se debía entregar el bien mueble (art. 7.1º).

³² Repárese en que el supuesto inverso sí encuentra solución tanto en el RB I bis como en el Convenio de Lugano. Si el destinatario final ha sido captado en un tercer Estado, ya no es considerado consumidor, por lo que carece de relevancia su domicilio como foro de competencia.

³³ No puede perderse de vista que el Convenio de Bruselas de 1968 contenía ya estos foros de competencia en referencia al momento de interposición de la demanda, aunque no se refiriera al consumidor captado en su domicilio, *vid.* P. Jenard, “Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas, el 27 septiembre 1968”, DO C 189 de 28.7.1990, p. 152.

³⁴ Piénsese en el caso en el que una sociedad domiciliada en el Estado miembro A capta a un consumidor domiciliado en el Estado miembro B, donde se celebra el contrato. Este, antes de interponer la demanda, traslada su domicilio a un tercer Estado, lo que podría significar perder la posibilidad de reclamar en el Estado miembro B.

RB I bis³⁵. Mas, incluso asumiendo la interpretación de estos antecedentes, debe criticarse que se ofrezcan soluciones diferenciadas allí donde la norma literalmente no diferencia. Además, persistiría el problema respecto del consumidor que, aun comprando o financiando a plazos, también había sido captado en su domicilio. En este caso, los antecedentes del RB I bis se refieren al domicilio del consumidor en el momento de interposición de la demanda, y no en el momento de captación. Sin embargo, tanto el profesional como el consumidor podrían tener interés en mantener la competencia del tribunal del domicilio del consumidor en Estado miembro. El profesional, porque ha podido calcular el riesgo de ser demandado en un Estado miembro en el que ejercía o al que dirigía actividades, siendo quizá preferible a ser demandado en un tercer Estado conforme a sus normas procesales, si en ese tercer Estado no tiene actividad alguna. El consumidor, porque dispone de un foro más para demandar que neutraliza el riesgo de que la legislación procesal del tercer Estado no admita este tipo de *forum actoris*.

2. Contradicciones en la normativa sustantiva

A) La desprotección del consumidor protegido

8. Como es sabido, la ley rectora del contrato hecho con un consumidor pasivo es la de su residencia habitual, aunque, como en el caso, esté en un tercer Estado³⁶. La elección de ley no afectará a las normas imperativas de este Estado que favorezcan al consumidor³⁷. Estas soluciones clásicas del RR I deben poner-

³⁵ Cf. P. Schlosser, "Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, firmado en Luxemburgo el 9 octubre 1978", DO C 189 de 28.7.1990, p. 227. Este se refiere a que el domicilio del consumidor debe determinarse en el momento de interposición de la demanda en relación con las ventas a plazos de mercaderías y su financiación, pero no en relación con los otros casos si en el nuevo Estado no se habían realizado los actos necesarios para la celebración del contrato.

³⁶ Recuérdese que determinados tipos de contratos quedan excluidos, independientemente de que pudiera tratarse de un consumidor captado en su residencia (art. 6.4º), *vid.* A. López-Tarruella Martínez, "Contratos internacionales celebrados por los consumidores: las aportaciones del nuevo artículo 6 RR I", *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 511-529, esp. pp. 520 ss. Así, en primer lugar, se excluyen los contratos de prestación de servicios ejecutados íntegramente en un Estado distinto al de la residencia habitual del consumidor. En segundo lugar, se excluyen los contratos de transporte, salvo que se enmarquen en un contrato relativo a un viaje combinado. En tercer lugar, quedan excluidos los derechos que se refieran a un derecho real o a un arrendamiento sobre inmuebles distintos de los contratos de *timesharing*. En cuarto lugar, la normativa no se aplica a inversores no profesionales (instrumentos financieros, organismos de inversión colectiva, oferta pública de venta o adquisición e intereses de compra, mercados financieros que sean sistemas multilaterales), salvo las prestaciones de servicios financieros.

³⁷ Las normas imperativas que deben respetarse son aquellas no derogables por voluntad de las partes y que, además, protegen al consumidor. Así pues, la ley elegida solo podrá mejorar o elevar la protección. Las normas imperativas a respetar deben pertenecer al ordenamiento del Estado donde residía el consumidor en el momento de celebración del contrato, independientemente de cual sea la residencia del

se en relación con la aplicación de las leyes de Estados miembros, que traspongan la Directiva 2011/83. De esta interesan aquí dos rasgos: por un lado, que parte de una protección más amplia que la del citado Reglamento, que abarca tanto al consumidor captado como al no captado (art. 2.1º)³⁸; por otro lado, que parte de una protección más alta que muchos ordenamientos del entorno del EEE. Estas premisas generan situaciones paradójicas.

Cabe referirse, así, a la situación de “desprotección del consumidor protegido”: cuando un profesional establecido en la UE capta a un consumidor con residencia en un tercer Estado, con bajos niveles de protección, el profesional puede ser, paradójicamente, el más interesado en aplicar la normativa de consumo del RR I (art. 6), supuestamente protectora para los consumidores. En estos casos, la excepción, es decir, la ley de residencia habitual del consumidor, remite a la ley de un Estado poco desarrollado en esta materia, mientras que la regla general para contratos B2B, esto es, la ley de residencia habitual del profesional europeo y prestador característico, hubiera conducido a estándares de protección europeos mayores. Materialmente, pues, no hay protección al consumidor, aunque sí formalmente, porque la normativa de consumo del RR I se aplica con carácter universal (art. 2), en contraste, por ejemplo, con el RB I bis que, como se ha visto, solo se refiere al consumidor residente en un Estado miembro. En otras palabras, el legislador europeo asume la diferenciación entre justicia conflictual y material. La justicia “teórica” conflictual se predica universalmente respecto de toda parte débil; pero, materialmente, en la práctica, ello implica aplicar regulaciones materiales con menores estándares de protección³⁹.

consumidor en cualquier otro momento. De acuerdo con el citado RR I, dicha elección de ley puede ser expresa o deducirse tácita e inequívocamente de los actos de las partes. Asimismo, la elección puede ocurrir en el momento de celebración del contrato o con posterioridad, ya para elegir ley en un contrato en el que no se había elegido, ya para modificar la ley elegida inicialmente. Esta amplitud en la elección de ley ha planteado problemas en el momento de interposición de una acción judicial. Ha ocurrido que el demandante funda su demanda en el Derecho del foro y el demandado contesta sobre esa misma ley, sin invocar ninguna parte la ley elegida anteriormente. La elección será efectiva y, a diferencia de lo que ocurre en el RB I bis a efectos procesales, el juez no tiene obligación de informar al consumidor, cuando sea demandado, de las consecuencias de sus actos.

³⁸ Vid. sobre las diferentes nociones de “consumidor” en la UE, F. Esteban de la Rosa, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 44 ss. y una crítica al respecto en las pp. 171 ss.

³⁹ Piénsese en el siguiente ejemplo: un consumidor con residencia en Marruecos recibe en su domicilio una oferta para comprar un producto para uso doméstico por parte de una empresa con residencia en España. En el contrato no se elige ley. Según el art. 6 RR I, se aplicará la ley marroquí, como ley de la residencia habitual del consumidor. Será irrelevante que, en un contrato con un consumidor “no captado”, se hubiera aplicado la ley española, como ley de la residencia del vendedor. También que, conforme a la Directiva 2011/83, este comprador sí tuviese la condición de consumidor.

En estas circunstancias, al profesional establecido en el EEE no siempre le interesará “imponer” su propia ley en una condición general de la contratación, ya que habrá que tener en cuenta las normas imperativas del tercer Estado de residencia del consumidor⁴⁰. Lo mismo puede decirse respecto de la opción por la normativa común de compraventa europea⁴¹. Dicha opción puede ejercitarse en este caso por la mera presencia en un Estado miembro de la residencia habitual del profesional, incluso aunque la dirección indicada por el consumidor o la de entrega de las mercancías o la de facturación no estuvieran en un Estado miembro (art. 4.6º)⁴². Ahora bien, dicha elección deberá respetar las normas contractualmente imperativas del Estado de residencia habitual del consumidor en el que ha sido captado⁴³. En todos estos casos, el pacto de elección de ley juega a favor del consumidor y en contra del profesional, que no tiene grandes incentivos a su inclusión⁴⁴, máxime si el Derecho de la UE tiene estándares más altos de protección al consumidor que otros países o zonas de integración económica. Los pocos incentivos que encontrará el profesional para la elección de ley estarán relacionados con el mejor conocimiento y manejo de su propia normativa.

⁴⁰ Se aplica la norma de conflicto de consumo del RR I, sin ningún tipo de matiz o interferencia: la ley del Estado miembro elegida es aplicable en la medida en que respete las normas imperativas y protectoras del tercer Estado de residencia del consumidor (art. 6).

⁴¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común sobre compraventa europea [Bruselas, 11.10.2011, COM(2011) 635 final, 2011/0284 (COD)].

⁴² Cf. S. Sánchez Lorenzo, “La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 35–61, p. 40; F. Esteban de la Rosa y O. Olariu, “La aplicación de la normativa común de compraventa europea a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *InDret*, nº 1, 2013, pp. 1–32, esp. p. 17. Convendría que se mejorara la redacción de este precepto porque el considerando 13 no parece excesivamente claro a este respecto. En general, para un visión crítica de la Propuesta en lo que se refiere al Derecho de consumo, *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “De Bruselas a La Haya pasando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea”, en J.J. Forner Delaygua y otros (coords.), *op. cit.*, pp. 821–832, esp. pp. 829–832; E. Valpuesta Gastamiza, “La propuesta de normativa de compraventa europea: un paso más hacia la unificación del Derecho de los contratos de la UE, lastrado por la protección al consumidor”, *CDT*, vol. 5, 2013, pp. 199–216, esp. pp. 214 ss.

⁴³ *Vid.* cdo. 14 de la Propuesta y S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, esp. pp. 47 ss.; F. Esteban de la Rosa y O. Olariu, *loc. cit.*, pp. 21–22.

⁴⁴ *Vid.* G. Rühl, “La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 91–120, esp. pp. 113–115. Otro supuesto posible pero menos problemático es el de elección de la ley de un tercer Estado. Si en el contrato se elige la ley del tercer Estado donde reside el consumidor, no se producen conflictos porque coinciden la ley elegida y la ley aplicable en defecto de elección. Si se elige la ley de un tercer Estado distinto al de residencia del consumidor, la elección de ley deberá respetar las normas contractualmente imperativas del Estado de residencia habitual del consumidor cuando celebró el contrato. Por ejemplo, una empresa brasileña, a través de su sucursal en España, envía al domicilio en Andorra de un consumidor una oferta para la compra de un producto de uso personal. En el contrato se elige la ley brasileña. En este caso, será aplicable la ley brasileña, respetando las normas imperativas andorranas. Deberá valorarse en cada caso qué disposición resulta más protectora para el consumidor.

B) La protección del consumidor desprotegido

9. En la hipótesis profesional de la UE–consumidor de tercer Estado también cabe referirse a la paradoja de la “protección del consumidor desprotegido”. En este sentido, cuando un profesional de la UE contrata con un consumidor no captado en el tercer Estado donde reside y cuyo ordenamiento tiene estándares bajos de protección, se da la circunstancia de que la Directiva 2011/83 protegerá a un consumidor que el RR I no ha considerado merecedor de tal protección. Así, el RR I considera aplicables las reglas generales sobre contratos comerciales *B2B*, y no las normas protectoras de consumidores⁴⁵. Consecuencia de ello, en defecto de elección de ley, se aplica el Derecho del Estado miembro donde está establecido el profesional, como prestador característico⁴⁶. Pero, al aplicar la ley de un Estado miembro, debe tenerse en cuenta la protección de la Directiva 2011/83, que abarca al consumidor no captado. En otros términos, la consideración como “no consumidor” en el RR I provoca la aplicación de la Directiva 2011/83, que sí considera a este contratante “consumidor”⁴⁷.

Es por ello que, precisamente en relación con destinatarios finales de terceros Estados no captados puede interesar sobremanera la elección de ley⁴⁸ y, paradójicamente, si los estándares de protección del tercer país no son muy altos, la elección de la ley de residencia del consumidor activo. Dicha elección jugará sin problema alguno como si se tratara de un contrato *B2B*. Al contrario, si se eligiera la ley del Estado miembro donde está establecido el profesional o, incluso, la normativa común de compraventa europea, ese destinatario final pasaría automáticamente a estar protegido por las disposiciones de consumidores de estas normas, que en su definición no exigen captación.

10. No obstante, la renuncia del profesional a la normativa de la EEE en favor de la ley de un tercer Estado no evita la aplicación de las leyes de policía o nor-

⁴⁵ Vid. F. J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 461; E. Torralba Mendiola, *loc. cit.*, p. 22.

⁴⁶ Vid. B. Añoveros Terradas, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003, esp. pp. 267 ss.; *id.*, “Consumidor residente en la UE vs. Consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 379–401, esp. pp. 386–387.

⁴⁷ Basta el siguiente ejemplo: durante unas vacaciones en España, un consumidor con residencia en Marruecos compra un bien para uso personal a una empresa española y en el contrato no se elige ley. De conformidad con el art. 4 RR I, se aplicará la ley española, porque el comprador no tiene la consideración de consumidor “captado” y, por tanto, no es merecedor de la aplicación de las normas del Reglamento sobre consumidores, que remitiría a la ley marroquí. Al aplicar la ley española, se aplicarán las disposiciones de la Directiva 2011/83, que sí considera a este comprador un consumidor, al adquirir el producto para su uso personal.

⁴⁸ Vid. B. Añoveros Terradas, *op. cit.*, pp. 166 ss.

mas equivalentes⁴⁹ tanto nacionales como de la UE⁵⁰. Mención especial debe hacerse cuando el Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios⁵¹ (en adelante DLTRLGDCU) entiende que, sea cual sea la “ley elegida”⁵², el régimen sobre cláusulas abusivas (arts. 82 a 91 TRDLGDCU) será aplicable⁵³ si existe una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del EEE (art. 67.2º)⁵⁴. Sin ser un *numerus clausus*, el citado DLTRLGDCU se refiere a un contrato enmarcado en actividades del profesional ejercidas en, o dirigidas a, un Estado miembro⁵⁵. Obsérvese que, como tal, no se exige que el consumidor tenga residencia en el Estado miembro donde se desarrollan las actividades, a diferencia de lo que ocurre en el RR I⁵⁶. Es, por tanto, perfectamente aplicable para consumidores de terceros Estados que se hallan temporalmente en el EEE⁵⁷. Las mismas

⁴⁹ Vid. M. Requejo Isidro, “Contratos de consumo y Roma I: ¿un poco más de lo mismo?”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 493–510, esp. pp. 495 ss., refiriéndose a que las normas en materia de consumo aplicables sea cual sea la ley elegida pueden considerarse “normas de extensión”.

⁵⁰ Vid. M.M. Salah, “Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 315, 2005, pp. 141–264, esp. pp. 227 ss.; F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, pp. 198 ss. Vid., igualmente, J.I. Paredes Pérez, “La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta de *lege ferenda*”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 87–114, esp. pp. 102 ss., en referencia a los intereses públicos de ordenación del mercado presentes en las normas imperativas de consumidores.

⁵¹ BOE, 30–XI–2007.

⁵² La expresión “ley elegida” es problemática porque no abarca los casos en los que, existiendo vínculos con el EEE, se aplica la ley de un tercer Estado sin pacto alguno de las partes. No obstante, esa situación será más habitual en la hipótesis de profesional establecido en un tercer Estado, porque el art. 4 RR I probablemente remitirá al ordenamiento de dicho país. Será analizada, pues, más adelante (vid. *infra* III.2.B).

⁵³ En cualquier caso, la posibilidad de aplicar una ley de policía de un Estado, en este caso España, no puede servir para contravenir normas de la UE, que gozan de aplicación preferente. Así, *v.gr.*, es irrelevante que el ordenamiento español considere una ley de policía las normas anti-cláusulas abusivas de elección de una ley extranjera distinta de la del lugar donde se emite la declaración negocial o de la del lugar donde el empresario desarrolla la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza (art. 90.3º DLTRLGDCU). Dicha previsión, que no deriva de la normativa europea armonizada, no puede afectar a la elección de ley válidamente celebrada de conformidad con el propio RR I, pues tiene aplicación preferente respecto del DLTRLGDCU.

⁵⁴ Como se observa, no se refiere al territorio español, sino al territorio del EEE, dado que se trata de una ley de policía derivada de una normativa europea. Vid., no obstante, sobre la diferente comprensión de los Estados de qué es una estrecha conexión con el EEE, F. J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 460. Recuérdese, de hecho, que España no había hecho una correcta transposición de esta normativa de la UE según la STJCE 9 septiembre 2004, as. C–70/03: *Comisión c. España*.

⁵⁵ Otros vínculos hacen alusión a que los bienes inmuebles sobre los que versan los contratos se hallen en un Estado miembro (art. 67.2º *in fine* DLTRLGDCU).

⁵⁶ Vid. F. J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, pp. 459–460.

⁵⁷ Vid. F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, pp. 198 ss. Ilustra lo expuesto el siguiente ejemplo: un residente en Argentina, mientras se halla de turismo en España, compra para su vivienda un bien a un empresario marroquí, a través de su sucursal en España. En el contrato se establece que “el comprador quedará obligado a realizar los pagos aun cuando la otra parte no haya procedido a la entrega en la fecha previs-

conclusiones pueden derivarse de la Ley 16/2011 sobre créditos al consumo⁵⁸.

En el mismo sentido, la ley rectora del contrato determina las garantías de los bienes de consumo que ha de prestar el profesional⁵⁹. Pero, la Directiva 1999/44, tal y como haya sido transpuesta por el Derecho español, también juega como una norma equivalente a una ley de policía europea cuando exista un vínculo estrecho con el EEE, sea cual sea la ley elegida (art. 7.2º Directiva 1999/44 y art. 67.3 DLTRLGDCU) y, por tanto, aunque el consumidor resida en un tercer Estado⁶⁰. El problema se encuentra en que el DLTRLGDCU intenta concretar esos vínculos estrechos (art. 67.3.II), con poca fortuna respecto de consumidores residentes en terceros países⁶¹. Frente a presunciones que podrían entenderse razonables como que la prestación deba realizarse en un Estado miembro de la UE a pesar de la residencia del consumidor en un tercer Estado, otras son muchos menos significativas, como que una de las partes sea ciudadano de la UE. La ciudadanía y la nacionalidad son criterios muy poco relevantes en la determinación del régimen jurídico de un contrato de consumo. Entremedias de ambos extremos, otras presunciones establecidas por el DLTRLGDCU solo serán relevantes en función de las circunstancias concretas del caso. Así puede ocurrir con el vínculo de que el contrato se haya celebrado total o parcialmente en un Estado miembro, o con el vínculo de que el bien se vaya a utilizar en un Estado miembro, lo que no es fácilmente previsible para el profesional.

ta” y que “para cualquier controversia, el contrato se regirá por la ley marroquí”. En este caso, si un tribunal español conociese de la demanda del consumidor, aplicaría la normativa española contra cláusulas abusivas por falta de reciprocidad en las prestaciones (art. 87 TRDLGDCU). Ello se debe a que el contrato se gestó en el marco de actividades desarrolladas en un Estado miembro del EEE, siendo irrelevante que: i) en el RR I, el comprador no tendría la consideración de consumidor porque no ha sido captado en su residencia; y ii) el contrato se regiría por la ley marroquí, libremente pactada por las partes.

⁵⁸ Puede aplicarse como ley de policía cuando el contrato presente un vínculo estrecho con el EEE y la ley elegida sea la de un tercer Estado (art. 5.3º Ley 16/2011). Ese vínculo se basará en que el prestamista ejerce actividades en, o las dirige a, uno o varios Estados miembros, en el marco del cual se comprende el contrato, como puede verse en el siguiente ejemplo: una persona física residente en República Dominicana, durante unas vacaciones en España, compra un producto para un uso personal financiándolo a través de un crédito con una sucursal de una entidad prestamista panameña. En el contrato se elige la ley panameña. Si se presentara la reclamación ante un tribunal español, por ejemplo, el del lugar donde se halla la sucursal, este aplicaría la ley panameña como ley elegida por las partes, de conformidad con el RR I. No se tendría en cuenta la ley dominicana, porque el contrato no se considera de consumo al no haber existido captación en el Estado de residencia habitual del prestatario. Sin embargo, el juez aplicaría la Ley 16/2011 como ley de policía, por existir un vínculo estrecho con el EEE, al haberse realizado el contrato en el marco de actividades desarrolladas en dicho EEE.

⁵⁹ Cuando dicho consumidor resida en un Estado miembro, las normas de la Directiva 1999/44 serán irrenunciables y no se verán afectadas por la elección de la ley de un tercer Estado (art. 6.2º RR I), en relación con el art. 7.1º Directiva 1999/44).

⁶⁰ Vid. E. Torralba Mendiola, *loc. cit.*, p. 26.

⁶¹ Vid., destacando esta situación incluso en la redacción anterior del DLTRLGDCU, M. Requejo Isidro, *loc. cit.*, esp. pp. 497 ss.

III. Profesional en tercer Estado y consumidor en la UE

1. *Un forum actoris imperfecto*

A) Perspectiva de Estados miembros

11. El consumidor domiciliado en un Estado miembro de la UE podrá reclamar ante los tribunales de ese Estado en aplicación del RB I bis, respecto de profesionales establecidos en un tercer Estado⁶². Y ello aunque no posean ni domicilio ni sucursal en la UE, en lo que constituye una de las mayores novedades del RB I bis en materia de consumo (art. 6.1º)⁶³. Dicha previsión no se contempla en el Convenio de Lugano, en relación con consumidores domiciliados en Suiza, Islandia o Noruega, cuyos tribunales aplicarán su legislación interna para tratar la competencia en estos casos⁶⁴.

El derecho del consumidor a reclamar en su propio domicilio frente a profesionales de terceros, tal y como está previsto en el RB I bis, no impide aplicar las

⁶² Vid. B. Campuzano Díaz, “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma”, *REEI*, nº 28, 2014, pp. 1–35, esp. p. 12; C.I. Cordero Álvarez, “La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del DIPr de la UE”, en J.-S. Bergé, S. Francq y M. Gardeñes Santiago (eds.), *Boundaries of European Private International Law/Les frontières du droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, Bruselas, Bruylant/Larcier, 2015, pp. 347–365, esp. p. 352. Hasta ahora no cabía utilizar las normas europeas respecto de profesionales domiciliados en terceros Estados, vid. R. Arenas García, *loc. cit.*, pp. 55 ss, en referencia a la STJCE 19 enero 1993, as. C-89/91: *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, y STJCE 15 septiembre 1994, as. C-318/1993, *Brenner c. Noller*. El cambio del RB I bis puede tener especial incidencia en el comercio electrónico (cf. C.I. Cordero Álvarez, *loc. cit.*, p. 353) donde el TJUE ha elaborado una serie de indicios bastante amplios para entender que existe captación del destinatario final de un Estado miembro y, por tanto, concurre la definición de consumidor respecto de profesionales establecidos en terceros Estados que operan a través de la red. Es de destacar, principalmente, su STJ 7 diciembre 2010 (asuntos C-585/08 y C-144/09: *P. Panner c. Reederei Karl Schlüter y Alpenhof c. O. Heller*), seguida después por la STJ 6 septiembre 2012 (as. C-190/11: *Mühlleitner c. Yusufi*) y por la STJ 17 octubre 2013, as. C-218/12; *Emrek c. Sabranovic*). Ni siquiera se exige que el contrato celebrado se enmarque en las actividades virtuales de captación (STJ 17 octubre 2013, as. C-218/12: *Emrek c. Sabranovic*), cf. C. I. Cordero Álvarez, *loc. cit.*, p. 357.

⁶³ Vid. P. de Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley UE*, nº 8013, enero 2013, pp. 1–4, esp. pp. 1–2; B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, pp. 12 y 17, y, en relación con los trabajos preparatorios del RB I bis, vid. B. Añoveros Terradas, “Extensión de los foros...”, *loc. cit.*, p. 289. Esta nueva previsión hace de mínima aplicación en esta materia al ap. 2 del art. 6 en esta materia, cuando dispone que el demandante, sea cual sea su nacionalidad, si está domiciliado en un Estado miembro, podrá invocar las normas de dicho Estado de la misma forma que sus nacionales.

⁶⁴ Vid. B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 12, esp. nota 36. Sobre las razones para no extender el derecho del consumidor a reclamar en su domicilio respecto de demandados domiciliados en terceros Estados, vid. R. Arenas García, *loc. cit.*, pp. 54–55.

legislaciones nacionales que articulen otros foros de competencia a favor del consumidor⁶⁵. Esta conclusión se justifica atendiendo a una interpretación teleológica y literal de la norma. Desde una perspectiva teleológica⁶⁶, el RB I bis ha pretendido consolidar en toda la UE un derecho del consumidor, el de reclamar en su propio domicilio⁶⁷. No hay razón, pues, para que la articulación de un derecho a nivel europeo excluya el ejercicio de otros derechos del consumidor otorgados por las legislaciones nacionales en atención a la tutela judicial efectiva del consumidor actor⁶⁸. Es más, sería contradictorio que un consumidor, parte débil, no pudiera invocar los foros exorbitantes de las legislaciones nacionales respecto de un demandado domiciliado en un tercer Estado, al tiempo que lo puede hacer cualquier otro demandante que no tiene esa posición desigual. Obsérvese, asimismo, que la posibilidad de aplicar las legislaciones estatales para otros foros de competencia solo jugará a favor del consumidor demandante, pues, si es el profesional quien pretende activar estos foros, se encontrará con que el consumidor tiene su domicilio en la UE y, por tanto, las normas del RB I bis ya tendrán aplicación excluyente (art. 4). Esta interpretación teleológica se ve corroborada por un análisis literal del art. 6 RB I bis: “si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro”, y esta es la hipótesis de investigación, “la competencia se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro”, siendo esta la consecuencia jurídica. Lo único que hace el Reglamento es añadir otro foro además de los previstos por las legislaciones nacionales, cuando dispone la aplicación de la ley estatal “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 18, ap. 1 (...)” del propio Reglamento, esto es, sin prejuzgar la posibilidad de que el consumidor demande en su propio domicilio⁶⁹.

En virtud de lo expuesto, y por lo que respecta a los tribunales españoles, junto con el foro del domicilio del consumidor demandante, pueden aplicarse los foros de la LOPJ, que, en su redacción actual, se basan en la realización de los actos de celebración del contrato en territorio español (art. 22.4º)⁷⁰. Baste como

⁶⁵ Vid. P. de Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento...”, *loc. cit.*, pp. 1-2; B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 16, destacando la falta de claridad del Reglamento a este respecto. Otros autores han considerado que la nueva normativa impide la aplicación de la legislación interna (cf. C.I. Cordero Álvarez, *loc. cit.*, p. 361).

⁶⁶ Vid. F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, pp. 144 ss sobre este criterio interpretativo en materia de consumo.

⁶⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2013, p. 592, en referencia a que el RB I bis habilita al consumidor a presentar la demanda en su domicilio.

⁶⁸ Vid. A. Dickinson, “Surveying the proposed Brussels I bis Regulation – solid foundations but renovation needed”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2010, pp. 247-309, esp. pp. 273-274.

⁶⁹ Vid. M. Pohl, “Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle”, *IPRax*, vol. 33, nº 2, 2013, pp. 109-114, esp. p. 111.

⁷⁰ Ya se ha destacado antes que este foro desaparecerá de prosperar el Proyecto de reforma de la LOPJ, que sigue los principios del RB I bis [art. 22.quinquies.d)].

ejemplo aquel en el que el consumidor recibe en su domicilio en Portugal una oferta de compra de un bien mueble en pago único sin plazos a través de un comercial itinerante de una sociedad domiciliada en México. Como obsequio al consumidor, se le ofrece una estancia en España donde se presentará el producto y, en su caso, se firmará el contrato. En este caso, los tribunales portugueses serían competentes al hallarse en Portugal el domicilio del consumidor, en virtud del RB I (art. 6.1º que remite al art. 18.1º). Los tribunales españoles serían competentes al realizarse en España los actos necesarios para la celebración el contrato, de conformidad con la LOPJ (art. 22.4º en su redacción actual y sin perjuicio del impacto del Proyecto de reforma de esta Ley). Pero su competencia solo podría ser invocada por el consumidor demandante; el profesional demandante solo podría dirigirse contra el consumidor ante los tribunales portugueses, al ser el único foro previsto por el RB I bis y tener esta aplicación exclusiva por hallarse en un Estado miembro el domicilio del demandado (art. 5)⁷¹. Por último, la competencia de los tribunales mexicanos se determinaría por las leyes procesales de México.

12. La aplicación cumulativa del foro del RB I bis junto con otros dispuestos por las legislaciones internas podría entenderse como una cuestión menor y poco relevante en la práctica, desde el momento en el que probablemente el consumidor opte por presentar la reclamación ante los tribunales de su propio domicilio, descartando otras estrategias procesales. Sin embargo, debe repararse en algunos efectos colaterales, principalmente, el hecho de que el tribunal declarado competente por la legislación interna es el único que podría abrir un proceso europeo de escasa cuantía (*v.gr.*, una restitución de precio por un producto defectuoso inferior a 2.000 euros), en detrimento del juez del domicilio del consumidor. En otras palabras, un juez competente por la legislación interna podrá abrir un proceso europeo de escasa cuantía, mientras que un juez competente por una norma europea no va a tener tal posibilidad⁷². Esta paradoja se produce por la definición de “asunto transfronterizo” del Reglamento (CE) 861/2007, que exige que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga residencia en un Estado miembro distinto al del Estado donde se interpone la demanda (art. 3.1). Comoquiera que el profesional demandado tiene su domicilio en un tercer Estado, el juez del domicilio del consumidor competente ex art. 6.1 del RB I bis no puede abrir el proceso europeo, porque ninguna de las partes está domiciliada en otro Estado miembro distinto. En cambio, el juez de un Estado miembro competente por su legislación interna sí va a ser competente para abrir este tipo de procedimientos

⁷¹ Vid. B. Campuzano Díaz, *loc. cit.*, p. 19.

⁷² Vid. A. Espiniella Menéndez, “La europeización de decisiones de Derecho privado”, *REDI*, vol. LX, 2008-1, pp. 39-69, esp. pp. 61 ss.

porque el consumidor sí está domiciliado en otro Estado miembro. Por poner un ejemplo que muestra esta llamativa situación. Imagínese un ciudadano francés domiciliado en España que pretende reclamar a un profesional establecido en un tercer Estado. Podría presentar la demanda en España, lugar de su domicilio, conforme al art. 6.1º RB I bis, pero el tribunal español no podría abrir un proceso europeo de escasa cuantía porque ninguna parte está domiciliada en otro Estado miembro. A su vez, un tribunal francés podría ser competente por el foro de la nacionalidad del demandante, foro del Código civil francés que resulta exorbitante y que, sin embargo, sería una base competencial suficiente para abrir un proceso europeo de escasa cuantía.

B) Perspectiva de terceros Estados

13. Este derecho a reclamar en su propio domicilio también debe ser analizado desde la perspectiva de los terceros Estados donde el profesional está establecido y tiene su domicilio. De hecho, tal derecho puede aumentar el riesgo de decisiones claudicantes, es decir, resoluciones eficaces en la UE pero que no serán reconocibles en terceros Estados, especialmente vinculados con el caso, como el país en el que se halle el domicilio, el establecimiento o los bienes del profesional. Ello se debe a la ausencia de un tratamiento específico de las decisiones en materia de consumo en la mayoría de convenios bilaterales firmados por España. Muchos de estos convenios⁷³, no sin alguna excepción⁷⁴, establecen

⁷³ Vid. el Convenio relativo a la asistencia judicial entre la República Argelina Democrática y Popular y el España, hecho en Madrid, el 24 febrero 2005; el Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre España y la República Federativa de Brasil, hecho en Madrid, el 13 abril 1989; el Tratado entre España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil, hecho en Pekín el 2 mayo 1992; el Tratado entre España y la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 noviembre 2000; el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho en Madrid, el 12 septiembre 2006; el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, hecho en Madrid el 17 abril 1989; el Convenio entre España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, hecho en Túnez el 24 septiembre 2001; el Convenio de cooperación jurídica entre España y la República Oriental de Uruguay, hecho en Montevideo, el 4 noviembre 1987; y el Convenio entre España y la URSS sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid, el 26 octubre 1990.

⁷⁴ Como excepción, sí contempla la materia de consumo y la posibilidad de reconocer decisiones dictadas en el Estado del domicilio del consumidor demandante el Convenio entre España e Israel para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Jerusalén, el 30 mayo 1989 [art. 3.g)]. Del mismo modo, el problema no se plantea en aquellos convenios que prevén un control de la competencia conforme a las normas del Estado de origen de la sentencia, que sí pueden tener previsiones específicas sobre consumo. Tal es el caso del Convenio de cooperación judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid, el 30 mayo 1997.

el control de la competencia del juez de origen en función de reglas estándar para controversias comerciales *B2B*, provocando un efecto pernicioso en materia de consumo. Puede darse la denegación sistemática de reconocimiento y ejecución de las decisiones provenientes del Estado en el que tiene su domicilio el consumidor demandante, dado que la decisión no proviene del Estado donde estaba domiciliado el demandado⁷⁵.

Ante esta situación, cabe preguntarse cómo solucionar este riesgo de sentencias claudicantes. Para empezar, en la práctica bien podría ocurrir que concurrieran otros vínculos con el Estado de origen de la sentencia que fueran suficientes para obtener el reconocimiento del Estado de destino. En este sentido, son bastantes los convenios bilaterales que permiten el reconocimiento si el contrato se ejecutó o debía ejecutarse en el Estado de origen. Proyectado en contratos de consumo, también son bastantes los casos en los que el contrato se ejecuta en el Estado de domicilio del consumidor. Pero, al margen de esta coincidencia mayor o menor, lo cierto es que el riesgo de sentencias claudicantes solo se vería disminuido argumentando una cláusula de *favor recognitionis* que permitiera aplicar cualquier otro instrumento o incluso la legislación del Estado de destino si estos permitieran el reconocimiento de una sentencia, irreconocible por el convenio bilateral⁷⁶. *De lege ferenda*, es de desear que, cuando la UE negocie acuerdos bilaterales de reconocimiento⁷⁷, exija la inclusión de reglas especiales sobre consumo.

14. Por último, el derecho del consumidor a reclamar en su propio domicilio no ha sido relacionado con la eventual sumisión a los tribunales del tercer Estado donde está establecido el profesional. Es verdad que no se trata de un problema exclusivo de esta situación, pero también que tendrá en este caso de consumidor domiciliado en un Estado miembro y profesional en un tercer Estado uno de los supuestos más habituales⁷⁸.

A este respecto, hubiera sido oportuno que el legislador europeo ofreciera una solución uniforme a esta cuestión. Aunque es cierto que se trata de un aspecto vinculado a terceros Estados, pues se elige el tribunal de un tercer país, no lo es menos que dicha sumisión a los tribunales de terceros Estados puede afectar

⁷⁵ Sobre la necesidad de un enfoque multilateral en este ámbito, que trascienda a la UE, *vid.* B. Añoveros Terradas, "Extensión de los foros...", *loc. cit.*, p. 294.

⁷⁶ *Vid.*, *v.gr.*, las bondades del art. 74 del Anteproyecto de la Ley modelo OHADAC relativa al Derecho internacional privado, que permite reconocer decisiones si la competencia del tribunal extranjero se ha basado en un criterio de los previstos en la propia Ley o en una conexión razonable o de naturaleza equivalente. Entre esos criterios se encuentra el domicilio del consumidor demandante (art. 14.iv).

⁷⁷ Dada su competencia exclusiva para estas negociaciones, *vid.* Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia, de 7 febrero 2006.

⁷⁸ *Cf.* B. Añoveros Terradas, "Extensión de los foros...", *loc. cit.*, p. 288.

directamente al foro de competencia previsto en el RB I bis, el domicilio del consumidor *ex art.* 18, y al sistema de protección y jerarquización de foros provisto por este⁷⁹. Existe, pues, una incidencia directa del problema en el Derecho de la UE y en su efecto útil, por lo que la derogación del foro del domicilio del consumidor debería resolverse por dicho ordenamiento europeo⁸⁰. En clave europea, la sumisión a los tribunales del tercer Estado del profesional no debería ser admitida por ningún juez de Estado miembro, pues no concurriría ninguno de los supuestos-tipos previstos por el RB I bis: ni se trata de pactos posteriores al nacimiento de la controversia, ni de pactos que favorezcan al consumidor demandante (si este pretende demandar en la UE), ni de pactos a favor de los tribunales del domicilio común de consumidor y profesional⁸¹. Además, como ya se ha destacado, podría entenderse que se trata de una cláusula abusiva que genera un desequilibrio jurídico-económico en detrimento del consumidor⁸².

Si la derogación del foro europeo del domicilio del consumidor por sumisión a tribunales de terceros Estados debe analizarse a la luz del ordenamiento europeo, la eventual derogación de los foros previstos por las legislaciones nacionales de los Estados miembros, ha de someterse a dichas legislaciones⁸³. En la práctica, ello solo concurriría cuando los tribunales de Estados miembros se pudieran declarar competentes para acciones interpuestas por un consumidor domiciliado en otro Estado miembro⁸⁴. En el caso de España, cabría la abstención de los tribunales españoles por la sumisión a un tercer Estado, siempre que concurrieran los supuestos del DLTRLGDCU, a saber: si en el Estado del tribunal elegido se halla el domicilio del consumidor, el lugar de ejecución de la obligación o el inmueble al que se refiere el contrato (art. 90.2º TRLGDCU)⁸⁵. No obstante, sería oportuna una reflexión sobre si la eventual derogación del foro por una sumisión a tercer Estado solo debería jugar cuando la invoca el consu-

⁷⁹ Vid. B. Añoveros Terradas, "Extensión de los foros...", *loc. cit.*, p. 305; C.I. Cordero Álvarez, *loc. cit.*, p. 363.

⁸⁰ *V.gr.*, si se trata de un consumidor domiciliado en España que contrata con un profesional establecido en Brasil con sometimiento a los tribunales brasileños, una hipotética derogación de la competencia de los tribunales españoles afectaría directamente a un criterio de competencia establecido en el RB I bis, el del domicilio del consumidor (arts. 6 en relación con el art. 18).

⁸¹ Cf. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.*, p. 298.

⁸² Vid. *supra* II, sobre la importancia del Asunto *Océano* a este respecto.

⁸³ Vid. P. Wautelet, *loc. cit.*, pp. 4-6; A. Nuyts, *loc. cit.*, pp. 41 y 86. Téngase en cuenta que el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro 2005 excluye a los contratos de consumo, cf. P. de Miguel Asensio, "La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo", *Estudios sobre consumo*, nº 85, 2008, pp. 23-44, parágrafo 9.

⁸⁴ Vid. *supra* III.1.A) sobre cómo el tribunal del domicilio del consumidor se declarará competente por una norma europea (art. 18 RB I bis), mientras que el resto de tribunales de Estados miembros se declararían competentes por sus legislaciones nacionales (art. 6).

⁸⁵ Vid. P. de Miguel Asensio, "La tutela de los consumidores...", *loc. cit.*, parágrafo 18.

misor y no el profesional⁸⁶. A este respecto, sería conveniente que la reforma de la LOPJ estuviera mejor redactada en lo que concierne a la sumisión⁸⁷ y aclarara sus relaciones con el citado DLTRLGDCU⁸⁸.

Ya se realice una interpretación en clave europea, ya en clave nacional, llama la atención que la sumisión a tribunales de terceros Estados haya sido tratada en el momento de atribución de competencia, pero no en el momento de reconocimiento de decisiones. Así, la falta de reglas especiales sobre consumo en muchos de los convenios bilaterales firmados por España puede originar el reconocimiento de sentencias de terceros Estados basadas en cláusulas de sumisión a favor de los tribunales del profesional, resultando abusivas y perjudiciales para el consumidor⁸⁹. Solo cabría paralizar este reconocimiento y ejecución entendiendo que hay una vulneración del orden público español, precisamente por basarse en una regla de competencia abusiva, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el Asunto *Océano*⁹⁰. Ahora bien, no puede perderse de vista lo forzado de invocar la cláusula genérica de control del orden público cuando en muchos de esos convenios existen cláusulas específicas sobre el control de la competencia, que la sentencia objeto de reconocimiento respetaría plenamente.

2. Lagunas en los estándares sustantivos de protección

A) Planteamiento

15. La normativa de consumidores del RR I funciona correctamente en relación con los consumidores captados en su residencia. En la hipótesis aquí anali-

⁸⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.*, p. 115. Se trataría de que, si favorece al consumidor, la competencia del tribunal extranjero elegido fuera compatible con la competencia los tribunales españoles. Máxime si se tiene en cuenta que no hay disposición alguna que obligue a abstenerse al juez español por sumisión a los tribunales extranjeros (art. 36 LEC 2000).

⁸⁷ El art. 22.bis.1.II del Proyecto de reforma de la LOPJ señala que la sumisión a tribunales españoles solo puede jugar si se basa en un acuerdo posterior al surgimiento de la controversia, si ambas partes tenían su domicilio o residencia en España cuando se celebró el contrato o si el demandante es el consumidor. El problema está en que el art. 22.quinquies vuelve a regular esta cuestión en su último párrafo, con la contradicción de que los pactos posteriores al nacimiento del litigio solo pueden ser invocados por el consumidor demandante.

⁸⁸ En principio la regulación del Proyecto de reforma de la LOPJ se refiere a la sumisión a tribunales españoles, mientras que la del DLTRLGDCU podría referirse a la sumisión a tribunales de terceros Estados. No obstante, el Proyecto debería establecer claramente si podría bilateralizarse respecto de los tribunales de terceros Estados, de modo que el juez español se declarara incompetente si observa que existe una sumisión a los tribunales de un tercer Estado en el que las partes tenían su domicilio cuando se realizó el contrato o una sumisión posterior al nacimiento del litigio.

⁸⁹ Sobre la necesidad de abordar desde una perspectiva europea y no estatal el reconocimiento de decisiones en materia de consumo de terceros Estados, vid. A. Borrás, *loc. cit.*, p. 347.

⁹⁰ Vid. *supra* II.

zada de consumidor residente en un Estado miembro, se aplicará la ley de este Estado, sirviendo la elección de ley únicamente para atribuir más derechos al consumidor. Por tanto, el sometimiento a la ley del Estado donde está establecido el profesional solo será tenido en cuenta en aquello que mejore la protección imperativa dispensada por el Derecho de la UE y de la ley del Estado miembro de residencia⁹¹. De hecho, la elección de la ley del profesional tendrá escasa aplicación práctica, si tiene estándares bajos de protección.

16. La situación es sustancialmente distinta respecto de destinatarios finales no captados en su residencia, ya que se aplicará la ley del profesional como prestador característico (art. 4 RR I). Por tanto, si el profesional está establecido en un tercer Estado con estándares más bajos de protección que los desarrollados en el EEE, no es recomendable la elección de ley distinta a la de la propia residencia habitual de la empresa. Téngase en cuenta que la elección de la ley del destinatario final residente en el EEE podría suponer elevar sus estándares de protección, pues este será calificado como consumidor y merecedor de la protección brindada por la Directiva 2011/83. Lo mismo ocurriría si se opta por la normativa común de compraventa europea⁹²: resultarían aplicables sus reglas sobre consumidores, desde el momento en el que no se exige captación del destinatario final.

En este contexto, si bien la regulación del RR I funciona de una forma adecuada, existe una laguna respecto del caso en el que el consumidor residente en un Estado miembro es captado en otro Estado miembro por una empresa de tercer Estado. Formalmente se trata de un consumidor activo y que, por tanto, no es merecedor de la protección conflictual del RR I⁹³. Por ello, puede aplicarse la ley de un tercer Estado, donde está establecido el profesional. Ni siquiera podría invocarse la aplicación de las normas contractualmente imperativas de la UE *ex* art. 3.4º RR I, porque no se trata de un supuesto íntegramente vinculado al espacio de la UE, dado que una de las partes está establecida en un tercer Estado⁹⁴. Pero, materialmente, lo cierto es que el consumidor residente en la UE ha sido

⁹¹ El otro supuesto sería el de elección de la ley de un Estado miembro. Así, la regla de la ley elegida con respeto a las normas imperativas favorables al consumidor juega genéricamente en los aspectos no armonizados. Sin embargo, ha de ponerse en relación con la Directiva 2011/83, que establece un nivel máximo de armonización de los derechos de los consumidores, que los Estados deben alcanzar pero no mejorar. Ello significa que, existiendo una correcta transposición, el contenido de la ley elegida y la ley de residencia del consumidor debe de ser idéntico. De esta forma, habría vía libre a la aplicación de la ley elegida. A lo sumo, se plantea una cuestión procesal como la oportunidad de probar la ley extranjera elegida –con los costes temporales y económicos que ello tiene–, cuando la ley del foro se pronuncia en los mismos términos.

⁹² *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.*, pp. 47 ss.; F. Esteban de la Rosa y O. Olariu, *loc. cit.*, pp. 18–19.

⁹³ *Vid.*, en detalle, F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 459 ss.

⁹⁴ *Vid.* M. Requejo Isidro, *loc. cit.*, pp. 499 ss.

captado en la propia UE (el único matiz es que es un Estado miembro distinto al de su residencia).

B) Mecanismos correctores

17. Afortunadamente, esta situación de consumidor captado en la UE, pero en un Estado miembro distinto al Estado miembro de su residencia, puede mitigarse porque el tribunal de un Estado miembro, competente por ejemplo por el domicilio del consumidor, aplicará las leyes de policía del foro o de la UE (art. 9 RR I)⁹⁵ o normas funcionalmente equivalentes a estas. Así, la hipotética aplicación de la ley del profesional queda mitigada por la aplicación de estas leyes de policía⁹⁶. Tal es el caso de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación, que, independientemente de que se trate de consumidor captado o no, juega cuando el adherente resida en España y haya emitido su declaración negocial en territorio español (art. 3.II). Pero también ocurre con las normas europeas transpuestas al ordenamiento español, particularmente, cuando el DLTRLGDCU exige la aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas y de las normas sobre garantías de bienes al consumo cuando, sea cual sea la ley elegida, exista una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del EEE (art. 67)⁹⁷. Anteriormente ya se han señalado la relativa relevancia de algunos de los vínculos señalados en dicha Ley en lo que conforma un *numerus apertus*. En relación con la normativa sobre cláusulas abusivas, la captación en un Estado miembro ya es criterio para entender aplicable dicha normativa (art. 67.2º); en relación con la normativa de garantías, es un vínculo con el EEE la celebración del contrato o el uso del bien en el EEE (art. 67.3º).

Con estos criterios quedaría prácticamente cubierto el caso de consumidor activo residente en Estado miembro que es captado en otro Estado miembro por una empresa de tercer país. Solo persistiría un problema de dicción literal en el art. 67 DLTRLGDCU, pues estas leyes de policía europeas juegan sea cual sea la “ley elegida”, es decir, si los contratantes pactan la aplicación de la ley de un ter-

⁹⁵ Además de tener en cuenta las de otros Estados donde se ejecuta el contrato, en función de su naturaleza, objeto y consecuencias derivadas de su aplicación y, en particular, la posible ilegalidad de la ejecución (art. 9.3º RR I).

⁹⁶ *V.gr.*, una persona física, con residencia habitual y domicilio en Barcelona, durante unas vacaciones en México, recibe varias ofertas publicitarias de empresas mexicanas. Ya de vuelta en España, decide hacer un contrato a distancia para un uso personal, para lo cual la empresa mexicana le envía a su residencia las condiciones generales de contratación, que son firmadas y devueltas por correo. En ellas se pacta la entrega de las mercancías en Barcelona y el sometimiento a la ley mexicana. En principio, este usuario final no será considerado consumidor por el RR I, al haber sido captado fuera de su Estado de residencia. Sin embargo, las normas sobre condiciones generales de la contratación de la Ley 7/1998 serán aplicadas como ley de policía.

⁹⁷ *Vid.* F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 460.

cer Estado. Pero también deberían aplicarse cuando, sin haber elección por las partes, la ley rectora del contrato fuera la de un tercer Estado⁹⁸ (por ejemplo, por hallarse la residencia habitual del profesional en ese país, *ex art. 4 RR I*). Es irrelevante el porqué se llega a la ley de un tercer Estado –si por elección o por una regla subsidiaria–, lo relevante es que existen vínculos estrechos con el EEE y de ahí estas normas europeas deban tomarse en consideración.

IV. Conclusiones

A) La actividad transfronteriza de las empresas en el mercado minorista obliga a analizar dos hipótesis en las relaciones comerciales con terceros Estados: profesionales establecidos en la UE que contratan con consumidores residentes en terceros países y profesionales establecidos en terceros países que contratan con consumidores residentes en la UE.

B) Respecto de la primera hipótesis, debería corregirse la situación procesal de desprotección del consumidor en el marco del RB I bis, que permite que el profesional imponga cláusulas de sumisión abusiva a favor de sus propios tribunales. Ello podría neutralizarse considerando tal cláusula abusiva en el marco de la Directiva 93/13.

C) Además, en defecto de sumisión, debería corregirse la paradoja de las normas del RB I bis y del Convenio de Lugano: el consumidor pretendidamente protegido por comprar o financiar mercaderías a plazos dispone de menos foros a su favor (el domicilio del demandado o la sucursal gestora del contrato) que el consumidor pretendidamente no protegido (a los dos anteriores se sumaría el foro del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda).

D) Igualmente, debería regularse mejor el cambio de domicilio, que afecta especialmente al consumidor domiciliado y captado en un Estado miembro que traslada su domicilio a un tercer Estado antes de interponer la demanda y que, por ello, podría perder el derecho a reclamar en su último domicilio en un Estado miembro, especialmente vinculado con la controversia.

E) Por lo que respecta a la ley aplicable, el profesional deberá valorar si los estándares de protección del Estado del consumidor captado en su residencia son más bajos que los del EEE, pues podría interesarle no elegir ley (ni siquiera la propia del profesional) y aplicar la normativa conflictual de consumidores del RR

⁹⁸ Cf. F. Esteban de la Rosa, *op. cit.*, p. 188; F.J. Garcimartín Alférez, *loc. cit.*, p. 462.

I (= ley de residencia del consumidor y no ley del profesional proveedor de mercancías y servicios).

F) Al contrario, respecto del consumidor no captado podría interesar sobremanera elegir ley, que sería aplicable sin traba alguna. No en vano, en caso de no elegirse tal ley, el profesional podría encontrarse con la aplicación de la normativa material europea de consumidores (Directiva 2011/83), ya que la ley del profesional es la de un Estado miembro y dicha normativa es aplicable *ratione personae* a consumidores no captados.

G) El segundo caso tipo analizado es el de profesional establecido en tercer país y consumidor en el EEE, al que se le ha atribuido el derecho a reclamar en su propio domicilio debe considerarse un derecho “imperfecto”. El consumidor no podrá abrir un proceso europeo de escasa cuantía en dicho Estado, al no estar ninguna parte domiciliada en otro Estado miembro. Ello es sorprendente cuando cualquier tribunal de otro Estado miembro, competente por su legislación nacional, sí que podrá abrir dicho proceso europeo.

H) Además la decisión dictada por el juez del domicilio del consumidor puede ser claudicante y tener un alto riesgo de no ser reconocida en terceros Estados a la luz de los convenios bilaterales firmados por España.

I) Por el contrario, la sentencia dictada en el tercer Estado donde está establecido el profesional con base en una sumisión “impuesta” por este no encontraría obstáculos a su reconocimiento en España según dichos convenios bilaterales, salvo una dudosa invocación de la vulneración del orden público español.

J) Por lo que respecta a la ley aplicable, la elusión de las normas europeas respecto de consumidores no captados en su residencia queda neutralizada por la consideración de algunas de estas normas europeas como leyes de policía. De esta forma, serán aplicables con independencia de la ley rectora del contrato.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968”, *REDI*, vol. XLVIII, 1996–1, pp. 39–70.
- Añoveros Terradas, B.: *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2003.
- Añoveros Terradas, B.: “Consumidor residente en la UE vs. Consumidor residente en un Estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 379–401.

- Añoveros Terradas, B.: "Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros Estados", *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 285-306.
- Borrás Rodríguez, A.: "Application of the Brussels I Regulation to External Situations: from Studies Carried out by the European Group for Private International Law to the Proposal for the Revision of the Regulation", *Yearb. Priv. Int'l Law*, 2010, p. 2333-350.
- Campuzano Díaz, B.: "Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma", *REEI*, nº 28, 2014, pp. 1-35.
- Carrascosa González J. y Manuel Almudí Cid, J.: "Contratos internacionales de consumo", en M. Yzquierdo Tolsada, *Contratos*, t. XVII, vol. II, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2014, pp. 777-854.
- Castellanos Ruiz, E.: *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010.
- Cordero Álvarez, C.I., "La contratación entre consumidores de la UE y empresas de terceros Estados: evolución del DIPr de la UE", en J.-S. Bergé, S. Francq y M. Gardeñes Santiago (eds.), *Boundaries of European Private International Law/Les frontières du droit international privé européen/Las fronteras del derecho internacional privado europeo*, Bruselas, Bruylant/Larcier, 2015, pp. 347-365.
- De Miguel Asensio, P.: "La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo", *Estudios sobre consumo*, nº 85, 2008, pp. 23-44.
- De Miguel Asensio, P.: "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *La Ley UE*, nº 8013, 31-I-2013, pp. 1-4.
- Dickinson, A.: "Surveying the proposed Brussels I bis Regulation – solid foundations but renovation needed", *Yearb. Priv. Int'l Law*, 2010, pp. 247-309.
- Espiniella Menéndez, A.: "La europeización de decisiones de Derecho privado", *REDI*, vol. LX, 2008-1, pp. 39-69.
- Esteban de la Rosa, F.: *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2002.
- Esteban de la Rosa, F. y Olariu, O.: "La aplicación de la normativa común de compraventa europea a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo", *InDret*, nº 1, 2013, pp. 1-32.
- Fallon, M. y Kruger, T.: "The Spatial Scope of the EU's Rules on Jurisdiction and Enforcement of Judgments: from Bilateral Modus to Unilateral Universality?", *Yearb. Priv. Int'l Law*, 2012-2013, pp. 1-35.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2013.
- Fronková, L.: "The New Directive on Consumer Protection: Objectives From the Perspective of the EU and the Member States", en H. Schulte-Nölke y L. Tichý (eds.), *Perspectives for European Consumer Law*, Múnich, Sellier, 2010, pp. 91-96.
- Garcimartín Alférez, F.J.: "Consumer Protection from a Conflict of Laws Perspective: The Rome I Regulation Approach", en J. J. Forner Delaygua y otros (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 525-534.
- Jenard, P.: "Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas, el 27 septiembre 1968", DO C 189 de 28.7.1990.
- López-Tarruella Martínez, A.: "Contratos internacionales celebrados por los consumidores: las aportaciones del nuevo art. 6 RR I", *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 511-529.

- Nuyts, A.: “Study on Residual Jurisdiction”, Bruselas, 2007, p. 40, disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf.
- Paredes Pérez, J.L.: “La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta *de lege ferenda*”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 87–114
- Pohl, M.: “Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle”, *IPRax*, vol. 33, nº 2, 2013, pp. 109–114
- Requejo Isidro, M.: “Contratos de consumo y Roma I: ¿un poco más de lo mismo?”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 493–510.
- Rühl, G.: “La protección de los consumidores en el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 91–120
- Salah, M.M.: “Loi d’autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 315, 2005, pp. 141–264
- Sánchez Lorenzo, S.: “La propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 35–61
- Sánchez Lorenzo, S.: “De Bruselas a La Haya pasando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea”, en J.J. Forner Delagüa y otros (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 821–832
- Schlosser, P.: “Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio elativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, firmado en Luxemburgo el 9 octubre 1978”, *DOCE* nº C 189, 28–VII–1990
- Torrallba Mendiola, E.: “Las reglas de Derecho internacional privado en la reforma de la LGDCU”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 9, 2014, pp. 17–26
- Twigg-Flesner, C.: “La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del Derecho de consumo de la UE”, en S. Cámara Lapuente (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2012, pp. 81–106
- Valpuesta Gastamiza, E.: “La propuesta de normativa de compraventa europea: un paso más hacia la unificación del Derecho de los contratos de la UE, lastrado por la protección al consumidor”, *CDT*, vol. 5, 2013, pp. 199–216
- Virgós Soriano M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Reuters/Civitas, 2007
- Wautelet, P.: “Clauses d’élection de for et procédures concurrentes. Les innovations du Règlement 1215/2012”, <http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/147054/2/Texte%20Wautelet.pdf>.

ACCIÓN DE REGRESO FRENTE AL DEUDOR SOLIDARIO Y LÍMITES DEL EFECTO DE COSA JUZGADA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Rosa MIQUEL SALA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Competencia judicial internacional y Derecho aplicable. III. Efectos del reconocimiento de resoluciones extranjeras según el Reglamento Bruselas I. 1. Teorías tradicionales sobre los efectos del reconocimiento de una resolución extranjera. 2. Alcance del efecto positivo de cosa juzgada en el Derecho comparado. 3. La sentencia del TJUE en el asunto *Gothaer Allgemeine Versicherungen*: ¿hacia una solución específica en el Derecho de la UE? IV. Acción de regreso del deudor solidario y cosa juzgada en derecho español. 1. Norma general. 2. ¿Resultado distinto en materia de responsabilidad de los administradores? V. Resumen y conclusiones.

RESUMEN: Si varios administradores de una sociedad de capital española han sido condenados solidariamente como consecuencia del ejercicio de acción individual de responsabilidad y posteriormente el administrador que ha hecho frente a la indemnización ejercita acción de regreso en otro Estado miembro, dicho órgano jurisdiccional aplicará la teoría de la extensión de efectos para determinar el efecto de cosa juzgada de la sentencia española determinando la existencia de responsabilidad. En virtud del relativamente amplio efecto positivo de la cosa juzgada manejado en el Derecho procesal civil español, el hecho de que uno de los administradores demandados en el primer proceso no se exonere entonces en base al art. 237 LSC vincula también al juez en el proceso posterior. Sin embargo, esta circunstancia no llega a impedir a dicho administrador la posibilidad de alegar, en las relaciones internas, una cuota de responsabilidad inferior a la que se derivaría de la presunción recogida en el art. 1138 Cc.

PALABRAS CLAVE: RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS – RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES – SOLIDARIDAD – ACCIÓN DE REGRESO – COSA JUZGADA.

ABSTRACT: *Right of Recovery Against the Joint-and-several Debtor and the Limits of the Res judicata of a Foreign Judgment*

If various members of the board of a Spanish corporate enterprise have been deemed joint and severally liable towards the creditors of the company and the member of the board who has paid the compensation wants to seek recourse against the remaining members of the board before the court of other member State, the foreign court will apply the doctrine of extension of effects in order to determinate the

* LL.M. Wissenschaftliche Mitarbeiterin. Universität Bayreuth.

extent of the positive effect of res iudicata of the Spanish judgement stating the solidary liability. According to the relatively broad positive effect of res iudicata in Spanish civil procedure law, the foreign judge is bound by the fact that a member of the board sued in the first proceeding did not exonerate himself on the grounds of art. 237 of the Spanish Corporate Enterprises Act. However, this does not prevent this member of the board from claiming that his share of liability in the internal relationship does not result from the presumption in art. 1138 of the Spanish civil code.

KEYWORDS: RECOGNITION OF FOREIGN JUDGEMENTS – BOARD MEMBERS' LIABILITY – SOLIDARY OBLIGATIONS – RIGHT OF RECOURSE – RES JUDICATA.

I. Introducción

La presente contribución aborda una cuestión muy concreta: hasta qué punto puede volverse a examinar la responsabilidad del deudor solidario requerido de pago por la vía de la acción de regreso cuando la responsabilidad solidaria de varios deudores ha sido previamente establecida por una sentencia extranjera. El siguiente ejemplo va a servir de hilo conductor de la exposición: una sociedad limitada española es constituida por dos socios alemanes inscritos como administradores en el Registro Mercantil. Sin embargo, existe un pacto entre ellos por el cual solamente uno va a actuar efectivamente como tal, desentendiéndose el otro del funcionamiento de la sociedad. La sociedad contrae una importante deuda con un cliente español, que ejerce con éxito ante un juzgado español acción individual de responsabilidad frente a ambos socios. El socio que no ejercía como administrador es condenado en rebeldía y en la sentencia se especifica que no es posible su exoneración al no darse las condiciones requeridas para ello en el art. 237 LSC. El socio que se persona en juicio paga la totalidad de la deuda y requiere posteriormente del otro deudor el reintegro de la mitad de la suma indemnizatoria con los intereses pertinentes. La acción de regreso se ejerce ante un tribunal alemán. En dicho proceso, el socio requerido en vía de regreso pretende romper la presunción de parciariedad de la que se parte en el marco del art. 1145 Cc a raíz del art. 1138 Cc¹, alegando que su porcentaje de responsabilidad es inferior al del deudor solidario que pagó. ¿Puede el juez alemán volver a decidir sobre la responsabilidad del deudor requerido de pago, determinando en su caso una distribución de las cuotas de responsabilidad distinta a la parciaria, o debe atenerse al contenido de la sentencia española, cuyas conclusiones sirven de presupuesto a la acción de regreso?

¹ Vid., entre otras, SSTs 1015/2002 de 26 octubre 2002 (RJ 2002/9183), FJ 3º y 4º; 424/2006 (RJ 2006/2208), FJ 3º; 770/2001 de 16 de julio (RJ 2001/5432), FJ 6º; 1015/2002 de 26 octubre 2002 (RJ 2002/9183), FJ 4º; 227/2002 de 11 marzo 2002 (RJ 2002/1885), FJ 4º y 1231/1998 de 4 enero 1999 (RJ 1999/132), FJ 2º. Vid. también SAP 41/2007 de 16 de enero (JUR 2007/236104), FJ 3º.

La respuesta a esta cuestión depende principalmente de los efectos que se atribuyan al reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia civil y mercantil, regulado actualmente en el art. 36 ss RB I² (III.1). Para mejor entender la relevancia de las soluciones propuestas en este ámbito, resulta interesante abordar desde el punto de vista del Derecho comparado la cuestión relativa al alcance del efecto positivo de la cosa juzgada material (III.2). También se expondrá el contenido de la sentencia del TJUE en el asunto *Gothaer Allgemeine Versicherungen*, donde se defiende una solución autónoma, susceptible de generalización (III.3). Por último (IV), va a analizarse cuál tendría que ser el efecto positivo de cosa juzgada de sentencias (españolas) determinando la existencia de una obligación solidaria, para luego determinar bajo qué circunstancias y en qué supuestos debería ser posible un segundo análisis del fundamento de la responsabilidad del administrador requerido de regreso dentro del ámbito de aplicación de la LSC. Sin embargo, la presente contribución no puede iniciarse sin unos breves apuntes sobre la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable en el supuesto estudiado (II).

II. Competencia judicial internacional y Derecho aplicable

La determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de la acción de regreso ejercitada por el administrador que ha hecho frente a la responsabilidad frente a un acreedor de la sociedad frente a otro administrador o administradores residentes en otro Estado miembro tiene lugar con base en el RB I. La exclusión relativa a la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos contenida en su art. 1.2º.b) es irrelevante en el presente contexto al no haberse incoado ningún procedimiento concursal. Determinada la aplicabilidad del Reglamento, debe procederse a la calificación de la acción de regreso, lo que deberá realizarse teniendo en cuenta la naturaleza contractual o extracontractual de la obligación solidaria en cuyo contexto se genera. Los mejores argumentos hablan aquí a favor de una calificación extracontractual. La norma de responsabilidad recogida actualmente en el art. 237 LSC puede considerarse como una concreción del principio *neminem laedere* y además sanciona específicamente el incumplimiento del deber de diligente administración que tiene como consecuencia el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad con respecto a terceros. Teniendo en cuenta esto, la determinación del órgano jurisdiccional competente podría tener lugar a través del foro especial en materia delictual del art. 6.2º RB I, el foro del domicilio del demandado del

² Si no se especifica lo contrario, la denominación Reglamento Bruselas I se refiere al Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012 (DO L 351 de 20.12.2012).

art. 5.1º RB I, o mediante sumisión expresa (art. 25.1º RB I) o tácita (art. 26.1º RB I)³.

Del Derecho aplicable a la acción de regreso tratan, respectivamente, los arts. 16 y 20 RR I y RR II. Atendiendo a la calificación extracontractual de la responsabilidad de los administradores frente a terceros resultará aplicable este último artículo. La acción de responsabilidad de los terceros frente a los administradores es una cuestión que corresponde resolver a la *lex societatis*⁴.

III. Efectos del reconocimiento de resoluciones extranjeras según el Reglamento Bruselas I

1. Teorías tradicionales sobre los efectos del reconocimiento de una resolución extranjera

Tradicionalmente, los efectos del reconocimiento de una resolución extranjera se han querido determinar atendiendo a distintas teorías. De entre ellas, la denominada “teoría de la extensión de los efectos” (*Wirkungserstreckungstheorie*) es la que ha tenido mayor éxito. Según esta teoría, los efectos de la resolución en el Estado donde esta se reconoce serán exactamente los previstos por el derecho del Estado donde se ha dictado. Esta solución conlleva por tanto la necesidad de investigar el contenido del Derecho procesal extranjero y puede conducir a resultados que poco tendrán que ver con los efectos previstos por la *lex fori*, especialmente en aquellos Estados que, como Alemania, manejan un concepto más restrictivo de cosa juzgada. Por ello, no es de extrañar que frente a la teoría de la extensión de los efectos se haya propuesto también la llamada “teoría de la equiparación” (*Gleichstellungstheorie*), según la cual la resolución extranjera va a tener los mismos efectos que tendría una resolución dictada en el Estado en el que se solicita el reconocimiento. Una teoría intermedia es la llamada teoría de la acumulación (*Kumulationstheorie*), según la cual la resolución extranjera podrá tener los efectos que prevé el Derecho del Estado donde se ha dictado, siempre que sean idénticos o no sobrepasen los conocidos en el Estado donde tiene lugar el reconocimiento⁵.

³ R. Arenas García, “La responsabilidad de los administradores sociales desde la perspectiva del Derecho internacional privado”, en Arenas García/Górriz López/Miquel López (coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 170-172.

⁴ R. Arenas García, *loc. cit.*, p. 187.

⁵ Vid, v.gr., H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Múnich, C.H. Beck, 2014, p. 331, Rn. 882 ss.; H. Dörner, “Artikel 36 EuGVVO”, en Saenger, *Zivilprozessordnung*, Múnich, C.H. Beck, 2015, Rn. 2; S. Leible, “Art. 33 Brüssel I-VO”, en Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR / EuIPR, Brüssel I-VO, LugÜbk 2007*, Múnich, Sellier, 2011, Rn. 3; H. Linke/W. Hau, *Interna-*

El principal efecto del reconocimiento es que la resolución pasa a tener efecto de cosa juzgada también en el Estado del reconocimiento, tanto en su vertiente formal como en su vertiente material. Por otro lado, el reconocimiento puede suponer también la extensión de determinados efectos de la resolución frente a terceros que no han sido parte en el proceso⁶. Sin embargo, se considera de forma unánime que la posibilidad de que el contenido una resolución extranjera pueda subsumirse en una norma de la *lex causae* no debe derivarse del reconocimiento, sino exclusivamente de lo que la propia *lex causae* disponga⁷.

2. Alcance del efecto positivo de cosa juzgada en el Derecho comparado

En los Derechos del sistema jurídico continental se utiliza una terminología común para definir los efectos de la cosa juzgada. Como se sabe, se distingue entre cosa juzgada formal (imposibilidad de recurrir o impugnar la decisión cuando ha transcurrido el plazo para ello y por tanto la decisión ha adquirido firmeza) y cosa juzgada material (invariabilidad y permanencia en el tiempo de la decisión). El efecto negativo de la cosa juzgada material o *ne bis in idem* se traduce en la imposibilidad de volver a juzgar la misma cuestión. El efecto positivo de la cosa juzgada material se traduce en la posibilidad de que la resolución vincule al juez en procesos posteriores. Esta vinculación se había explicado antiguamente a raíz de la atribución de naturaleza material a la cosa juzgada. Como consecuencia, la sentencia determinaría un cambio en la situación de Derecho material o, como mínimo, permitiría presumir que esta situación había cambiado (*res iudicata pro veritate habetur*). Actualmente, sin embargo, esta teoría se halla en franco retroceso⁸. Incluso en Francia, donde la autoridad de cosa juzgada se regula en el art. 1351 de su *code civil*, relativo a las presunciones legales, se considera actualmente que la inmutabilidad de la sentencia no se explica porque esta sea conforme a la verdad, sino por haber sido dictada por un órgano investido por la ley con el poder de decidir de forma definitiva sobre un asunto⁹.

Cuestión distinta de la naturaleza material o procesal de la cosa juzgada es el alcance de sus efectos. En Derecho alemán se requiere para el efecto negativo de la cosa juzgada la identidad del asunto litigioso (*Streitgegenstand*) y de las partes, aunque esto último puede excepcionarse en determinados supuestos (§ 325

tionales Zivilverfahrensrecht, Colonia, Otto Schmidt Verlag, 2015, p. 258; R. Geimer, “Art. 33 EuGVVO”, en Geimer/ Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, München, C.H. Beck, 2010, Rn. 1–2.

⁶ B. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht (Ius Communitatis)*, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, p. 336.

⁷ H. Dörner, *loc. cit.*, Rn. 8; S. Leible, *loc. cit.*, Rn. 9; H. Schack, *op. cit.*, p. 327, Rn. 872.

⁸ R. Geimer, *loc. cit.*, Rn. 22. *Vid.* en España Apartado IX de la Exposición de Motivos de la LEC; STS 123/2013, de 11 de marzo; V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena, *Derecho procesal civil Parte General*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 339.

⁹ Ch. Lefort, *Procédure civile*, París, Dalloz, 2011, pp. 391–392.

ZPO). Por su parte, los Derechos francés y español han requerido tradicionalmente la identidad de sujetos, objeto y causa. Esto último se deriva en Francia del art. 1351 del *code civil* y en España de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el art. 222 LEC tras la derogación de los arts. 1251 y 1252 Cc. En el *common law*, la institución de la *res iudicata* se caracteriza por adoptar la forma de un *estoppel*. Para poderla apreciar es necesaria una resolución definitiva de un tribunal competente en un litigio entre las mismas partes¹⁰.

Mientras que el reconocimiento del efecto negativo de cosa juzgada de una sentencia extranjera comportaría, en principio, la inadmisión a trámite de una segunda demanda, el reconocimiento del efecto positivo o prejudicial de la sentencia extranjera puede resultar más problemático en la práctica si se pretende conceder a la sentencia extranjera los efectos que tendría en el Estado de origen. En este contexto, deberá determinarse qué partes de la sentencia vinculan al juez en un proceso posterior. Esta cuestión ha sido objeto de regulación en el § 322 de la ZPO alemana, según el cual el efecto de cosa juzgada alcanza solamente a la pretensión que se haya hecho valer en la demanda y en la contestación a la demanda. Quedan excluidas por tanto las relaciones jurídicas de cuya existencia se partió o se examinó como cuestión previa¹¹. La fuerza de cosa juzgada se predica por tanto solamente del fallo (Tenor), lo que obliga a una cuidadosa redacción del mismo. Los motivos de la sentencia solamente pueden utilizarse para mejor interpretar el fallo¹². El Derecho francés, por su parte, no contiene una disposición legal al respecto. La jurisprudencia de la *Cour de Cassation* es partidaria de la extensión de la cosa juzgada exclusivamente al fallo (*dispositif*), aunque no faltan en la literatura voces partidarias de la consideración de los motivos que sean presupuesto lógico necesario del fallo¹³. En Derecho español se considera en principio que solo el fallo de la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada¹⁴. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha afirmado repetidamente que el efecto prejudicial de la cosa juzgada vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria¹⁵. Pero, es sin duda en la *common law* donde se maneja un concepto más amplio de asunto litigioso, ya que, por un lado, el *cause of action estoppel* abarca tanto la preten-

¹⁰ N. Andrews, *The Modern Civil Process, Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008, pp. 157-158.

¹¹ F. Germelmann, *Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2009, p. 51.

¹² F. Germelmann, *op. cit.*, p. 57.

¹³ Vid. J. Normand, "L'étendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif", *Rencontres Université – Cour de cassation*, 23. Janvier 2004, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, Hors série n°3, *passim*.

¹⁴ V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena, *op. cit.*, p. 343.

¹⁵ Vid., v.gr., SSTs 28 febrero 1991 (RJ 1991/1610), FJ 2º; 491/2007, 7 de mayo (RJ 2007/2817), FJ 2º; 327/2013, y 24 junio 2014 (RJ 2014/4762), FJ 3º.

sión como su sustento fáctico y jurídico, y, por el otro, en el *issue estoppel* se considera asunto litigioso también cuestiones jurídicas que no forman parte de la *cause of action* pero que son necesarias para determinarla¹⁶. Además, puede acudirse al *estoppel by implication* cuando existen elementos de una sentencia que, sin formar parte del asunto litigioso, constituyen “precondiciones necesarias y fundamentales” de la sentencia¹⁷. Por si esto no fuera poco, la denominada doctrina Henderson, aplicada tanto al *cause of action estoppel* como al *issue estoppel*, establece que el efecto preclusivo de la sentencia puede abarcar también lo que, perteneciendo al asunto litigioso, hubiese podido ser alegado por las partes diligentes al inicio del proceso¹⁸.

3. La sentencia del TJUE en el asunto Gothaer Allgemeine Versicherungen: ¿hacia una solución específica en el Derecho de la UE?

De acuerdo con la opinión mayoritaria, el reconocimiento de una resolución extranjera dentro del ámbito de aplicación del RBI 2001 se realizaba aplicando la teoría de la extensión de los efectos¹⁹. Esto se desprende del Informe Jenard sobre el Convenio de Bruselas, donde se afirma textualmente que el reconocimiento deberá tener como resultado la atribución a las resoluciones de la autoridad y eficacia que poseen en el Estado donde han sido dictadas²⁰, y ha quedado plasmado también jurisprudencialmente²¹. Sin embargo, no debe ignorarse que algunos autores dudaban de que esta fuese la solución a seguir y se remitían a las afirmaciones realizadas en el Informe Schlosser, donde se hacía referencia a la diversidad de los efectos de las sentencias en los distintos Estados miembros y se afirmaba que el grupo de expertos encargado de revisar el Convenio de Bruselas no había considerado que fuese su tarea solucionar esta cuestión de forma gene-

¹⁶ N. Andrews, *op. cit.*, p. 158; F. Germelmann, *op. cit.*, pp. 236–237.

¹⁷ *Ibid.*, p. 238.

¹⁸ N. Andrews, *op. cit.*, p. 159–160; F. Germelmann, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹ Entre muchos otros J. Kropholler y J. von Hein, “Art. 33 Brüssel I-VO”, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Fráncfort del Meno, RuW, 2011, Rn. 9; S. Leible, *loc. cit.*, Rn. 3a; con reservas B. Hess, *op. cit.*, p. 336, Rn. 182; M. Teixeira de Sousa y R. Hausmann, “Art. 33 Brüssel I-VO”, en Simons/Hausmann, *Unalex Kommentar Brüssel I-Verordnung*, Munich, IPR Verlag, 2012, Rn. 20; H. Linke/W. Hau, *op. cit.*, p. 256, Rn. 12.2; A. Stadler, “Art. 33 EuGVVO”, en Musielak, *ZPO*, Múnich, C. H. Beck, 2014, Rn. 2; H. Dömer, *loc. cit.*, Rn. 3; R. Geimer, *loc. cit.*, p. 605, Rn. 13; G. Mäsch, “Art. 33 EuGVVO”, en Kindl/Meller-Hannich/Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, Baden-Baden, Nomos, 2013, Rn. 2; O. Hartenstein, “Die Anerkennung von Prozessurteilen und die europarechtsautonome Definition der Rechtskraft”, *Recht der Transportwirtschaft*, 7, 2013, p. 269.

²⁰ I. Bach, “Deine Rechtskraft? Meine Rechtskraft! Zur Entscheidung des EuGH, den unionsrechtlichen Rechtskraftbegriff auf zivilrechtliche Entscheidungen nationaler Gerichte anzuwenden”, *EuZW* 2013, p. 57.

²¹ *Vid.* STJUE en los asuntos C-145/86 (*Hoffmann/Krieg*), Rec. 1988, p. 645, n. 11; C-420/07 (*Melitis Apostolides/David y Linda Orams*) Rec. 2009 I, p. 3571, n. 66.

ral. Como consecuencia, se había considerado que en realidad el RB I 2001 partía de la teoría de la acumulación²².

En el asunto C-456/11 (*Gothaer Allgemeine Versicherungen*), el TJUE abandona la teoría de la extensión de los efectos, delimitando unilateralmente el efecto de cosa juzgada que debe atribuirse a la resolución objeto de reconocimiento con independencia del contenido de los Derechos procesales nacionales. El caso del que se parte es el siguiente: una sociedad alemana, que debía transportar instalaciones y equipos para la producción cervecera a una empresa mexicana, fue demandada ante los tribunales belgas por varias empresas aseguradoras debido a los daños causados en ejecución del contrato de transporte. La demandada hizo valer la cláusula de elección de foro contenida en el conocimiento de embarque, que establecía la competencia de los tribunales islandeses, a la vista de la cual el tribunal belga se declaró incompetente. Al presentarse posteriormente demanda ante el LG Bremen, se pidió también el reconocimiento de la sentencia del tribunal belga. En la cuestión previa presentada ante el TJUE, el tribunal alemán preguntó en primer lugar si una sentencia que no llega a resolver sobre el fondo (lo que en derecho alemán se conoce como una “*Prozessurteil*”) y en la que el tribunal afirma que no es competente en virtud de una cláusula de elección de foro puede considerarse resolución en el sentido del art. 32 RBI 2001. Como cabía esperar, la respuesta a esta cuestión no presentó mayores dificultades: al TJUE le bastó con hacer referencia a la necesidad de evitar una interpretación restrictiva del art. 32 RBI 2001 y al principio de confianza recíproca. Cualquier sentencia, con independencia de su contenido, ha de ser reconocida si no rige ninguna de las causas de denegación del reconocimiento contenidas en el art. 34 RB I 2001.

No obstante, la cuestión clave en este caso era si el tribunal alemán quedaba vinculado por la sentencia belga solamente por lo que respecta al fallo rechazando la competencia de los tribunales belgas o, por el contrario, también por lo que respecta a la afirmación previa de la validez de la cláusula de elección de foro. El TJUE se muestra partidario de lo segundo y en un primer momento invoca su jurisprudencia anterior aplicando la teoría de la extensión de efectos, aunque finalmente acaba introduciendo una solución distinta, en base al principio de la confianza legítima, para el caso en que los tribunales tengan que aplicar normas comunes en materia de competencia directa. En efecto, de acuerdo con el TJUE, si el tribunal de un Estado miembro ha aplicado el art. 23 RB I 2001 y ha dictaminado que un pacto de elección de foro es válido, esta solución vincula a los tribunales de todos los Estados miembros, que no pueden volver a examinar esta la validez de la cláusula de elección de foro en un proceso posterior. Otra solu-

²² H. Schack, *op. cit.*, p. 332, Rn. 886.

ción, dice el TJUE, sería incompatible con la prohibición de la revisión en cuanto al fondo, “máxime en circunstancias en las que, de no haber existido dicha cláusula, este último tribunal habría podido declararse competente”. El segundo examen de la cláusula de elección de foro, aunque presupuesto para verificar la propia competencia, “cuestionaría la resolución de este tribunal de declinar su propia competencia como tal”(nº 38).

Con ello, el TJUE establece que, en el contexto citado, el reconocimiento de una sentencia no puede limitarse al contenido del fallo (afirmación o denegación de la competencia), sino que el tribunal del Estado requerido queda vinculado también por “los fundamentos de Derecho en los que necesariamente ha de basarse el fallo y que son, por ello, indisociables de éste” (nº 39). Se adopta, por tanto, la noción de cosa juzgada contenida en el derecho procesal de la UE,²³ solución que se considera apropiada teniendo en cuenta que las normas comunes para determinar la competencia judicial internacional tienen también su origen en el derecho de la UE. Por el contrario, la aplicación de la teoría de la extensión de los efectos en este supuesto conduciría a que la facultad de una verificación posterior de la competencia por parte del tribunal del Estado miembro requerido dependería exclusivamente del contenido del Derecho procesal del Estado que ha dictado la resolución (nº 39). Así, en el supuesto inverso (reconocimiento de la sentencia de un tribunal alemán que afirma que no es competente previa afirmación de la validez de una cláusula de elección de foro), el tribunal belga podría, a la vista del restrictivo alcance de la cosa juzgada de acuerdo con el Derecho alemán, proceder a un segundo examen de dicha cláusula, ya que la decisión sobre su validez no se habría incluido en el fallo.

La solución a que llega el TJUE en esta ocasión se considera adecuada si se tiene en cuenta que de otro modo sería posible la aparición de conflictos negativos de competencia²⁴. Sin embargo, a la vista de que la prohibición del control de la competencia del tribunal de origen contenida en el art. 35.1º RB I 2001 no es absoluta, se considera que el TJUE tenía que haber argumentado su decisión en base al derecho a la tutela judicial efectiva del demandante²⁵. También se ha

²³ El TJUE cita dos sentencias del Tribunal General de la Unión Europea, concretamente la sentencia de 1 junio 2006 en los asuntos conexos C-442/2003 y 471/2003 y la sentencia de 19 abril 2012 en el asunto 221/2010.

²⁴ W. Hau, “Zur grenzüberschreitenden Bindung an die Beurteilung einer Gerichtsstandvereinbarung”, *LMK* 2013, p. 341521; J. Kremmel, “Auslegung des Art. 32 und Art. 33 der Verordnung Nr. 44/2001 hinsichtlich Entscheidungen über die internationale Zuständigkeit (Prozessurteile) sowie die Frage der Bindungswirkung von Festlegungen über die Wirksamkeit von Gerichtsvereinbarungen, die sich in der Urteilsbegründung befinden (Gothaer Allgemeine Versicherung AG, Krones AG u.a./ Samskip GmbH, EuGH (Dritte Kammer), Urteil vom 15. November 2012, C-456-11”, *European Law Reporter* 6 2013, p. 200.

²⁵ W. Hau, *loc. cit.*, p. 341521.

puesto de relieve que, de adoptarse la solución contraria, podrían interponerse demandas torpedo, al menos en virtud del RB I 2001²⁶.

Pero esta sentencia ha sido también objeto de crítica, ya que se considera que el tribunal requerido debe reconocer solamente que el tribunal de origen no es competente, sin que sean relevantes los motivos en los que se basa la decisión de dicho tribunal. El posterior examen de la cláusula de elección de foro interesa al tribunal requerido no para cuestionar la anterior resolución del tribunal de origen sobre su competencia, sino para afirmar, en su caso, la propia competencia en detrimento del tribunal designado en la cláusula de elección de foro²⁷. La vinculación a los motivos relevantes de la sentencia reconocida podía tener también como consecuencia que el tribunal del Estado miembro que reconoce la sentencia estuviese obligado a declarar la competencia de los tribunales del propio Estado al haber basado el tribunal del Estado miembro de origen su falta de competencia en este motivo²⁸. Por otro lado, también se teme que la solución adoptada por el TJUE pueda conducir a que el efecto de cosa juzgada de sentencias procedentes de determinados Estados miembros sea más amplio que el que prevé el propio derecho nacional²⁹. Sin embargo, esto no puede considerarse grave ni inaudito, ya que toda adopción de una solución unitaria en base al Derecho de la UE ha de comportar por fuerza la aparición de divergencias con alguno de los respectivos ordenamientos de los Estados miembros.

Dejando de lado las críticas que se han vertido sobre la solución adoptada por el TJUE en el asunto *Gothaer*, debe plantearse la cuestión relativa a su ámbito de aplicación. En principio, el TJUE reserva esta regla para sentencias sobre “reglas comunes” en todos los Estados miembros. Por ello debe plantearse la posibilidad de su aplicación a supuestos en los que se aplican normas nacionales que transponen directivas comunitarias³⁰ u otros Reglamentos sobre Derecho procesal civil europeo. Ahora bien, si la introducción de un concepto autónomo de cosa juzgada para los supuestos en que se discute sobre la competencia se basa en la prohibición del segundo examen de la competencia contenido en el art. 35 RB I 2001, teniendo en cuenta la prohibición de la *révision au fond* en el art. 36 RB I también debería aplicarse este concepto de cosa juzgada al reconocimiento de sentencias que deciden sobre el fondo del asunto³¹.

En definitiva, este caso pone de relieve la conveniencia de que los Estados miembros llegasen a un consenso contenido de la cosa juzgada material. En

²⁶ J. Kremmel, *loc. cit.*, p. 199.

²⁷ W. Hau, *loc. cit.*, p. 341521.

²⁸ *Ibid.*, p. 341521.

²⁹ I. Bach, *loc. cit.*, p. 57.

³⁰ O. Hartenstein, *loc. cit.*, p. 270.

³¹ I. Bach, *loc. cit.*, p. 58.

efecto, la postura reacia a reconocer la sentencia belga por parte del *LG Bremen* en el presente caso se explica obviamente por la vinculación a la concepción restrictiva del propio Derecho. Si, por el contrario, el reconocimiento se hubiese solicitado en un Estado miembro que contase con un concepto de cosa juzgada paralelo al del Derecho belga probablemente no se hubiese llegado a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

IV. Acción de regreso del deudor solidario y cosa juzgada en Derecho español

1. Norma general

En el contexto del ejercicio de la acción de regreso por parte del deudor solidario que ha satisfecho la obligación solidaria no existen dudas sobre la posibilidad de un efecto prejudicial de la sentencia que determina la existencia de la obligación solidaria, ya que esta declaración constituye el presupuesto lógico necesario para el nacimiento de la propia acción de regreso. Debe recordarse que la ausencia de litisconsorcio pasivo necesario en los supuestos de responsabilidad solidaria³² tiene sentido si se parte de la base de que el efecto prejudicial de la cosa juzgada para estos deudores se limita a la declaración de la existencia de la obligación solidaria. De este modo, los deudores solidarios no demandados en el primer proceso tienen la posibilidad de alegar, cuando el deudor que ha pagado ejercita la acción de regreso, cuantas excepciones estén a su alcance. Igualmente, si el acreedor ha demandado solo a uno de los deudores solidarios y la sentencia declara la existencia de una obligación solidaria pero a la vez exonera al deudor demandado, el acreedor puede pretender el pago de la obligación de otro deudor solidario remitiéndose a la sentencia anterior que declara la existencia de la obligación. Sin embargo, para los deudores solidarios demandados en el primer proceso que no se exoneraron en esa ocasión el efecto prejudicial de la cosa juzgada debería ir más allá, impidiendo la posibilidad de alegar por segunda vez, ante el acreedor o ante el deudor que ejercite la acción de regreso, la circunstancia que determinaba su exoneración y que no alegó en el primer proceso.

En Derecho español, la solidaridad entre deudores se ha acabado imponiendo como solución general en materia de Derecho de daños pese a la ausencia de una norma legal en aquellos supuestos en los que no se puede distribuir en el primer proceso la responsabilidad de los distintos agentes implicados³³. La razón de ser de esta solución es garantizar el rápido pago de la indemnización a la víctima o

³² *Vid.*, v.gr., STS 513/2009, de 29 junio 2009 (RJ 2009/4241), FJ 2º.

³³ *Vid.* STS 354/2011, de 31 mayo 2011 (RJ 2011/5710), FJ 3º.

al perjudicado, que podrá dirigirse para ello directamente al más solvente de los deudores, cargándole con el riesgo de la insolvencia y con los costes de la reclamación de la responsabilidad a cada uno de los demás deudores solidarios³⁴.

Numerosas sentencias del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad decenal consideran que la condena solidaria en el primer proceso no es óbice para la determinación de las cuotas de responsabilidad en el segundo proceso³⁵. Sin embargo, en sentencia de 13 marzo 2007³⁶, el Tribunal Supremo se desmarcó de esta constante jurisprudencia y consideró que un pleito entre corresponsables solidarios para determinar las cuotas de responsabilidad vulnera los límites de la cosa juzgada. El argumento principal que fundamentaba esta decisión era que en el primer proceso la solidaridad se había declarado debido a la imposibilidad de identificar la responsabilidad de cada uno de los agentes implicados. La revisión de la distribución de responsabilidades equivaldría, según el Tribunal Supremo, a negar el acierto de la condena solidaria en el primer proceso. Esta sentencia fue justamente criticada. En primer lugar, se puso de relieve que con ella se ignoraba la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el ámbito de las obligaciones solidarias, como consecuencia del cual los deudores no demandados solamente tienen la oportunidad de probar un reparto divergente de las responsabilidades en el ámbito del proceso sobre las relaciones internas. En segundo lugar, se ignoraba también que el primer y el segundo proceso tenían objetos distintos: en el primero se decidía sobre el derecho de indemnización de la víctima frente a los responsables; en el segundo, la relación interna entre los responsables. Por tanto, no puede considerarse que el efecto positivo de cosa juzgada impida romper la presunción de parciariedad prevista en el ámbito de las relaciones internas. Por último, se puso de relieve que la parciariedad como solución única podría tener consecuencias indeseables: el responsable que actuase en grupo sabría que, con independencia de la intensidad de su participación real en la producción del daño, su responsabilidad estaría en función del número de agentes que integrasen el grupo. Como consecuencia, en muchos casos “pagarían justos por pecadores”³⁷. A la vista de estos argumentos, no cabe sino consi-

³⁴ C. Gómez Ligüerre, “Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad”, *InDret*, 2007, p. 6.

³⁵ SSTs 101/2007, de 31 enero 2007 (RJ 2007/2552), FJ 2º; 1025/2005, de 7 de noviembre (RJ 2003/8272), FJ 5º; 447/2006, de 8 de mayo (RJ 2006/4044), FJ Nr. 1; de 8 mayo 1991, (RJ 1991/3585), FJ 2º; de 4 junio 1992 (RJ 1992/4997), FJ 3º; 833/1992 de 6 de octubre (RJ 1992/7527), FJ 4º; 849/1992 de 10 de octubre (RJ 1992/7545), FJ 3º y de las AA PP de Lugo (Sección 1ª) 239/2007, de 26 de marzo (AC 2007/1313), FJ 2º; Zamora, 216/1999, de 30 de junio (AC 1999/6744), FJ 6º; Córdoba (Sección 2ª), de 5 mayo 1999 (AC 1999/1129), FJ 6º; Asturias (Sección 1ª) 166/1999, de 12 de marzo (AC 1999/3956), FJ 2º. *Vid.* al respecto M.A. Egusquiza Balsameda, “La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. II parte Estudio, 1994.

³⁶ Sentencia 277/2007, de 13 de marzo (RJ 2007/1787), FJ 3º y 4º.

³⁷ C. Gómez Ligüerre, *loc. cit.*, p. 10.

derar desafortunada la sentencia citada y concluir que el efecto positivo de cosa juzgada de la primera sentencia no puede ir más allá de la declaración de la existencia de la obligación solidaria y de imposibilitar la alegación de excepciones por parte de los deudores demandados.

Parecido es el tratamiento de esta cuestión en Alemania. Allí se ha considerado que la sentencia resultante del proceso sobre las relaciones externas no es vinculante para el segundo proceso, de modo que en el segundo proceso se pueden aportar nuevos hechos y practicarse nuevas pruebas y se puede valorar la prueba de modo distinto a como se hizo en el primer proceso. La primera sentencia solo tiene efectos inter partes, de manera que la fuerza de cosa juzgada no se extiende a las relaciones internas con deudores solidarios que no han sido parte del proceso³⁸.

2. *¿Resultado distinto en materia de responsabilidad de los administradores?*

Hechas estas consideraciones generales, conviene volver al ejemplo que servía de punto de partida de la exposición y detenerse en el efecto de cosa juzgada de la sentencia que condenó a los dos administradores con base al art. 236.1º en relación con el art. 237 LSC del mismo texto legal. También en este supuesto está claro que la declaración de responsabilidad solidaria en la primera sentencia sirve de presupuesto a la acción de regreso ejercitada por el administrador que pagó al tercero perjudicado. Dado que los dos administradores demandados hubiesen podido invocar el art. 237 LSC en el primer proceso, no parece que se puedan exonerar completamente en el segundo proceso. Según este artículo, los administradores tienen la posibilidad de exonerarse si prueban que, no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo o la ejecución del acto lesivos, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél.

Cuestión distinta es la posibilidad de romper la presunción de parciariedad en las relaciones internas. En principio, parece que la posibilidad de alegar un reparto alternativo de la responsabilidad estaría, en principio, abierta tanto para los que no se exoneraron en el primer proceso habiendo sido parte en el mismo como para los no demandados en el segundo proceso. Sin embargo, se podría dudar de esta posibilidad no ya debido a la fuerza de cosa juzgada de la primera sentencia, sino por los intereses perseguidos con las estrictas condiciones de exoneración en el art. 237 LCS. En efecto, la previsión de la responsabilidad solidaria de los administradores de sociedades de capital españolas no viene solamente ocasionada por la voluntad de que el perjudicado pueda ser resarcido

³⁸ Vid. Sentencia del OLG Düsseldorf, VersR 92, 582 = NJW-RR 92, 923 y sobre ella R. Hübinger, en Geigel, *Der Haftpflichtprozess*, Múnich, C. H. Beck, 2011, Kapitel 10, Rn. 19.

de forma fácil y rápida. De la norma estableciendo los requisitos de la exoneración se deduce que con la responsabilidad solidaria se pretende además garantizar el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador (art. 225 ss. LSC) estableciendo un deber de supervisión mutua para los integrantes del órgano de administración³⁹ y cuyo cumplimiento exige no solo la vigilancia constante del funcionamiento de la sociedad, sino la realización de todas las actuaciones posibles para evitar la producción de un daño a los socios o a terceros. Consecuencia de este deber es, por ejemplo, la imposibilidad de exoneración del mero administrador nominal⁴⁰, que se argumenta afirmando que el cargo de administrador no tiene un carácter meramente honorífico, sino que comporta el deber de informarse regularmente sobre el funcionamiento de la sociedad⁴¹. Por tanto, en nuestro ejemplo la prueba del mero pacto atribuyendo las actividades de administración a uno de los dos administradores inscritos no hubiese sido de ayuda, al menos en el ámbito de las relaciones externas.

Teniendo en cuenta que el art. 237 LSC establece de forma implícita un deber de supervisión mutua de los administradores que se suma a los deberes previstos en los arts. 225 ss del mismo texto legal, debe plantearse si la única sanción prevista para el incumplimiento del mismo debe ser la declaración de responsabilidad solidaria y por tanto la posibilidad de tener que hacer frente a la totalidad de la indemnización en el ámbito de las relaciones externas o si las consecuencias deberían ir más allá, considerándose que quien no supervisó debidamente la actuación de los demás administradores debe responder al mismo nivel que estos últimos en el ámbito de las relaciones internas. Esto debe descartarse, ya que no hay en la LSC ningún indicio de que la voluntad del legislador fuese llevar la sanción por el incumplimiento del deber de supervisión mutua a tales extremos. Es más, si se tiene en cuenta que en los supuestos en que hay un reparto claro de responsabilidades, de modo que solamente el administrador responsable de llevar a cabo una actividad concreta podía o debía conocer enteramente el riesgo que entrañaba dicha actividad, se considera posible la exoneración total de los administradores que no tenían encomendada la tarea específica, siempre que hayan cumplido con su deber general de supervisión del funcionamiento general de la sociedad⁴², parece que, cuando los demás administradores “solamente” han

³⁹ F.J. Alonso Espinosa, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 44.

⁴⁰ STS 271/2002, de 15 de marzo (RJ 2002\2846), FJ 3º; vid. al respecto B. Saldaña Villoldo, *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales (Estudio jurisprudencial)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 111–180.

⁴¹ F.J. Alonso Espinosa, *op. cit.*, pp. 66–67.

⁴² B. Saldaña Villoldo, *op. cit.*, p. 111–180; F.J. Alonso Espinosa, *op. cit.*, p. 45; C. Paz Ares, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 20, 2003, p. 106.

incumplido este deber, en las relaciones internas se debería atribuir un porcentaje de mayor de responsabilidad al administrador especializado que ha realizado el acto lesivo.

V. Resumen y conclusiones

De lo expuesto hasta ahora resulta que, en el supuesto tratado, el juez alemán deberá atribuir a la sentencia española los mismos efectos que esta tendría en España. Aunque el concepto autónomo de cosa juzgada que el TJUE introduce en la sentencia dictada en el asunto *Gothaer* de momento no puede aplicarse a todo tipo de cuestiones generadas en supuestos transfronterizos y además requiere aún de mayor concreción, parece que el resultado de su aplicación en el supuesto estudiado no repercutiría en un resultado distinto del pleito ante el tribunal alemán. De todos modos, el ejemplo utilizado pone de relieve que el hecho de que el derecho procesal civil del Estado de origen de la sentencia contenga un concepto amplio del efecto positivo de cosa juzgada material obliga al juez del Estado miembro que conoce del segundo proceso a determinar de forma muy precisa, atendiendo a los intereses perseguidos por la norma que sirve de fundamento a la responsabilidad, hasta qué punto queda vinculado por las afirmaciones realizadas en la primera sentencia que no se integran en el fallo pero que constituyen la razón decisoria.

Bibliografía

- Alonso Espinosa, F.: *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en sus elementos configuradores*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- Andrews, N.: *The Modern Civil Process, Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008.
- Arenas García, R.: “La responsabilidad de los administradores sociales desde la perspectiva del Derecho internacional privado”, en Arenas García/ Górriz López/ Miquel López (coords.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010.
- Bach, I.: “Deine Rechtskraft? Meine Rechtskraft! Zur Entscheidung des EuGH, den unionsrechtlichen Rechtskraftbegriff auf zivilrechtliche Entscheidungen nationaler Gerichte anzuwenden”, *EuZW* 2013, pp. 56–59.
- Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V.: *Derecho procesal civil. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2ª ed., 2005.
- Dörner, H.: “Art. 36 EuGVVO”, en Saenger, *Zivilprozessordnung*, Múnich, C. H. Beck, 2015.
- Egusquiza Balsameda, M.A.: “La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial”, *Aranzadi Civil–Mercantil*, vol. II parte Estudio, 1994.
- Geimer, R.: “Art. 33 EuGVVO”, en Geimer/ Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, Múnich, C.H. Beck, 2010.

- Germelmann, C.F.: *Die Rechtskraft von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009.
- Gómez Ligüerre, C.: “Sobre la posibilidad de un segundo pleito entre condenados solidarios para determinar la distribución de las cuotas de responsabilidad”, *InDret*, 2007.
- Hartenstein, O.: “Die Anerkennung von Prozessurteilen und die europarechtsautonome Definition der Rechtskraft”, *Recht der Transportwirtschaft*, 7, 2013, pp. 267–271.
- Hau, W.: “EuGH, Zur grenzüberschreitenden Bindung an die Beurteilung einer Gerichtsstandvereinbarung”, LMK 2013, p. 341521.
- Hess, B.: *Europäisches Zivilprozessrecht (Ius Communitatis)*, Heidelberg, C. F. Müller, 2009.
- Hübinger, r.: “Kapitel 10”, en Geigel, *Der Haftpflichtprozess*, München, C. H. Beck, 2011.
- Kremmel, J.: “Auslegung des Art. 32 und Art. 33 der Verordnung Nr. 44/2001 hinsichtlich Entscheidungen über die internationale Zuständigkeit (Prozessurteile) sowie die Frage der Bindungswirkung von Festlegungen über die Wirksamkeit von Gerichtsvereinbarungen, die sich in der Urteilsbegründung befinden (Gothaer Allgemeine Versicherung AG, Krones AG u.a./ Samskip GmbH, EuGH (Dritte Kammer), Urteil vom 15. November 2012, C-456–11”, *European Law Reporter* 2013, 196–202.
- Kropholler, J. y von Hein, J.: “Art. 33 Brüssel I-VO” en Kropholler/von Hein, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Fráncfort del Meno, RuW, 2011.
- Lefort, Ch.: *Procédure civile*, París, Dalloz, 2011.
- Leible, S.: “Art. 33 Brüssel I-VO” en Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, Brüssel I-VO, LugÜbk 2007*, München, Sellier, 2011.
- Linke, H. y Hau, W.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, Colonia, Otto Schmidt Verlag, 2015.
- Normand, J.: “L’etendue de la chose jugée au regard des motifs et du dispositif”, *Rencontres Université – Cour de cassation*, 23. Janvier 2004, *Bulletin d’information de la Cour de cassation*, Hors série n° 3.
- Mäsch, G.: “Art. 33 EuGVVO” en Kindl /Meller-Hannich/ Wolf, *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, Baden–Baden, Nomos, 2013.
- Paz Ares, C.: “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 20, 2003, pp.67–109.
- Saldaña Villoldo, B.: *La acción individual de responsabilidad. Su significación en el sistema de responsabilidad de los administradores sociales (Estudio Jurisprudencial)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- Schack, H.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, C.H. Beck, 2014.
- Teixeira de Sousa, M. Y Hausmann, R.: “Art. 33 Brüssel I-VO” en Simons / Hausmann, *Unalex Kommentar Brüssel I-Verordnung*, Munich, IPR Verlag, 2012.

EL *FORUM NON CONVENIENS* Y EL *LIS ALIBI PENDENS* APUNTES PARA UNA COMPARACIÓN SISTÉMICA Y SISTEMÁTICA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Dale Beck FURNISH *

SUMARIO: I. Introducción. II. El choque entre dos sistemas y sus conceptos primordiales se manifiestan en las dos reglas en juego. 1. Régimen jurisdiccional en la UE. 2. Régimen jurisdiccional en los EE UU. 3. Otros elementos relevantes a la comparación de los sistemas jurídicos, estadounidense y europeo: A) La Ley Uniforme de la Ejecución de la Sentencias Extranjeras en los EE UU, contraparte del Convenio de Bruselas; B) El método de resolver los conflictos de leyes dentro de la Unión estadounidense; C) Las historias diferentes de dos uniones constitucionales; D) Valores en común y la tipificación nacional; E) Un aspecto importante en el litigio transfronterizo: el número de las fronteras; F) Un vocabulario en común. III. El desarrollo de la doctrina del *forum non conveniens*. 1. El desarrollo de la doctrina del *forum non conveniens* en los EE UU: A) El contexto general: la transformación del sistema jurídico de los EE UU desde el año 1938; B) La regla del *forum non conveniens* salió firme y definitiva en los EE UU en 1947, con dos sentencias de la Corte Suprema. 2. La influencia de la jurisdicción en el desarrollo del *forum non conveniens* en los EE UU. IV. Desarrollo de la regla del *lis alibi pendens*. 1. La litispendencia en el Convenio y ante la COHADIP: A) El Convenio; B) La confirmación del sistema europeo ante la COHADIP en los años 1990 cuando concretó la brecha con el sistema estadounidense. 2. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de *lis alibi pendens*: A) *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, la aplicación del *lis alibi pendens* en el sistema interno de la UE; B) *Owusu c. Jackson*, el rechazo del *forum non conveniens* en tribunales de la UE. 3. El Reglamento refundido:) Art. 31: Desarme del torpedo italiano; B) Arts. 33 y 34: Las modificaciones en cuanto a la litispendencia externa y la aproximación al *forum non conveniens*; C) La asimilación de la jurisprudencia en el Reglamento. V. Conclusión.

RESUMEN: El presente artículo contempla dos reglas vistas como opuestas: el *forum non conveniens* y la litispendencia, que rigen para los EE UU y para la UE, respectivamente. Intenta explicar el desarrollo de las dos reglas en sus contextos sistémicos. Primero, el autor trata de mostrar que las reglas no se oponen tanto como sirven a objetivos distintos definidos por los sistemas distintos que las pusieron en vigor. A final del análisis, el autor detecta modificaciones en el Reglamento 1215/2012, recién entrado en vigencia en la UE, que aproximan en sus efectos a la práctica estadounidense. En su conclusión, el autor espera que los dos sistemas tomaran en cuenta uno al otro, para forjar un nuevo sistema del DIPr mundial más funcional en cuestiones de litigios transfronterizos, mientras se siguen aumentando globalmente.

* Profesor Emérito. Facultad de Derecho. Arizona State University.

PALABRAS CLAVE: CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968 – REGLAMENTO (UE) N. 1215/2012 – *FORUM NON CONVENIENS* – LITISPENDENCIA – JURISDICCIÓN – CONTACTOS MÍNIMOS.

ABSTRACT: *The forum non conveniens and the lis alibi pendens. Notes for Comparison Systemic and Systematic in the Administration of Justice.*

This article contemplates two rules, applied in the EU (lis alibi pendens) and in the USA (forum non conveniens), often characterized as contrary to one another. It attempts to explain the development of the two rules in their systemic contexts. First, the author tries to demonstrate that the rules do not contradict each other so much as serve distinct objectives defined by the distinct systems from which they derive. At the end of his analysis, the author detects modifications in the Regulation 1215/2012, recently become effective in the EU, that approximate in their effects the practice in the USA. In his conclusion, the author hopes that the two systems will take account of each other, to forge a new system of Private International Law for the world more functional in addressing issues of cross-border litigation, as it continues to increase around the globe.

KEY WORDS: BRUSSELS CONVENTION OF 1968 – REGULATION (EU) N. 1215/2012 – *FORUM NON CONVENIENS* – *LIS ALIBI PENDENS* – JURISDICTION – MINIMUM CONTACTS.

I. Introducción

Cuando recibí la invitación para el IX Seminario de Derecho Internacional Privado (DIPr) en la Complutense y vi el tema del litigio civil en el programa, pensé de inmediato en la posibilidad de formular un análisis comparado entre la regla del *forum non conveniens* y su contraparte europea el *lis alibi pendens*, una divergencia que me ha fascinado desde hace tiempo. Las reglas no se oponen directamente y no son necesariamente contradictorias. No obstante, donde se aplica el *forum non conveniens*, no se aplica el *lis alibi pendens*, y viceversa. Así que las reglas, mientras no contradictorias, no coexisten en el mismo sistema jurídico; son mutuamente excluyentes. Debe de haber una razón, una relación que no aparece por una simple comparación de las reglas. Superficialmente, parecen indiferentes uno al otro, pero cada uno requiere condiciones sistémicas distintas.

El *forum non conveniens* se aplica en caso de un solo litigio ya en marcha, cuando el tribunal competente considere que la demanda podría resolverse mejor en otro foro y la refiriere allí. O sea, el foro original resulta competente pero inconveniente, y la demanda se transfiere a otro foro competente, más adecuado. No tiene que haber litigios paralelos para con el *forum non conveniens*, pero sí para con el *lis alibi pendens*. Solo en caso de los litigios paralelos se activan la regla del *lis alibi pendens*, que insiste en una prioridad cronológica. El tribunal competente primero en recibir la demanda debe seguir adelante con el procedimiento, mientras el tribunal segundo en tiempo debe de desistir.

Mientras el *forum non conveniens* ha tipificado la unificación del sistema legal de los Estados Unidos (EE UU) sobre el curso de los últimos dos generacio-

nes, la Unión Europea (UE) por jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) lo rechazó justo en la época de unirse¹ más. Dos sentencias del TJUE fueron definitivas, una dictada en 2003² y otra en 2005³, para confirmar el compromiso de la UE con el *lis alibi pendens* y el rechazo del *forum non conveniens*. El nuevo Reglamento (UE) n° 1215/2012 (de aquí en adelante, “Reglamento”)⁴, sin embargo, contempla la posibilidad de algunos elementos mitigantes en el *lis alibi pendens*, una regla antes categórica en sus términos por el texto del Convenio de Bruselas (de aquí en adelante, “Convenio”)⁵.

De entrada, sostengo que no existe mucha diferencia entre el Derecho de los EE UU y la resolución del caso *Gasser* en la TJUE, aplicando el *lis alibi pendens*. La jurisprudencia estadounidense consta resultados algo semejantes⁶, aun cuando no tan obligatorios como en *Gasser* y no con el nombre de *lis alibi pendens*. Pero el Reglamento ha ablandado el resultado en *Gasser*, acercando la norma europea a la jurisprudencia estadounidense. *Gasser* puso una regla interna, y allí internamente está la semejanza. Todo depende de la definición del poder soberano dentro del cual funciona el órgano jurisdiccional. En los EE UU, si existen dos demandas sobre el mismo caso ante dos cortes del mismo Estado, el segundo en tiempo tiene que desistir, por tratar de una litispendencia ante el mismo soberano; soberano no en sentido internacional, sino en el sentido de una unidad jurisdiccional⁷. Pero también en los EE UU, si existen dos demandas sobre el mismo caso ante tribunales de Estados distintos, o ante una corte federal y otra corte estatal, por tratar de soberanos distintos, el segundo en tiempo no tiene que desistir (podría suspender voluntariamente)⁸.

Ahora bien, en la UE, el resultado en *Gasser* tiene sentido en la luz de la jurisprudencia estadounidense siempre y cuando se considera el conjunto de Estados miembros el soberano único para la litispendencia ante órganos jurisdiccionales de dos Estados. Si forjar la unidad soberana, al menos en el ámbito judicial, motiva a los que definen la política europea, han hecho bien en poner el art.

¹ A propósito, no escribo “unificarse” respecto a la UE, por pensar que su proceso se distingue del de los EE UU en varios sentidos esenciales, que intentaré explicar más a fondo en el curso de esta ponencia.

² *Gasser GmbH v. MISAT Srl*, Case C-116/02, 602CJ0116 (2003).

³ *Owusu v. Jackson*, Case C-281, 602CJ0281 (2005).

⁴ Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre 2012, vigente desde el 10 enero 2015. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:es:PDF>

⁵ Vid. Convenio de Bruselas de 1968, Arts. 21–23. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1431375020207&uri=CELEX:22007A1221\(03\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1431375020207&uri=CELEX:22007A1221(03)); Reglamento, Arts. 33–34; las notas 111–116 *infra* y el texto acompañante.

⁶ Vid., v.gr., *Tonnemacher c. Touche Ross & Co.*, 186 Ariz. 125, 920 P.2d 5 (Cte. Ap. Arizona, 1996), una sentencia que desarrolla muy completamente la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema en los EE UU.

⁷ *Id.*, en las pp. 8–9.

⁸ *Id.*

21 del Convenio de Bruselas⁹, mandando un estricto orden cronológico. No habrá conflicto de competencia dentro del mismo poder soberano, siendo el soberano para estos propósitos la UE total. El art. 21 fortalece la Unión mientras garantiza contra conflictos de competencia en la litispendencia.

Con el *forum non conveniens*, la comparación no encuentra puntos en común. La sentencia en *Owusu* sí pone jurisprudencia claramente contraria al Derecho estadounidense. Pero quizás el Derecho estadounidense debe de tomar en cuenta las bases de *Owusu* para acercarse más a la regla europea en su DIPr externa. Mientras el *forum non conveniens* funciona bien dentro de los EE UU, los tribunales estadounidenses han encontrado resistencia cuando tratan de referir litigios a foros extranjeros “más convenientes”. En otros países, los tribunales ni conocen la figura ni están dispuestos a aceptar la demanda de un tribunal competente que pretende ceder su jurisdicción. Vale explicar –o tratar de explicar, pues las explicaciones sondean aguas profundas– las diferencias históricas, sistémicas y sistemáticas que dieron lugar a las diferencias en el Derecho por los dos lados del Océano Atlántico.

Por el lado oriental del Océano Atlántico, en casa de la UE, el análisis del nuevo Reglamento no se preocupa en hacer comparaciones con el lado occidental sino se lo enfocan de frente, letra y propósito europeo¹⁰. No obstante, es justamente el aspecto comparado el que quisiera traer a la discusión. El Reglamento introdujo elementos mitigantes para controlar algunas maniobras procesales en aprovechamiento de la litispendencia. Es interesante analizar–a la luz de la comparación de sistemas jurídicos y su desarrollo–hasta donde podría llegar con la aplicación del Reglamento en el porvenir, y las influencias que podría tener en los EE UU. Quizás los EE UU deben pensar en abandonar el *forum non conve-*

⁹ Textualmente, el art. 21 dice: “Cuando se formularen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante tribunales de Estados contratantes distintos, el tribunal ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la primera.

Cuando el tribunal ante el que se interpuso la primera demanda se declare competente, el tribunal ante el que se interpuso la segunda se inhibirá en favor de aquel”.

¹⁰ Vid., v.gr., P.A. De Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones,” *La Ley*, vol. XXXIV, nº 8013, 31 enero 2013, pp. 1–4; B. Padrós Amat, “Novedades del Reglamento ‘Bruselas I bis’ sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros,” *Abogacía Española*, 11 febrero, 2015; T. Folkman, “The recast of the Brussels I Regulation: old and new features of the European regime on jurisdiction and the recognition of judgments,” *Letters Blogatory*, 27 junio 2013, <https://lettersblogatory.com/2013/06/27/the-recast-of-the-brussels-i-regulation-old-and-new-features-of-the-european-regime-on-jurisdiction-and-the-recognition-of-judgments/>; P. Rogerson, F.J. Garcimartín y M. Lehmann, “*Lis Pendens* and Related Actions (arts. 29–34),” en A. Dickinson y E. Lein, *Brussels I Regulation Recast*, Londres, Oxford, 2015.

niens en el contexto internacional, aunque esté funcionando bien dentro de la Unión.

II. El choque entre dos sistemas y sus conceptos primordiales se manifiesta en las dos reglas en juego

Aunque no son directamente opuestos el *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*, toman dos caminos distintos en la administración de los litigios civiles y mercantiles, justamente cuando esos litigios se vuelven cada vez más transfronterizos, poniendo en juego el comercio, la geografía, los idiomas, las leyes, los sistemas jurídicos, las costumbres y las partes de países distintos. Ponen un problema clásico del DIPr. Todo combina en un análisis de la historia como del futuro, mientras traza las trayectorias de los dos sistemas democráticos sobresalientes en el mundo actual por su unión política-jurídica: la Unión Europea (UE) y los Estados Unidos (EE UU).

Cualquier análisis tiene que empezar con la distinción entre el Derecho sobre la jurisdicción en los dos sistemas. Se han desarrollado visiones esencialmente distintas. En la UE, respetan primero un criterio general: el domicilio del demandado define el foro con competencia¹¹. Después admiten en excepción una serie de criterios especializados, con referencia a los hechos que dan lugar a la demanda para definir el foro competente¹². En la UE, la jurisdicción se determina en función de dos elementos: el foro y su relación suficiente con la demanda, siendo relación apta para usos generales el domicilio del demandado.

En los EE UU, aplican un criterio más: los “contactos mínimos” del demandado con el foro, en busca de una jurisdicción específica. La jurisdicción se determina en función del foro y su relación suficiente con la demanda, pero una relación medida por las actividades del demandado. Este criterio admite un elemento subjetivo en la determinación, confiando en la capacidad del juez para realizar la medida necesaria. Aquí la discrepancia en criterios topa con una discrepancia tradicional en cuanto a la capacidad judicial y el oficio del juez.

En grado mayor, el sistema estadounidense se ha convertido en un Derecho escrito en los últimos 50 años, cambiando de fuente, pero no dejó sus raíces consuetudinarias, un Derecho “hecho por jueces”. La actitud y la conducta del juez en los EE UU mantienen las características de un oficial con mucha autonomía de acción. En cambio, en la UE se mantiene la fidelidad a la tradición del juez pasivo que solo aplica la letra de la norma sin utilizarla como punto de par-

¹¹ Convenio, art. 2; Reglamento, art. 4.

¹² Convenio, arts. 5–18; Reglamento, arts. 5–26.

tida a acciones no explícitas¹³. Así se explica el carácter del Convenio, que no solamente enumera las bases positivas que apoyan la jurisdicción sino también las que no podrán servir de bases para la jurisdicción¹⁴. Y así se explica el efecto del “torpedo italiano” que planteó Gasser, constancia del genio de llevar las reglas al exceso en busca de ventajas torcidas en el vaivén del proceso jurídico. Sacudió la tradición judicial europea e hizo deseable—si no imperativo—el control judicial de la competencia a criterios subjetivos¹⁵.

1. Régimen jurisdiccional en la UE

En la UE, de nuevo, la cuestión jurisdiccional empieza con un criterio claro y general—el domicilio del demandado—pero está sujeto a una serie de excepciones especiales que van consumiendo la base general, siempre y cuando se tratan de la competencia de Estados miembros. Buscan donde sucedieron las circunstancias que dieron lugar a la disputa: por ejemplo, el lugar de cumplimiento de un contrato (*lex loci solutionis*)¹⁶ o el lugar de un suceso que implica una responsabilidad civil (*lex loci delicti comissi*)¹⁷. Después sigue una relación detallada de circunstancias que sientan jurisdicción en un foro: presencia de un bien cultural,¹⁸ donde se hallen sitios los establecimientos¹⁹, el domicilio de un trust²⁰, y en donde se embargara el cargamento o flete de un buque²¹. Reconocen regímenes especiales para materia de seguros²², materia de contratos celebrados por los

¹³ Recuerdo cuando presidí una comisión binacional para cultivar la cooperación judicial entre los Estados de Arizona y Sonora, vecinos sobre la frontera EE UU–México, se notaba claramente la diferencia entre los poderes judiciales de tradición *common law* y del Derecho romano–europeo. Trabajando en sesiones entre jueces sonorenses y arizonenses, quizás el obstáculo mayor a llegar a acuerdos de cooperación eran las actitudes opuestas en los dos poderes judiciales. Los jueces arizonenses venían con un sentido de confianza y auto-suficiencia en cuanto a poder de facilitar cualquier pedido apropiado sonorense, haciendo los arreglos necesarios, *sui generis* en los casos indicados, pero fiel al propósito de la justicia y el debido procedimiento. Los jueces sonorenses por el otro lado se mostraron una desconfianza institucional. Se sentían sin los poderes suficientes para asegurar su correspondencia, pues tenían que adherir en primera instancia a la letra—estrictamente aplicada—de sus códigos y consultar con una serie de poderes superiores a ellos buscando su visto bueno en caso de presentar la posibilidad de emplear cualquier medida no ortodoxa. Esperaba que normalmente no iba ser posible acatar los pedidos de un sistema extranjero. En sentido comparado, es como si unos jueces tuvieran que conducir la búsqueda de la verdad y la justicia sobre carriles fijos y rectos mientras los otros anduvieran en campo libre, haciendo senderos dondequiera para buscar al mismo destino.

¹⁴ Convenio, art. 3.

¹⁵ Convenio, art. 6.2º; Reglamento, arts. 33.1º.b), 33.2º.b) y c), 33.4º.

¹⁶ Convenio, art. 5.1º; Reglamento, art. 7.1º.

¹⁷ Convenio, art. 5.3º y 4º; Reglamento, art. 7.2 y 3º.

¹⁸ Reglamento, art. 7.4º.

¹⁹ Convenio, art. 5.5º; Reglamento, art. 7.5º.

²⁰ Convenio, art. 5.6º; Reglamento, art. 7.6º.

²¹ Convenio, art. 5.7º; Reglamento, Art. 7.7º.

²² Convenio, arts. 7–12 bis; Reglamento, arts. 10–16.

consumidores²³, y en materia de contratos individuales de trabajo²⁴, con la idea de amparar las partes más débiles contra la necesidad de interponer o contestar demandas en jurisdicciones inconvenientes.

Incluyen unas competencias exclusivas: sobre los derechos reales inmobiliarios, donde el inmueble²⁵; sobre la constitución y función de una persona jurídica, donde esté domiciliada²⁶; sobre inscripciones en el registro público, donde el registro;²⁷ sobre la propiedad intelectual, donde se tramitó su inscripción²⁸; en la ejecución de una resolución judicial, donde el lugar de ejecutarla²⁹. Admite la prórroga de la competencia por mutuo acuerdo entre las partes, designando los tribunales de un Estado miembro como competente en caso de una disputa³⁰.

En el Convenio y el Reglamento, la norma detalla una relación inclusive de todas las bases jurisdiccionales posibles. Si no sale en la letra de los artículos, no hay jurisdicción. En su totalidad, buscan una relación entre la controversia y el foro, salvo en el caso del domicilio del demandado o la prórroga, dos factores que hacen una relación predominante con el foro. Si el demandante tendrá bien en buscar el demandado hasta su domicilio en un Estado miembro, su querencia elegida dentro de la UE, existirá jurisdicción en ese foro. Si las partes acuerdan una cláusula de sumisión sobre un foro, vale. Pero, es habitual atribuir la jurisdicción al nexo entre los sucesos que produjeron la controversia y el foro, sin dar importancia a la relación de las partes con este sitio aparte de los hechos base de la petición. La jurisdicción se determina tomando en cuenta dos elementos: el sitio (domicilio o circunstancias o lugar de sito) y el foro.

2. Régimen jurisdiccional en los EE UU

En los EE UU, empezaron con los mismos criterios que le UE, pero se han derivado otros, simplificando las bases de la competencia por razones sistémicas. En primer lugar, no elaboran los criterios de la jurisdicción en una norma. Segundo, el sistema jurídico de los EE UU se ha transformado en uno solo, en alto grado armonizado, abriendo—para no decir empujando—un enfoque en la relación entre el demandado y el Estado del foro, agregándola a la relación entre ese foro y los sucesos que dieron lugar a la controversia. No exigen el domicilio, una

²³ Convenio, arts. 13–15; Reglamento, arts. 17–19.

²⁴ Reglamento, arts. 20–23.

²⁵ Convenio, art. 16.1º; Reglamento, art. 24.1º.

²⁶ Convenio, art. 16.2º; Reglamento, art. 24.2º.

²⁷ Convenio, art. 16.3º; Reglamento, art. 24.3º.

²⁸ Convenio, art. 16.4º; Reglamento, art. 24.4º.

²⁹ Convenio, art. 16.5º; Reglamento, art. 24.5º.

³⁰ Convenio, arts. 17–18; Reglamento, arts. 25–26. El Convenio exigió que una de las partes tuviese domicilio en un Estado miembro, pero el Reglamento ha quitado este requisito.

elección a la voluntad del demandado, para ligarle al foro. Para establecer una relación jurisdiccional, bastan contactos mínimos por parte del demandado con el Estado del foro. ¡Ojo! Que este criterio pudiera o calificar o descalificar el foro sitio del asunto, dependiendo de la calidad y la naturaleza de los contactos del demandado con este foro. En efecto, la cuestión jurisdiccional se resuelve tomando en cuenta las relaciones entre el demandado (sus actividades en general, o contactos mínimos), el sitio de la controversia, y el foro. En este sistema, la competencia se estableciere por criterios menos rígidos y detallados, pero a la vez específicos a cada litigio, según resuelva el juez. No precisa una relación comprehensiva de criterios como en el Convenio³¹. El criterio básico y suficiente es la garantía de debido procedimiento, aplicada por el poder judicial.

3. Diferencias esenciales entre la jurisdicción en el concepto europeo y el concepto estadounidense

Sostengo—y espero convencer—que la diferencia entre el concepto de la jurisdicción basada en los dos elementos y el de la jurisdicción basada en los tres, explicará la diferencia entre un sistema que acepte el *forum non conveniens* y un sistema que no, que lo rechaza mientras utiliza el *lis alibi pendens*.

En los EE UU se aplica una jurisdicción agresiva. Los tribunales manejan factores subjetivos que hacen los “contactos mínimos” específicos a un caso para declararse competentes o no³². Al proceso le falta predictibilidad y previsibilidad. Siempre habrá casos difíciles, en que la jurisdicción tiene que pelearse reñidamente antes de entrar en el litigio. Los tribunales suelen ejercer la jurisdicción en casos que en la UE, ni pudieran pensar. La red jurisdiccional estadounidense pesca ancha y profundamente, con un brazo largo, consistente con el concepto básico de los “contactos mínimos” suficiente—o no—a cada caso considerado específicamente.

³¹ Vid. el texto acompañante a las notas 15–29 *supra*.

³² Un ejemplo ilustrativo existe en la película *Dama de Oro*, la historia verdadera de un retrato famoso pintado por Gustav Klimt a principios del siglo 20. Lo comisionó el marido de Adele Bloch-Bauer, el sujeto del retrato, y después perteneció a la familia vienesa, hasta que los Nazis lo confiscaron. Después de la Segunda Guerra Mundial el cuadro quedó en la galería estatal en el Palacio Belvedere de Viena, donde se convirtió en la atracción principal y un símbolo nacional. Medio siglo después, la última heredera de los Bloch-Bauer, María Altman, vivía en California y pensó reivindicar el cuadro, pero en Austria le rechazaron la petición. Entonces su abogado estuvo en una librería californiana cuando encontró un libro de las obras en el Palacio Belvedere, con la Dama de Oro en la cubierta, producido y puesto en venta por el Estado austriaco. Reconoció de inmediato que la comercialización del libro en California hizo un contacto mínimo con ese Estado, creando jurisdicción sobre el museo y el Estado austriaco en los tribunales californianos. Interpuso una demanda en California y el tribunal se declaró competente en la audiencia subsecuente.

En la UE, el sistema busca una idea de la jurisdicción concreta, predecible y previsible. Opone toda idea de tener que aplicar criterios subjetivos para sentar la jurisdicción en cada caso específico. Prefieren un sistema de criterios objetivos, que no dependen de la discreción judicial en cada caso. O cumplen con los criterios y hay jurisdicción, o no cumplen y no hay jurisdicción, pero no debe haber dudas.

En efecto, entonces, el sistema estadounidense alienta una actitud agresiva y activa del juez en definir la jurisdicción civil y mercantil, mientras el sistema europeo premia una actitud respetuosa y pasiva, frente a una norma rígida en definir sus límites.

La contradicción en actitud sigue después de la determinación de competencia, sin embargo. En los EE UU, agresivo en tomar la jurisdicción, los tribunales están dispuestos a compartirla y se muestran generosos—y hasta acostumbrados—en ceder su competencia a otros foros competentes más adecuados. En la UE, más circunspectos en declararse competentes, los tribunales no sueltan los litigios sino se ven obligados a resolver lo que cae dentro de su competencia, sin pensar en la posibilidad de otros foros competentes.

Hay muchos elementos que entran en la derivación de estas dos actitudes—agresiva pero generosa contra respetuosa pero cerrada—y descubren sus razones de ser. Debemos fijarnos en algunos de ellos.

4. Otros elementos relevantes a la comparación de los sistemas jurídicos, estadounidense y europeo

A) La Ley Uniforme de la Ejecución de las Sentencias Extranjeras en los EE UU, contraparte del Convenio de Bruselas

Un detalle pequeño pero importantísimo en la integración del sistema jurídico estadounidense se halla en la Ley Uniforme de la Ejecución de las Sentencias Extranjeras³³, que permitió la homologación de una sentencia procedente de cualquier Estado de la Unión por su mera inscripción ante el tribunal de otro Estado³⁴. La norma no trata de la ejecución de sentencias procedentes de

³³ El nombre en inglés es *The Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act*. La ley modelo—una aplicación concreta de la garantía constitucional (Art. IV, § I) de plena fe y crédito a las sentencias judiciales—se terminó en 1948 ante la *Uniform Law Commission* (Comisión de Leyes Uniformes), compuesto por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (Conferencia Nacional de Comisionados para Leyes Estatales Uniformes), con dos comisionados de cada Estado. La norma se reformó en 1964, cuando ya se había promulgado en todo los estados de la Unión *Vid.* <http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Enforcement%20of%20Foreign%20Judgments%20Act>.

³⁴ Existe la posibilidad de objeciones, pero son pocos y excepcionales. Hasta la equivocación completa en aplicar el derecho de otro Estado en resolver una controversia no permite este Estado

países extranjeros³⁵, sino únicamente de sentencias emitidas por tribunales estadounidenses (la norma está promulgada en 47 de los 50 Estados)³⁶. No obstante, puede afectar a muchas personas domiciliadas en el extranjero. Más allá del sistema interno, muchas personas extranjeras (piensan en las compañías internacionales que ponen sucursales y establecimientos en los EE UU) tienen conductas, bienes y activos en los EE UU, no importa sus países de domicilio o de su centro principal de negocios. Cuando se junta la visión expansiva de la jurisdicción con la posibilidad de ejecutar una sentencia contra bienes locales en cualquier de los 50 Estados, el brazo largo de la justicia estadounidense alcanza lejos.

En el ámbito federal, se promulgó en 1948 una ley del Congreso que hizo automático la ejecución de las sentencias de una corte federal de distrito en cualquier otra corte federal de distrito³⁷.

La ley uniforme de la ejecución de las sentencias extranjeras consiste en apenas diez artículos, solo cinco de ellos sustantivos, en dos páginas. Es de lo más sencillo en lenguaje y sentido. La ley federal es todavía más corta y sencilla, con un sol artículo. Compárense con el Convenio de Bruselas y sus Reglamentos desde 1968, agregando un texto extensivo³⁸ y tratándose de temas múltiples y complejos, para armar un régimen de ejecución de resoluciones judiciales en la UE.

La comparación revela las bases distintas de los dos sistemas, y sus Estados relativos de unificación. Ninguna situación mejor que la otra; un simple hecho, producto del molino de la historia humana que muele con fineza divina los destinos personales como nacionales.

negar ejecutar la sentencia resultante. La cláusula constitucional de plena fe y crédito—Art. IV, § 1—requiere su ejecución sin comentarios. *Fauntleroy v. Lum*, 210 U.S. 230, 237–38 (1908) (“Los errores serán raros”).

³⁵ Hay otra ley uniforme, *The Uniform Foreign–Country Money Judgments Recognition Act*, o Ley uniforme de reconocimiento de sentencias procedentes de países extranjeros por compensación en dinero. Producto—en 1962 y revisada en 2005—de la misma Comisión que redactó la Ley uniforme de ejecución de sentencias extranjeras, esta ley no experimentó la misma aceptación por las legislaturas estatales que la tiene que promulgar. Hasta la fecha, solamente 32 Estados han promulgado la versión de 1962 y ningún Estado la revisión de 2005. Muchos Estados fronterizos—entre ellos California, Arizona y Texas—han negado promulgar la ley uniforme.

³⁶ Todos menos California, Massachusetts y Vermont. Por cierto, California y Massachusetts son Estados importantes y su falta perjudica el sistema, pero aun así están sujetos a la cláusula constitucional de plena fe y crédito, y obligados a ejecutar las sentencias de sus Estados hermanos en la Unión con un trato favorable no disponible a la sentencia de afuera.

³⁷ 28 U.S.C. § 1963.

³⁸ En sus versiones oficiales, el Convenio cuenta con 68 artículos y unos Protocolos, en 27 páginas, mientras el Reglamento tiene 81 artículos en 21 páginas.

B) El método de resolver los conflictos de leyes dentro de la Unión estadounidense

El sistema jurídico estadounidense manifiesta otro fenómeno que se alinea con la práctica del *forum non conveniens*. En su resolución de conflictos de leyes dentro de la Unión, los tribunales estadounidenses han recurrido a un “análisis de intereses,” determinando la ley aplicable no tanto por indicios concretos sino por la reivindicación de los intereses perseguidos por las leyes en conflicto. De nuevo, impone un sistema no predecible sino subjetivo, a la resolución de cada caso específico. Claro, existen reglas relativamente concretas para las circunstancias típicas. No obstante, corresponde al juez tomar en cuenta el Derecho consuetudinario sobre el conflicto de leyes y resolver el Derecho aplicable fiel a su mejor entendimiento de la jurisprudencia.

Ejemplo clásico: En EE UU, unos Estados tienen una *guest statute*, o “ley de invitados,” excluyendo a los pasajeros en un automóvil de los beneficios del seguro que cubre el automóvil y su chofer. Otros Estados no tienen tales leyes, y los pasajeros siguen incluidos en la póliza del dueño y su vehículo. Normalmente, el lugar de un accidente determina la ley aplicable, pero si un automóvil con título y matrícula del Estado donde su dueño y su pasajero tienen su domicilio choca en otro Estado, el análisis de intereses se lleva a aplicar la ley del domicilio y no la ley del lugar del accidente. Razonan que el Estado del accidente podría carecer de intereses en el asunto; no tiene mayores contactos con el automóvil, la póliza de seguros, ni el chofer ni el pasajero, quienes se encuentran en el Estado fortuitamente. Mientras tanto, el Estado donde el chofer y el pasajero tienen su domicilio se interesa en todos esos elementos. Sus leyes y las políticas que se persiguen se valorizan aplicándose, no importa el lugar del accidente. La resolución de la ley aplicable debe de favorecer el Estado con intereses en juego, y no orientarse por contactos casuales.

Facilita y apoya el análisis de intereses que el conflicto de leyes ocurriese dentro de la estructura jurídica de la Unión. No puede haber una ley estatal contra el orden público de otro Estado, comprometidos todos a las mismas garantías constitucionales y al sistema así creado. El sistema tiende a más cohesivo y fuerte mientras más consistente y armonizado, por más que depende de la voluntad judicial en el caso específico.

C) Las historias diferentes de dos uniones constitucionales

Ya que identificamos las diferencias en algunos temas específicos en el Derecho—competencia, ejecución de sentencias, y resolución de conflictos de leyes—cabría tener presente las distinciones entre la historia de los EE UU y la historia

de la UE en ciertos particulares importantes para el análisis. Europa representa una región de países cuya tradición resiste la unión; pueblos que han peleado guerras durante milenios, insistiendo en sus soberanías, en su persona nacional conjuntiva. Las diferencias han entrado en carne y hueso. Históricamente, la idea de “unión” en la zona europea ha significado la conquista del continente por parte de una nación, como por ejemplo la Francia en el siglo XIX o Alemania en el siglo XX, deseando unir todas bajo la hegemonía de una. Vana ilusión. La unión actual europea reconoce la variedad entre sus naciones constituyentes, y la defiende en vez de intentar juntar todo en un mezclado unificado que terminaría con los rasgos nacionales. Entonces, la estructura de la UE reconoce muchas excepciones nacionales en sus normas, complicando la armonización a la vez con salvar la unión. La unión se hace factible por no insistir en demasiada unificación. Como la *pasta e fagioli*, este plato sigue sabroso por ofrecer muchos sabores y versiones, variados según el local.

La unión de los EE UU se sacó de raíces distintas. En 1887, con la redacción de su Constitución, se formó un grupo homogéneo de pueblos –13 colonias de la Gran Bretaña– relativamente fácil de unificar por sus antepasados comunes y un solo idioma. Es más, la república de los EE UU se hizo entre un pueblo unido en el esfuerzo de liberarse de un reino ubicado al otro lado del Océano Atlántico. Los nuevos Estados hubieron experimentado procesos democráticos, y se encontraron en una etapa muy maleable en cuanto a sus nuevas formas de organización política. Buscaban algo en común; rechazaron las formas establecidas en Europa, aun cuando se inspiraron en sus teóricos³⁹. Hasta la Guerra Civil, 1862–1865 –“Yo quisiera salvar la Unión”, fue la expresión del Presidente Lincoln⁴⁰– no hubo guerras entre los Estados, ni tampoco después. Esa guerra resultó definitiva. Vino temprano en la vida de la nación, y confirmó la unidad nacional como parte permanente del carácter de la población, por encima de las diferencias regionales⁴¹. Sería muy difícil sobreestimar este rasgo del pueblo americano.

³⁹ Entre otros, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, David Hume, Thomas Hobbes.

⁴⁰ Frase escrito en su carta publicada el 25 agosto 1862 en el diario *New York Tribune*. Contestó a Horace Greeley, editor del diario, quien publicó el 20 de agosto un editorial regañando a Lincoln por no haber librado los esclavos, justo cuando el Presidente estuvo preparando la Proclamación de Emancipación, que salió el 1º enero 1863.

⁴¹ En su poema, *The Gift Outright* (El Regalo Pleno), el laureado Robert Frost escribió,
The land was ours before we were the land's.
She was our land more than a hundred years
Before we were her people. . . .
Until we found out that it was ourselves
We were withholding from our land of living,
And so forthwith found salvation in surrender.
Such as we were, we gave ourselves outright . . .
To the land . . .

Desde la Guerra Civil entre los Estados, hace siglo y medio, incentivado por el espíritu que emergió de las cenizas del conflicto, las fuentes del derecho, las leyes en su texto y en su aplicación, los procedimientos civiles como penales, los tribunales, la doctrina legal, los juristas, la academia jurídica, los tratados sobre el Derecho, o sea, el sistema jurídico en su total, entró en un proceso de armonización y unificación que desde entonces no ha dejado nunca de llevarse a cabo. Para entender el sistema estadounidense en términos comparados, es clave enfocar en este factor: su unidad⁴².

Se trata de un resultado nada inevitable. Representa la coyuntura de circunstancias providenciales, y el efecto cumulativo de muchos esfuerzos no coordinados, que en su total conllevan al fenómeno de la unificación.

En cambio, si lo capto bien, el sistema europeo viene de unirse en muchos aspectos, pero impuesto por encima de una diversidad tradicional, compuesta por varias naciones distintas y comprometidas a mantener sus distinciones. Se han acordado un trato en conjunto y de mucha visión, pero a costa de aplicaciones calculadas, y a veces ásperas. Mientras, siguen muchas distinciones nacionales, también rehenes de las circunstancias providenciales, que en su caso han resistido la unificación.

D) Valores en común y la tipificación nacional

A final de cuentas, en el año 2015 la UE y los EE UU están de acuerdo en valorar el estado de derecho, la democracia, los derechos humanos y civiles, la economía de mercado abierto, y un sistema constitucional. Empero, en Europa mantienen muchas diferencias nacionales en idiomas, leyes, costumbres, y actitudes—el carácter nacional de cada país—mientras en EE UU hay un tipo “americano” que reúne la nación en un idioma y unas costumbres compartidas y aceptadas por toda la población. Algunas diferencias se guardan, pero mayormente

Such as she was, such as she would become.

La tierra perteneció a nosotros, antes que pertenecimos a la tierra.

Era nuestra tierra más que cien años

Antes que estuviéramos su gente . . .

Hasta que entendimos que fuimos nosotros mismos

Quienes no nos sujetamos a nuestra tierra de vivir,
Y de repente encontramos la salvación en la rendición.

Tales como fuimos, nos entregamos plenamente . . .

A la tierra . . .

Tal y como estuvo, tal y como iba salir.

(~ traducción del autor)

⁴² He tratado de trazar el fenómeno del Derecho “americano,” y como se formó, en el artículo, D.F. Furnish, “Fuentes de Derecho en Estados Unidos”, *Revista de La Facultad de Derecho de la UNAM*, vol. LI, 2001.

son diferencias dentro de un pueblo⁴³, no entre varios pueblos distintos. En el extranjero, por lo general el tipo americano fácilmente se destaca, sin identificar el Estado de su origen. Los inmigrantes a los EE UU se asimilan al patrón; normalmente, son todos “americanos” en una generación, no importa su nacionalidad original. Existe un pueblo estadounidense, mientras existen 28 pueblos europeos. En el extranjero, suelen identificar por el francés, o el alemán, o el italiano, no por un tipo “europeo”. De nuevo, ninguna de las dos descripciones supera a la otra. Son simplemente descripciones de las circunstancias visitadas en dos lugares distintos. Tienen efectos definitivos, sin embargo, y moldean los sistemas jurídicos que las caracterizan.

E) Un aspecto importante en el litigio transfronterizo: el número de las fronteras

Hay otra diferencia, más bien dictado por geografía entre las dos uniones, UE y EE UU. La República de los Estados Unidos tiene solo dos vecinos—Canadá y México—y dos fronteras⁴⁴, No cuento las fronteras entre los 50 Estados miembros de la República, por el factor de la unidad que describí arriba. La UE cuenta con múltiples fronteras, no solamente entre sus Estados miembros, porque la unión no pretende asimilar los 28 en uno solo sin fronteras, sino también con sus vecinos, que son muchos. Como vimos, la litispendencia se aplica en caso de cualquier frontera, interna a la EU, o externa con un Estado no miembro.

La cuestión del *forum non conveniens* ha surgido frecuentemente en los tribunales estadounidenses en el contexto de litigios transfronterizos. Recuérdense que en los EE UU utilizan el *lis alibi pendens* en una situación limitada: la litispendencia en dos órganos jurisdiccionales del mismo Estado o del poder judicial federal⁴⁵. Tratándose de una litispendencia entre los tribunales de dos Estados o entre estatal y federal, se permite a los dos seguir paralelamente con el litigio. También se podría suspender el proceso, o desistir en una especie de *forum non conveniens* de facto. Todo depende de la voluntad del juez frente a las circunstancias del caso. Según el Derecho estadounidense, deben regir las mismas reglas en el caso de litigios transfronterizos. Hay una dificultad con los casos transfronterizos, sin embargo. Habrá otro país con su propio Derecho por el otro lado de la frontera, cuyo régimen nacional podría no estar de acuerdo con las

⁴³ Cuando escribo “hermanos,” soy consciente de los conflictos que existen entre grupos étnicos y de colores distintos. Mientras escribo este artículo experimentamos manifestaciones violentas en Baltimore, siguiendo otras manifestaciones recientes en Ferguson, Missouri, y Charleston, Carolina del Sur, por muertes de jóvenes africano-americanos a manos de la policía. El problema es nacional, un dilema americano, tomado muy al pecho de toda la población.

⁴⁴ El Estado de Hawaii no tiene fronteras, más que el mar, por ser una serie de islas en el Océano Pacífico.

⁴⁵ Vid. notas 6–8 *supra* y el texto acompañante.

reglas de los EE UU, y hace falta un convenio como el de Bruselas para imponer un régimen común.

Cuando vino el aumento en los juicios transfronterizos de las últimas décadas, los tribunales estadounidenses –muy a menudo, en su ignorancia presumieron que otros países comparten los mismos criterios⁴⁶– trataron de aplicar el *forum non conveniens* a los procesos internacionales, intentando mandar las partes litigar en otro país. En términos generales, funciona con Canadá⁴⁷, donde aceptan la referencia y a veces mandan casos a los EE UU, pero no funciona con México⁴⁸, donde rechazan la referencia estadounidense. Tampoco los tribunales

⁴⁶ La formación típica del abogado estadounidense no incluye conocimiento de otros sistemas jurídicos. El currículo del estudio del Derecho no obliga estudiar el Derecho comparado o el Derecho internacional. Los jueces en Arizona, estado fronterizo, muchas veces asuman que el sistema jurídico de México es como lo de Arizona. Los más informados saben que es distinto, pero ignoran los detalles más básicos.

⁴⁷ *Miskow v. Boeing Co.*, 664 F.2d 205 (9th Cir. 1981); *Ledingham v. Parke-Davis Div. of Warner-Lambert Co.*, 628 F. Supp. 1447 (E.D.N.Y. 1986) (“Los demandados sostienen que los tribunales de Ontario, Canadá, ofrecen un foro alternativo apto para este caso,” o en el inglés original, “*Defendants maintain that the courts of Ontario, Canada provide a suitable alternative forum for this case*”.); *Howe v. Goldcorp Investments, Ltd.*, 946 F.2d 944 (1st Cir. 1991) (demandado canadiense); *Feltham v. Bell Helicopter Textron, Inc.*, 41 S.W.3d 384 (Tex. Ct. App. 2001); *McNeil v. Stanley Works*, 33 F. App’x 322 (9th Cir. 2002); *Chateau Des Charmes Wines Ltd. v. Sabate USA, Inc.*, 2003 WL 22682483 (N.D. Cal. 2003) (juicio cancelado en favor de Francia o Canadá como un foro alternativo); *VictoriaTea.com, Inc. v. Cott Beverages, Can.*, 239 F. Supp. 2d 377 (S.D.N.Y. 2003) (demandante y demandado canadienses); *Florian v. Danaher Corp.*, 69 Fed. App’x 473 (2nd Cir. 2003); *Hbouss v. Bank of Montreal*, 803 N.Y.S.2d 520 (N.Y. App. Div. 2005) (“Canadá está disponible como un foro alternativo,” o en el inglés original, “*Canada is available as an alternative forum*”.); *Alberta & Orient Glycol Co., Ltd. v. Factory Mut. Ins. Co.*, 852 N.Y.S.2d 112 (N.Y. App. Div. 2008); *Fireman’s Fund Ins. Co. v. Thyssen Min. Const. of Can., Ltd.*, 703 F.3d 488 (10th Cir. 2012) (demandado canadiense); *Logan Int’l Inc. v. 1556311 Alberta Ltd.*, 929 F. Supp. 2d 625 (S.D. Tex. 2012); *Logan Int’l Inc. v. Sure Tech Completions (USA), Inc.*, 2013 WL 3005592 (S.D. Tex. 2013).

⁴⁸ *Avila v. Chamberlain*, 580 P.2d 1223 (Ariz. Ct. App. 1978); *Rivera v. Offshore Crews, Inc.*, 595 F. Supp. 628 (E.D. La. 1984); *Torreblanca de Aguilar v. Boeing Co.*, 806 F. Supp. 139 (E.D. Tex. 1992); *De Aguilar v. Boeing Co.*, 11 F.3d 55 (5th Cir. 1993); *Seguros Comercial Americas S.A. De C.V. v. American President Lines, Ltd.*, 933 F. Supp. 1301 (S.D. Tex. 1996); *Meridian Seafood Products, Inc. v. Fianzas Monterrey, S.A.*, 149 F. Supp. 2d 1234 (S.D. Cal. 2001); *Urena Taylor v. Daimler Chrysler Corp.*, 196 F. Supp. 2d 428 (E.D. Tex. 2001); *Gonzalez v. Chrysler Corp.*, 301 F.3d 377 (5th Cir. 2002); *Vasquez v. Bridgestone/Firestone, Inc.*, 325 F.3d 665 (5th Cir. 2003); *Zermeno v. McDonnell Douglas Corp.*, 246 F. Supp. 2d 646 (S.D. Tex. 2003); *Dominguez-Cota v. Cooper Tire & Rubber Co.*, 284 F. Supp. 2d 444 (N.D. Miss. 2003); *Ruelas Aldaba v. Michelin N.A., Inc.*, 2005 WL 3560587 (N.D. Cal. Dec. 29, 2005); *Gomez de Hernandez v. Bridgestone/Firestone N.A. Tire, L.L.C.*, 204 S.W.3d 473 (Tex. Ct. App. 2006); *Stromberg v. Marriott Int’l, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 57 (D.D.C. 2007); *Sandria Saqui v. Pride Int’l Inc.*, 2007 WL 528193 (S.D. Tex. 2007); *DTEX, LLC v. BBVA Bancomer, S.A.*, 508 F.3d 785 (5th Cir. 2007); *In re Pirelli Tire, L.L.C.*, 247 S.W.3d 670 (Tex. 2007); *Martinez v. White*, 492 F. Supp. 2d 1186 (N.D. Cal. 2007); *Hernandez v. Ford Motor Co.*, 760 N.W.2d 751 (Mich. Ct. App. 2008); *Manez v. Bridgestone Firestone N.A. Tire, LLC*, 533 F.3d 578 (7th Cir. 2008); *Loya v. Starwood Hotels & Resorts Worldwide, Inc.*, 583 F.3d 656 (9th Cir. 2009); *Ford Motor Co. v. Villanueva*, 302 S.W.3d 476 (Tex. Ct. App. 2009); *Totran Transp. Servs. v. Fitzley, Inc.*, 2009 WL 3079246 (S.D. Tex. Sept. 18, 2009); *Navarrete de Pedrero v. Schweizer Aircraft Corp.*, 635 F. Supp. 2d 251 (W.D.N.Y. 2009); *Saqui*

mexicanos piensan transferir un litigio con jurisdicción fundada en México, por inconveniente que fuera el proceso implicado.

Entonces, existen tres niveles de litispendencia en la visión estadounidense. Primero, lo interno—dos órganos jurisdiccionales de mismo Estado o dos órganos jurisdiccionales del sistema federal—en que se aplican el *lis alibi pendens*. Segundo, lo “externo” dentro del sistema jurídico de los EE UU—cuando entra en el juego los tribunales de dos Estados, o un estatal y otro federal—y se aplica el *forum non conveniens*, sigue adelante con dos litigios simultáneamente, suspende en un tribunal, o desiste en un tribunal. Es decir, la litispendencia “externa” pero dentro de la Unión abre a los jueces involucrados la oportunidad de disponer del litigio como mejor les parezca, según las circunstancias. Inclusive podrían consultar entre ellos. El tercer nivel pasa la frontera internacional y se hace externo de verdad, entablando el trato internacional entre dos sistemas jurídicos de nacionalidad diferente.

La UE sigue consistente con su regla del *lis alibi pendens*, interna y externamente. Es decir, tratando de litigios que tocan dos Estados miembros dentro de la UE, exigen al tribunal que recibió la demanda inicial seguir hasta resolver la controversia,⁴⁹ siempre y cuando cuenta con jurisdicción sobre las partes y el asunto, mientras el segundo desista. Se aplica la misma regla si se trata de un país no miembro de la UE como el foro alternativo.⁵⁰

Cabría analizar la aplicación de la regla no solamente dentro de las uniones constitucionales, sino también con sus vecinos foráneos que no forman parte de las uniones bajo escrutinio. De facto, son muy cercanos y muy compenetrados con esas uniones. De nuevo, las políticas europeas y estadounidenses divergen. Valdría saber el motivo comparando los dos sistemas.

En efecto, la aplicación del *forum non conveniens* por los tribunales de los EE UU ha provocado una reacción en América Latina, decididamente en su contra⁵¹.

v. *Pride Cent. America, LLC*, 595 F.3d 206 (5th Cir. 2010); *Gonzalez v. Ford Motor Co.*, 2010 WL 1576831 (S.D. Ind. April 19, 2010); *Vinmar Trade Finance, Ltd. v. Utility Trailers de Mexico, S.A. de C.V.*, 336 S.W.3d 664 (Tex. Ct. App. 2010); *Gutierrez v. Advanced Medical Optics, Inc.*, 640 F.3d 1025 (9th Cir. 2011); *Beaman v. Maco Caribe, Inc.*, 790 F. Supp. 2d 1371 (S.D. Fla. 2011); *Hahn v. Diaz-Barba*, 125 Cal. Rptr. 3d 242 (Cal. Ct. App. 2011); *Dominguez v. Gulf Coast Marine & Associates, Inc.*, 2011 WL 1526973 (E.D. Tex. April 20, 2011); *Gonzalez-Servin v. Ford Motor Co.*, 662 F.3d 931 (7th Cir. 2011); *Ibarra v. Orica U.S.A. Inc.*, 493 F. App'x 489 (5th Cir. 2012); *Moreno v. Omnilife USA, Inc.*, 483 F. App'x 340 (9th Cir. 2012); *Artega v. Bell Helicopter Textron, Inc.*, 2012 WL 5992810 (Del. Super. Ct. Nov. 30, 2012); *Sidaoui v. Aboumrar*, 961 N.Y.S.2d 420 (N.Y. App. Div. 2013).

⁴⁹ Convenio, Arts. 21–23; Reglamento, Arts. 29–34; *Owusu v. Jackson*, Case C–281, 602CJ0281 (2005); *Gasser GmbH v. MISAT Srl*, Case C–116/02, 602CJ0116 (2003).

⁵⁰ *Owusu v. Jackson*, Case C–281, 602CJ0281 (2005).

⁵¹ Vid. R.A. Brand y S.R. Jablonski, *Forum Non Conveniens: History, Global Practice and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreements* 128–139 (Oxford, 2007).

Por una parte, es por la discrepancia en las disposiciones jurisdiccionales vigentes en los países, conforme a sus tradiciones europeas y distintas de los EE UU. Por otra parte, sin embargo, se trata de una serie de demandas civiles iniciadas en los EE UU contra compañías estadounidenses a raíz de sus actividades o sus productos en varios países latinoamericanos, pidiendo daños y perjuicios de alta cuantía. Los jueces estadounidenses, atendiendo los argumentos de los abogados de los demandados, aceptan que los demandantes vienen a los EE UU motivado solamente por la expectativa de obtener sentencias que les den mucho dinero, imposibles en su propio país.

No pretendo tratar toda esta situación. No son litigios transfronterizos, propiamente tal. Da para otra ponencia. Aquí opino nuevamente que el análisis se radica más en cuestiones jurisdiccionales que en los montos de los daños y perjuicios. Básicamente, señalan las leyes de los países latinoamericanos que a la persona jurídica hay que demandarle en su domicilio, y en los EE UU aceptan esa jurisdicción. Entonces, los demandantes latinoamericanos comparecen en los domicilios estadounidenses como la jurisdicción indicada, y a menudo, la única aceptada por su ley jurisdiccional. Otrosí, las leyes estadounidenses imponen altos daños y perjuicios, hasta punitivos, en cuanto a la responsabilidad civil, con el propósito de vigilar y compensar las pérdidas sufridas por los afectados por las operaciones de sus empresas. Este propósito bien se pudiera aplicar con legitimidad igual a las operaciones extranjeras como nacionales, pero no se lo conoce en el Derecho latinoamericano.

F) Un vocabulario en común, pero con sentidos distintos

El *lis alibi pendens* y el *forum non conveniens*, aunque son diametralmente opuestos en sus efectos, empiezan con las mismas inquietudes. Curiosamente, los juristas de los EE UU como los juristas de la UE aplican las mismas palabras en justificar y explicar sus doctrinas contrarias. Tal como el término “unión,” la discusión involucra una serie de las mismas palabras que parecen significar cosas distintas en los dos lados del Atlántico. El Convenio empezó con la preocupación de “fortalecer en la Comunidad la protección jurídica de las personas establecidas en la misma”⁵². En el Reglamento se trata “de seguridad y de justicia”⁵³, “acceso a la justicia”⁵⁴, la “cooperación judicial en asuntos en materia civil con repercusiones transfronterizas”⁵⁵, el “reconocimiento y una ejecución rápidos y simples de las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miem-

⁵² Convenio, Preámbulo.

⁵³ Reglamento, Considerando (3).

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*, (3).

bro”⁵⁶, “la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”⁵⁷, “foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio para facilitar una buena administración de justicia”⁵⁸, “debe de proteger a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses”⁵⁹, “debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato”⁶⁰, “El funcionamiento armonioso de la justicia exige reducir al máximo la posibilidad de procesos paralelos [y] prever un mecanismo claro y eficaz que permita resolver a los casos de litispendencia y conexidad”⁶¹, “evitar la prácticas litigiosas abusivas”⁶², prever “un mecanismo flexible que permita tener en cuenta los procedimientos pendientes” en terceros Estados⁶³, “el órgano jurisdiccional . . . debe apreciar todas las circunstancias del asunto de que conoce”⁶⁴, “la confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión”⁶⁵.

La legislación federal estadounidense, a final de cuentas, invoca “el interés de la justicia” como el criterio preeminente en el asunto⁶⁶. La Ley Uniforme de Ejecución de Sentencias Extranjeras preveía “un procedimiento sumario para la ejecución de una sentencia dictada en otro Estado . . . un método rápido y económico” y ofrecía a los Estados “la oportunidad de conseguir uniformidad en un campo donde la uniformidad es muy deseable”⁶⁷.

Las muchas frases que cito aquí se encuentran en los Considerandos del Reglamento. Constituyen una letanía de los objetivos del Derecho en todos tiempos y todas partes. El eco de estas palabras se encuentra en la jurisprudencia y en la doctrina sobre el *forum non conveniens* en los EE UU, pero no se encuentra en una fuente tan concentrada como en el Reglamento. Tendría que cosecharlas por una búsqueda muy ancha, y no servirá más que confirmar que todos los abogados hablamos el mismo vocabulario y perseguimos los mismos propósitos en términos generales. Me complazco en decir que las expresiones son tan saludables que nadie las va a contradecir. El diablo viene en los detalles, sin embargo. En las visiones opuestas, los mismos conceptos—aplicados fidedignamente por juristas capacitados en la materia—conducen a las reglas contrarias. Un valor importante en la UE quizás no vale tanto en la fórmula de los EE UU: un “alto

⁵⁶ *Id.*, (4).

⁵⁷ *Id.*, (6).

⁵⁸ *Id.*, (16).

⁵⁹ *Id.*, (18).

⁶⁰ *Id.*, (19).

⁶¹ *Id.*, (21).

⁶² *Id.*, (22).

⁶³ *Id.*, (23).

⁶⁴ *Id.*, (24).

⁶⁵ *Id.*, (26).

⁶⁶ 28 U.S.C. §1404(a).

⁶⁷ En sus palabras introductorias, ¶¶ 1 y 3.

grado de previsibilidad [en cuanto a] la competencia judicial”⁶⁸. Subraya lo esencial de la jurisdicción para enmarcar la discusión. Esta ponencia pretende explicar el cómo y el porqué del fenómeno, historia fascinante que descubre diferencias esenciales entre los EE UU y la EU.

III. El desarrollo de la doctrina del *forum non conveniens*

1. Antecedentes

La expresión clásica de la regla del *forum non conveniens*—ya desarrollada durante más que dos siglos—se formó en el siglo XIX en *Sim c. Robinow*, donde la *Court of Session* en Escocia sentenció “nunca se podría permitir el alegato [de *forum non conveniens*] salvo cuando el tribunal se satisface que habrá otro tribunal, con jurisdicción competente, en el cual la causa pudiera litigar más idóneamente según los intereses de todas las partes y conforme con los fines de justicia,” y para evitar una “ventaja inequitativa” correspondiente al demandante, comprobado por el demandado⁶⁹. La regla esencial no ha cambiado desde entonces y vive hoy en día en la jurisprudencia y la práctica judicial de varios países de la tradición del *common law*.

2. El desarrollo de la doctrina del *forum non conveniens* en los EE UU

No obstante las raíces en común y la constancia de la regla del *forum non conveniens* sobre los siglos, la versión estadounidense actual desarrolló su propio camino con algunos aspectos diferentes⁷⁰. Desde los primeros años de la

⁶⁸ Reglamento, ¶ 15. *Vid.* también el ¶ 16.

⁶⁹ 19 R. 665, 667–68 (Sess. Cas. 1892) (Scot.). La jurisprudencia escocesa entró en el Derecho de la Reina Unida en general en 1926, por la sentencia de la Casa de los Lores en *La Société du Gaz de Paris c. La Société Anonyme de Navigation “Les Armateurs Français”*, 1926 Sess. Cas. 13 (H.L.). Pero no obligó a los tribunales ingleses, que se mantuvieron más desconfiados de rendir su competencia a otros tribunales e iban acercándose paso a paso durante medio siglo hasta llegar a los criterios liberales escoceses en los años 1980. *Vid. Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd.*, [1987] A.C. 460, 476–82, donde la sentencia detalla los varios factores que tiene que tomar en cuenta, muestra de la sofisticación de la práctica judicial madurada.

El origen de la doctrina en Escocia—como su práctica hoy en día en los EE UU—tuvo algo que ver con el ejercicio agresivo de la jurisdicción en los tribunales escoceses. Se reconoció el embargo de bienes extranjeros para exigir a los extranjeros comparecer ante los tribunales escoceses, una jurisdicción conocida por *ad fundandum*. Entonces, *forum non conveniens* mitigaba el alcance dilatado en los casos más exagerados.

⁷⁰ Por ejemplo, en los países de la tradición *Common Law*, Australia discrepa de la regla general en no soltar tan fácilmente a los casos con jurisdicción ante su poder judicial. Reconoce una especie de *forum non conveniens*, pero requiere al demandado comprobar que seguir en el tribunal elegido por el demandante le “oprime” o le “estorba;” o sea, que el tribunal australiano es claramente inapropiado.

República los tribunales estadounidenses recogieron el hilo escoses, mientras Inglaterra, Canadá y Australia se quedaron atrás⁷¹. La regla prosperó en casos de Derecho marítimo—materia federal—en el siglo XIX. Aunque los tribunales estatales no la aplicaron tan rápidamente para asuntos civiles y mercantiles en general, en el siglo XX la Suprema Corte la abrió camino con una serie de sentencias favorables⁷².

A) El contexto general: la transformación del sistema jurídico de los EE UU, desde el año 1938

El visto bueno de la Suprema Corte no convenció de inmediato a la mayoría de los estados adoptar la doctrina de *forum non conveniens*⁷³. En el sistema republicano de los EE UU, hay dos sistemas judiciales: el estatal y el federal. Mantuvieron dos jurisprudencias distintas, dando lugar a dos cuerpos de derecho consuetudinario diferentes sobre la misma tierra, un *common Law* federal y otro *common law* estatal. En esas circunstancias, la resolución de un litigio pudo variar, dependiendo de que tribunal—muchas veces en el mismo edificio—tomó jurisdicción primero. El fenómeno dio lugar a la “carrera al tribunal” para iniciar la demanda, a sabiendas que una parte ganará ante el tribunal federal y la otra parte ante el estatal.

Se trató de una época cuando no existía la armonización del Derecho americano, sino discrepancias en el Derecho de un Estado a otro, y entre Estados y lo federal. En estas condiciones, no sorprenden las preocupaciones de los tribunales estatales en apoyar a “su” sistema jurídico y no soltar los asuntos que se presentan ante su competencia, aun cuando hubiera otras jurisdicciones—federal o de otros Estados—con competencia válida.

Véase *Voth c. Manildra Flour Mills Pty. Ltd.*, (1990) 171 C.L.R. 538; *Oceanic Sun Line Special Shipping Co. c. Fay*, (1988) 165 C.L.R. 197

⁷¹ Quizás la sentencia más antigua en la Suprema Corte será *Mason c. Ship Blaireau*, 6 U.S. (Cranch) 240, 264 (U.S. 1804), donde reconoció la posibilidad de declinar la jurisdicción en un caso donde las dos partes fueron extranjeros, por cuestiones de “conveniencia pública”. En 1801 una corte federal de primera instancia declinó ejercer su jurisdicción (por la presencia física de las partes) en una disputa entre un marinero danés buscando su sueldo contra su capitán danés de un barco danés (“Esto tiene que resolverse por un tribunal danés”), *Willendson c. Forsoket*, 29 F. Cas. 1283, 1284.

⁷² *Slater c. Mexican National R.R. Co.*, 194 U.S. 120 (1904); *Douglas c. New York, New Haven & Hartford R.R. Co.*, 279 U.S. 377 (1929); *Canada Malting Co. c. Paterson Steamships, Ltd.*, 285 U.S. 413 (1932); *Rogers c. Guaranty Trust Co.*, 288 U.S. 123 (1933).

⁷³ Entre los Estados que sí adelantaron en adoptar el *forum non conveniens* era Nueva York, donde promulgaron una ley, N.Y. CVP. § 327(a), que invocó “los intereses de justicia” como el criterio para declinar la jurisdicción en favor de otro tribunal más apropiado. De nuevo, cuestiones jurisdiccionales probablemente influyeron la actitud; pudiera haber servido para mitigar el rezago de asuntos ante los tribunales metropolitanos con jurisdicción por la presencia de muchas partes en el lugar.

El sistema se había vuelto disfuncional, contradictorio y subversivo a la Unión, creando una serie de presiones que pidieron alivio. Mientras hubo iniciativas en pro de la Unión, hubo muchas circunstancias existentes que la impidieron. La bomba que estalló la represa y empezó la inundación de cambios que favorecieron la Unión e hicieron su unificación era la sentencia de la Suprema Corte en *Erie RR. Co. c. Tompkins*⁷⁴, en 1938. El tribunal máximo sentenció la muerte del *Common Law* federal en favor del estatal, que también regiría para todo tribunal federal de allí en adelante. Con un golpe de pluma, canceló la diferencia substantiva entre la justicia federal y la estatal. En el mismo año, la Suprema Corte dictó sus Reglas Federales de Procedimientos Civiles (*Federal Rules of Civil Procedure*), donde antes el poder judicial federal había seguido la jurisprudencia estatal sobre procedimientos, funcionando sin un código escrito de procedimientos⁷⁵. No pudo haber tomado dos medidas de más impacto para el sistema. Lo transformó por completo, con la fuerza de un terremoto tumbador.

Quizás sin necesidad de decírselo, hasta ese momento el “sistema jurídico estadounidense” era todo menos un sistema coherente. Consistía en una concurrencia irreconciliable entre múltiples y contradictorios jurisprudencias, procedimientos y competencias. En los últimos 75 años la situación cambió desde arriba hasta abajo. Hoy en día se puede hablar de un sistema jurídico en los EE UU homogéneo y armonizado en el Derecho sustantivo como en el Derecho procesal. Después de los golpes gemelos de 1938, la transformación siguió paulatinamente, afectando todo sector, pero con una fuerza que no ha disminuido.

En la década siguiente a la sentencia en *Erie RR. Co. c. Tompkins*, muchos elementos coincidieron para transformar el caos en un sistema dedicado a la eficiencia en la administración de la justicia, un proceso que sigue en marcha, ya confirmado, hasta hoy en día⁷⁶. Permiten demandas y alegatos por noticia (*notice pleading*); o sea, no tienen que presentar un caso completo en todos sus elementos al inicio. Pueden empezar un litigio con una demanda escueta, emplazar el

⁷⁴ 304 U.S. 64 (1938).

⁷⁵ Las reglas de procedimiento hasta esa entonces se definieron por derecho consuetudinario, en cada Estado, dando lugar a un laberinto casi impenetrable para todos salvo los abogados más experimentados en la materia. Interesantemente, con el advenimiento de los FRCP, no promulgaron leyes de procedimientos sino reglas redactadas bajo los auspicios administrativos de la Suprema Corte. El Congreso apoderó a la Corte con su *Rules Enabling Act*, de 1934, Pub. L. 73-415, 48 Stat. 1064, 28 U.S.C. §2072. Bajo la misma ley, se han redactado también reglas federales de procedimientos penales, de apelaciones, y de pruebas. Los Estados adoptan las reglas federales para sus cortes, creando un ejercicio procesal universal en todos los EE UU.

⁷⁶ Para un panorama de ésta época formativa en la historia del derecho estadounidense, *vid.* D.B. Furnish, “Fuentes de Derecho en Estados Unidos”, *Revista de La Facultad de Derecho de la UNAM*, vol. LI, 2001, pp. 75-110.

demandado, y de allí pelear la jurisdicción y si estuviesen hechos suficientes para concretar un demanda legal. Dejan a las partes definir el caso sobre el camino. Muchas veces la demanda resulta inválida cuando se somete al escrutinio y las defensas de la otra parte. Sobresale en el desarrollo la reforma procesal, que hace el emplazamiento del demandado factible por correo o corredores particulares, antes de confirmar la validez de la demanda; y que introdujo los procesos de *discovery*, o búsqueda de documentos y pruebas, conocidos en la voz popular como “expediciones de pesca”.

La doctrina del *forum non conveniens*, floja y marginada hasta entonces, no escapó los efectos de la transformación. En 1947, pocos estados permitieron sus tribunales la voluntad de declinar la jurisdicción en favor de otro tribunal, por más conveniente que hubiera sido⁷⁷ En ese año, sin embargo, la Suprema Corte de los EE UU emitió en el mismo día dos sentencias que confirmaron el uso de la regla del *forum non conveniens*: *Gulf Oil Co. c. Gilbert*⁷⁸ y *Koster c. Lumbermens Mutual Casualty Co.*⁷⁹.

B) La regla del *forum non conveniens* salió firme y definitiva en los EE UU en 1947, con dos sentencias de la Corte Suprema

La jurisprudencia sentada por *Gilbert* y *Koster* puso una fundación firme y fuerte para la doctrina de *forum non conveniens*, tal y como la aplica hasta hoy. Lo confirmaron en 1981 en *Piper Aircraft Co. c. Reyno*⁸⁰.

En el caso *Gilbert*, un domiciliado en Virginia demandó a una compañía de Pennsylvania en la corte federal de Nueva York alegando responsabilidad civil para un incendio en Virginia que dañó el almacén del demandante. El demandado operaba en Nueva York y Virginia, creando jurisdicción en los dos Estados, y abogó por una transferencia a Virginia, como un foro más adecuado. El tribunal neoyorquino cedió a Virginia, respetando el alegato del demandado. Revocado la sentencia en apelaciones, pasó hasta la Suprema Corte donde confirmaron la sentencia de primera instancia. La Suprema Corte reconoció que “la elección del foro por el demandante debe rara vez perturbar”⁸¹, pero, “la proposición que un tribunal con jurisdicción tiene que ejercerla, no es una verdad universal”⁸², pues, “La doc-

⁷⁷ E.L. Barrett, Jr.: “The Doctrine of Forum Non Conveniens”, *California L. Rev.*, vol. 35, 1947, pp. 380–413. Barrett hizo una encuesta, determinando que 14 estados explícitamente rechazaron la doctrina, mientras otro 13 lo adoptaron en algún grado, y el resto no la había pensado.

⁷⁸ 330 U.S. 501 (1947).

⁷⁹ 330 U.S. 518 (1947).

⁸⁰ 454 U.S. 235 (1981).

⁸¹ 330 U.S. 501, 508 (1947).

⁸² 330 U.S. 501, 504 (1947).

trina deja mucho a la voluntad del tribunal a que el demandante recurra⁸³. Siguió con una relación larga de los factores que pudieran afectar en esa voluntad⁸⁴.

Koster se inició en Nueva York contra una compañía de Illinois por un accionista neoyorquino en nombre de todos, demandando por el incumplimiento de obligaciones fiduciarias. Esta vez, sentenció la Suprema Corte, “La pregunta determinante es, ¿una audiencia, en dónde servirá mejor la conveniencia de las partes y los intereses de justicia?”⁸⁵.

El año siguiente, el Congreso promulgó la § 1404(a) del Título 28 del *U.S. Code*, que dispuso, “por la conveniencia de las partes y los testigos, en el interés de justicia, un tribunal [federal] distrital podría transferir cualquier litigio civil a cualquier otro distrito [federal] dónde lo pudiera haberlo iniciado”. Con esta norma, la práctica federal se abrió, y la doctrina del *forum non conveniens* mayormente desapareció de los tribunales federales, superada por la norma escrita en la § 1404(a) que la dejó superflua en esa competencia. Mientras, cobraba fuerzas en los tribunales estatales.

El caso *Piper Aircraft Co. c. Reyno* revivió el tema ante la Suprema Corte en 1981. Las circunstancias fueron exageradas. La demanda inició en corte federal en California contra compañías fabricantes de partes de una avioneta que estalló en Escocia, con la muerte de unos pasajeros. Los demandantes escoceses admitieron que buscaron el foro más favorable a su causa, en especial por la cuantía de daños y perjuicios disponibles bajo el derecho estadounidense. El tribunal californiano transfirió el caso al tribunal distrital de Pennsylvania bajo la § 1404(a), pero allí los demandados invocaron el *forum non conveniens*, alegando que el foro de Escocia era lo más apropiado y señalando su voluntad a someterse a la jurisdicción de las cortes escoceses sin ninguna objeción. El tribunal de primera instancia dejó el caso al foro escocés, pero la Corte de Apelaciones volcó la resolución, opinando que las diferencias en el Derecho sustantivo menos favorable a los demandantes hacen obligatorio el ejercer la jurisdicción en el foro pensilvano. La Suprema Corte tomó ese factor en cuenta, pero lo pronunció no determinante, y confirmó la transferencia resuelta en primera instancia⁸⁶.

Desde *Piper*, la doctrina y la práctica del *forum non conveniens* no ha cambiado en el sistema estadounidense, pero se ha sofisticado mucho. Se refinó en 1994, con *American Dredging Co. c. Miller*⁸⁷, cuando sentenció la Suprema

⁸³ 330 U.S. 501, 508 (1947).

⁸⁴ 330 U.S. 501, 508–09 (1947).

⁸⁵ 330 U.S. 518, 527 (1947).

⁸⁶ 454 U.S. 235, 247, 250 (1981). Solo en el caso de un derecho “tan claramente inadecuado o insatisfactorio que se hace ningún remedio en absoluto . . . pudiera el tribunal distrital concluir que declinar no estaría en los intereses de justicia”. *Id.* 254.

⁸⁷ 510 U.S. 443 (1994).

Corte, “la naturaleza discrecional de la doctrina, junto con los múltiples factores relevantes en su aplicación . . . hace casi imposible predecir y armonizar sus resoluciones”⁸⁸. Es decir, el *forum non conveniens* se utiliza siempre a la voluntad del tribunal donde plantea la demanda, dentro de pautas extraídas y planteadas sobre el tiempo⁸⁹, pero no es una doctrina con mucha exactitud ni de certeza predecible.

2. La influencia de la jurisdicción en el desarrollo del *forum non conveniens* en los EE UU

Parte de la transformación del sistema jurídico estadounidense trató los nexos jurisdiccionales suficientes para cumplir con la garantía constitucional del debido procedimiento. Durante muchos años, en los EE UU se utilizaron los contactos tradicionales como el domicilio, bienes raíces, operaciones e instalaciones mercantiles, o el sitio de un suceso. Quizás incentivado por el comercio interestatal y el movimiento de personas y bienes en todo la República, la Suprema Corte abrió la jurisdicción a límites no conocidos—quizás ni pensados—cuando midió la garantía constitucional por “contactos mínimos”. Empezó la apertura

⁸⁸ 510 U.S. 443, 463 (1994). En inglés, dijo, “the discretionary nature of the doctrine, combined with the multifariousness of the factors relevant to its application . . . make uniformity and predictability of outcome almost impossible”.

En 2007, con *Sinochem Int’l Co. Ltd. v. C. Malaysia Int’l Shipping Corp.*, 549 U.S. 422 (2007), la Suprema Corte agilizó aún más la práctica cuando sentenció en pro de la abstención por razones de *forum non conveniens* en el foro original antes de determinar su propia jurisdicción, así evitando mucho procedimiento y discusión preliminar.

⁸⁹ En *Gilbert* la Suprema Corte sugirió algunos “intereses” para tomar en consideración en el momento de decidir si transfiere el caso a otro foro:

“Un interés para considerar, y quizás lo que más influye, es el interés privado del litigante. Consideraciones importantes incluyen el acceso a las fuentes de pruebas: disponibilidad para obligar la asistencia de quien no quiera, y los costos de obtener la asistencia de testigos cooperativos; la posibilidad de inspecciones oculares, si apropiado a la causa; y todos los otros problemas prácticos que hacen un litigio fácil, expedito, y cómodo en costos. Puede que haya cuestiones de ejecutar la sentencia, si se la obtuviera. La corte pesará las ventajas y los obstáculos relativos a un proceso justo. Muy a menudo, dice que el demandante no puede, por escoger un foro inconveniente, “estorbar,” “oprimir,” o “molestar” al demandado por infligirle gastos o dificultades no necesarios a su derecho de perseguir su remedio. Pero si el equilibrio se inclina muy en favor del demandado, la elección del foro por el demandante no debe de cambiar.

Factores de interés público también tiene un lugar en aplicar la doctrina. Dificultades administrativas siguen en los tribunales cuando los litigios se acumulan en centros congestionados en vez de atenderlos en su lugar de origen. El deber de servir en el jurado no debe de imponerse en una población que no tiene ninguna relación con el litigio. En los casos que tocan los asuntos de muchas personas, hay razones por llevar a cabo el litigio en su vista y alcance en vez de partes remotas del país donde se podría informar solo por noticias. Hay un interés local en resolver las controversias localizadas en casa. También es apropiado hacer el litigio de un caso ante un foro que conoce el Derecho aplicable, en vez de dejar a otro foro enderezar problemas en conflictos de leyes”. 330 U.S. 501, 508–09 (1947).

con el caso *International Shoe Co. c. Washington*⁹⁰, en 1945, otra faceta de la transformación general del sistema jurídico que se realizó en esa época.

En *International Shoe*, el Estado de Washington promulgó un impuesto contra las empresas que condujeron operaciones allí. La *International Shoe* era una sociedad constituida en Delaware, con sus oficinas principales (centro principal de intereses, o CPDI, en el léxico internacional) en Missouri, mientras mantuvieron unos 11–13 vendedores transitorios, sin oficinas ni almacenes, en Washington. Cuando la *International Shoe* no pagó el impuesto, el Estado de Washington la demandó ante el tribunal estatal y emplazó a uno de sus vendedores locales. La compañía resistió, alegando falta de jurisdicción por no estar presente en Washington. En últimas apelaciones, la Suprema Corte sentenció que “el debido procedimiento exige solo que, para sujetar a una persona a una sentencia *in personam*, si no estuviera en el territorio del foro, que tenga ciertos contactos mínimos con ello, tales que seguir con el litigio en su contra no ofenda las ‘nociones tradicionales de juego limpio y de justicia sustancial’”⁹¹.

El precedente de *Internacional Shoe* abrió el concepto de la jurisdicción constitucional a límites antes no imaginados. En vez de reaccionar en contra del papel judicial aumentado en determinar la jurisdicción por criterios subjetivos, las legislaturas se movieron a abrazar las posibilidades abiertas. De repente, los Estados promulgaron leyes de brazo largo, disponiendo que cualquier actividad con efectos en un Estado daría lugar a la jurisdicción sobre la persona en ese Estado. Un ejemplo extremo será la venta al por detalle de un producto en un Estado donde su fabricante nunca tuvo contacto ni comercio. Probablemente, será un “contacto mínimo” suficiente de fundar competencia judicial en ese Estado contra el fabricante.

⁹⁰ 326 U.S. 310 (1945).

⁹¹ *Id.*, p. 316. En inglés la frase dice, “*traditional notions of fair play and substantial justice*”. Después de *International Shoe*, en 1977 la sentencia de *Shaffer c. Heitner*, 433 U.S. 186, anuló la jurisdicción *in rem* y *quasi in rem*. Antes, demandantes utilizaron bienes y activos para fundar el nexo jurisdiccional. En *Shaffer*, se interpuso una demanda en el Estado de Delaware, donde había constituido una sociedad cuyo directorio compartía acciones en la compañía, aunque ningún miembro vivía en Delaware ni había estado allí. Según el Derecho de Delaware se pudo embargar las acciones de la compañía en el estado de su registro. La Suprema Corte opinó que no hubieron los contactos mínimos necesarios para cumplir con el debido procedimiento en la jurisdicción, y rechazó la posibilidad de atar la jurisdicción personal sobre una persona natural al foro donde se encontraba una *res* perteneciente a él. En el lugar de categorías de nexos jurisdiccionales, insistieron en un análisis global, siempre fijándose en un solo criterio—los contactos mínimos—apto para todo caso. Desde entonces, el brazo de la jurisdicción personal sigue largo en los EE UU, pero no sin límites. *Vid. World-Wide Volkswagen Corp. c. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980), y *Asahi Metal Industry Co., Ltd. c. Superior Court of California*, 480 U.S. 102 (1987).

La cuestión de los límites de la jurisdicción ha perdido mucha definición. Muy a menudo, los demandantes se dan por vencidos y se someten a la jurisdicción del tribunal en vez de montar una pelea engorrosa y costosa, cuya resolución es difícil de predecir. Otros demandantes, si quisieran demorar y complicar el asunto, y tiene los recursos, aprovechan de pelear la jurisdicción hasta la última gota.

Cuando se suma la jurisdicción ampliada a base de los contactos mínimos, al sistema armonizado en procedimientos civiles y en la ejecución de sentencias, se hace muy fácil traspasar los litigios de un tribunal a otro dentro del sistema. Es más, por tradición el sistema confía mucho en la voluntad judicial en la administración de justicia; no vacila en dejar a los jueces decidir cuándo transferir un litigio a otro foro. El otro foro tiene que contar con la jurisdicción sobre las partes y la materia, pero en el sistema homogéneo estadounidense, estos requisitos no presentan mucha barrera; los otros tribunales con jurisdicción serán muchos, y los procedimientos y el Derecho sustantivo no varían mucho. Los demandados que alegan un *forum non conveniens* normalmente se declaran dispuestos a conformarse a la transferencia y no ponerla ningún obstáculo ni objeción.

Cuando se suman las condiciones que se han acumulado en la unificación del sistema, es lógico incluir el *forum non conveniens* en el régimen interno de los EE UU. Quizás no será inevitable la regla, pero en estas condiciones sirve bien en hacer el sistema más eficiente y mejor en la administración de justicia. En estas condiciones, los jueces se acostumbran contar con un sistema integral de costa a costa, de la frontera norteña a la frontera sureña. En estas condiciones, prospera la doctrina del *forum non conveniens*. En el Derecho de los EE UU, el *forum non conveniens* es una regla jurisprudencial correcta y lógica, conformada a su contexto.

IV. El desarrollo de la regla del *lis alibi pendens*

Ahora corresponde pasar a la regla que caracteriza la UE, al *lis alibi pendens*, en vigor en la UE y la mayoría del mundo. Espero que para el lector europeo, el trato anterior del sistema jurídico estadounidense y sus idiosincrasias actuales hubiere despertado cierta consciencia de las diferencias fundamentales del sistema europeo, aun cuando los dos sistemas comparten muchos valores y anhelos en común. Si aporte algo a la discusión, podría ser la sensibilidad a las diferencias básicas entre las predilecciones y circunstancias que forman el contexto de cada sistema. Los contextos diferentes mandan a sus actores buscar aplicaciones diferentes en situaciones aparentemente similares. Ojala que esta pequeña ponencia pueda ayudar en cultivar una sensibilidad comparada, y en orientar la trayectoria de los dos sistemas hacia la comprensión uno del otro, que a lo largo permitiría la circulación libre de sentencias judiciales al nivel global.

En el Derecho de la UE, el *lis alibi pendens* es una norma escrita, correcta y lógica, conformada a su contexto. Habiendo en proceso un litigio, no puede ni debe de haber otro sobre el mismo asunto. En los EE UU consigue este resultado por pasar el procedimiento ante un tribunal a otro dentro de un sistema homogéneo, llegando al tribunal más conveniente entre muchos, conocidos por semejan-

tes órganos participantes en el mismo sistema. La UE consiste de 28 sistemas nacionales, una unión heterogénea. En el contexto de criterios jurisdiccionales definitivos y 28 sistemas jurídicos diversos normativa y procesalmente, no cabe traspasar los litigios de un foro a otro no semejante, cuya función y efecto no se conoce. En estas condiciones, se han procurado crear un sistema que garantizara las sentencias judiciales de todos los Estados miembros y las permitiere ejecutarse ante los órganos jurisdiccionales de todo la UE.

Iniciada la demanda ante un tribunal competente de la UE, el procedimiento debe de seguirse allí hasta la resolución del pleito en una sentencia, excluyendo toda posibilidad de otro foro. En verdad, esta doctrina define la regla a que el *forum non conveniens* ofrece una excepción, una posibilidad de mitigar sin contradecir. Depende mucho de los criterios aplicados en los conceptos de los dos sistemas, pero las circunstancias que hacen el sistema definen los criterios disponibles a la aplicación.

En cuanto a los criterios, existe una brecha tan grande como el océano que separa los dos continentes. En Europa dieron lugar a un convenio hito en cuanto a la jurisdicción como base de la ejecución de sentencias civiles y mercantiles: el de Bruselas, en 1968⁹². Demuestra claramente el acuerdo general en Europa sobre cuestiones jurisdiccionales y la competencia judicial que reconoce para emitir sentencias ejecutables. Han puesto condiciones que sirven bien en hacer el sistema más eficiente y mejor en la administración de justicia, mientras fortalece la protección jurídica de las personas establecidas en la UE. El *lis alibi pendens* formó parte esencial del esquema exitoso y confirmado durante 47 años.

1. La litispendencia en el Convenio y ante la COHADIP

A) El Convenio

La doctrina del *lis alibi pendens* está dicho claramente en los arts. 21 y 22 del Convenio de Bruselas. El art. 21 exige la suspensión del proceso ante un tribunal respecto a una demanda “con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes” que una demanda interpuesta anteriormente ante el tribunal de otro Estado. Cuando este tribunal “se declare competente, el tribunal ante el que se interpu-

⁹² Se conoce bien la historia del Convenio de Bruselas, con varios convenios de adhesión de nuevos miembros, 1972–1997, y con versión consolidada de 1998; con el Convenio de Lugano, de 1988, para adherir los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, o AELC, revisado en 2007; con el Reglamento 44/2001, sustituyendo el Convenio de Bruselas en todo Estado en que se aplica el Tratado de Funcionamiento de la UE. Dinamarca resistía participar hasta 2006, cuando se acordó en aplicar el Reglamento 44/2001. Vid. Reglamento 1215/2012, Considerandos, ¶¶ 7–9.

so la segunda [demanda] se inhibirá en favor de aquel”⁹³. El art. 22 contempla el mismo proceso de suspensión e inhibición para demandas conexas⁹⁴, interpuestos en Estados distintos, aunque no obligatoriamente como es el caso del art. 21⁹⁵.

B) La confirmación del sistema europeo ante la COHADIP en los años 1990 cuando concretó la brecha con el sistema estadounidense

Cuando el Convenio ya tuvo 25 años de vigencia y la Comunidad Europea había aumentado mucho, tuvo lugar en el foro internacional de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional Privado (COHADIP) una discusión que demostró terminantemente la intransigencia de los dos sistemas que aquí analizamos. Se iluminaron sus diferencias fundamentales cuando buscaron terreno común en cuanto al Derecho jurisdiccional, con la ilusión de acordarse en criterios internacionales comunes. Vana ilusión. La UE llegó resuelta a la discusión que empezó en 1993⁹⁶, fortalecida por los antecedentes ya vividos por 25 años. Puestas las bases en 1968 en Bruselas, reiteradas en convenios de adhesión, y en Lugano en 1988, no había posibilidad de modificarlas. En 1993 abrieron unas sesiones en busca de un convenio sobre el reconocimiento recíproco y la ejecución de sentencias extranjeras. Atrás de cada sentencia, hay un tribunal que la emitió. El tribunal donde llega a ejecutar la sentencia tendrá que certificar la jurisdicción del tribunal emisor. Si no había jurisdicción original aceptable al foro de la ejecución, según sus propios criterios y no los criterios del tribunal emisor, no habrá una sentencia ejecutable.

En el principio, intentaron llegar a un acuerdo en el foro de la COHADIP sobre las bases jurisdiccionales que sostendrían la ejecución en todos los foros nacionales, y las bases prohibidas, que no pudieran dar lugar a la ejecución en ningún otro foro. A final de larga y penosa jornada, resultó imposible de llegar a un consenso entre los países europeos y los EE UU sobre unos criterios jurisdiccionales mutuamente aceptables. Lo que empezó como una iniciativa amplia, se redujo al reconocimiento de la prórroga, o cláusulas de elección de foro entre las partes, como base suficiente para apoyar la ejecución en otro país de la sentencia resultante. No pretendió sobrepasar esa base limitada, pero hasta la fecha ni eso

⁹³ Cito aquí el lenguaje de la versión consolidada de 1998, pues la versión original de 1968 no aparece en español en el Diario Oficial de la UE, pero confirmé con la versión en francés.

⁹⁴ Definidas como, “vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente”.

⁹⁵ Mientras el art. 21 dice “suspenderá” y “se inhibirá,” el art. 22 dice “podrá suspender” y “podrá de igual modo inhibirse”.

⁹⁶ Inició el proceso por las Conclusiones de la Junta de la Comisión Especial sobre la Ejecución de Sentencias, Doc. L.C. ON No. 2 (93) en la página 3 (4 enero 1993).

pudo entrar en vigor, y allí se quedó en la COHADIP⁹⁷, indicio manifiesto de las diferencias fundamentales e irreconciliables sobre la jurisdicción que existen por los dos lados del Océano Atlántico.

2. La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia del *lis alibi pendens*

Entre la clausura de la discusión en la COHADIP y la redacción del Reglamento intervinieron algunos sucesos judiciales que revivieron y enmarcaron el tema de la litispendencia en la UE. El TJUE lo tocó en dos sentencias bien conocidas, que siempre se menciona por su influencia en el Reglamento. Son interesantes en especial porque exponen e incentivaron el pensamiento en la UE, y la aplicación de la norma en los años antes del Reglamento, cuyas disposiciones deben haber asimilado la jurisprudencia. Tenemos unas sentencias gemelas, aunque en buenos términos el segundo no trata del *lis alibi pendens* sino del *forum non conveniens*. La primera sentencia resolvió el caso de la litispendencia interno a la UE y la segunda descartó la aplicación del *forum non conveniens* en condiciones externas a la UE.

A) *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*, la aplicación del *lis alibi pendens* en el sistema interno de la UE

En *Erich Gasser GmbH c. MISAT Srl*⁹⁸ una compañía austriaca, Gasser, fabricante de ropa juvenil, tenía un contrato para abastecer su producto a MISAT, una compañía italiana, en Roma.

En abril del año 2000 MISAT interpuso una demanda contra Gasser ante el *Tribunale Civile e Penale* de Roma, alegando que el contrato se había terminado, o por un desacuerdo entre las partes, o *ipso jure*, por la operación del Derecho consecuencia de un cambio en la situación entre ellas. MISAT pidió al tribunal encontrarla absuelta del incumplimiento del contrato y darle daños y perjuicios contra Gasser. La jurisdicción se basaba en el art. 5 del Convenio, sosteniendo que Italia era el sitio del cumplimiento del contrato.

En diciembre del año 2000 Gasser interpuso una demanda contra MISAT en el *Lansdergericht Feldkirch* en Austria, buscando el pago de cuentas pendientes. Alegó la jurisdicción no solamente bajo el art. 5 del Convenio, indicando Austria como el sitio del cumplimiento, sino también bajo el art. 17 porque la jurisdicción se encontró en una prórroga de la competencia, un acuerdo por escrito entre

⁹⁷ El acta final se conoce como El Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, de 30 junio 2005. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=98.

⁹⁸ Case C-116/02, 602CJ0116 (2003).

las partes, designando la corte austriaca por elección mutua. La escritura en cuestión consistía en una cláusula en toda factura enviada de Gasser a MISAT, sin que este objetaba nunca, confirmando una práctica entre ellas conforme al uso prevaleciente en el comercio entre Austria e Italia.

Había puntos discutibles sobre la competencia del tribunal italiana, y ante el tribunal austriaco los sacaron a plena luz, haciendo el tribunal nacional referirlos a la TJUE. De primer plano, existía la posibilidad de una prórroga en favor del tribunal austriaco, una elección de jurisdicción exclusiva en caso de disputa, según el art. 17 del Convenio. ¿Se conformó a los requisitos del art. 17 la cláusula en las facturas de Gasser, no objetadas por la MISAT, reflejante del uso mercantil internacional? Aún más, ¿si el órgano jurisdiccional en la jurisdicción exclusiva recibió una demanda posterior a la demanda interpuesto en otro foro, creando un caso de litispendencia, tendrá el segundo tribunal poder de seguir adelante, o por su competencia exclusiva o por la demora del primer tribunal en resolver su jurisdicción, con el resultado presumido de sobreseer en la causa?

Siendo una regla en amparo de las personas domiciliadas en la UE y del sistema europeo, garantizando sentencias ejecutables y un sistema íntegro de cortes nacionales dentro de la UE, el *lis alibi pendens* todavía no ofrece prueba contra toda bala. En la lucha diaria de las disputas y los litigios nunca hace falta algunos abogados que encuentran como aprovechar de las reglas, inventando manobras desleales a los propósitos de la norma. La elección escrita de un foro por las partes, claramente contemplada en el Convenio, debe definir una jurisdicción exclusiva. El litigio debe iniciarse y seguirse allí, sin posibilidades de obstáculos en otros foros. Este es el efecto de la prórroga, bendecida por el lenguaje del art. 17. No obstante, aun si la interpusieron con el móvil malicioso de obstaculizar y evadir el efecto de la prórroga, la demanda italiana paró el asunto hasta resolver la jurisdicción italiana.

En aplicación estricta de la litispendencia, aún en el caso más obvio de falta de jurisdicción italiana frente a la jurisdicción exclusiva austriaca, todo mundo tendrá que esperar que el tribunal italiano siguiera el procedimiento formal—con todo y demoras—hasta su resultado inevitable. El *lis alibi pendens*, regla sana y con propósitos laudables, se había convertido en obstáculo serio que otras partes y sus abogados pudieran explotar en evasión de la justicia. Se aprovecharían la posibilidad de interponer demandas en foros sin competencia, mientras más rezago en su calendario judicial mejor, solo para frustrar el procedimiento idóneo del litigio.

En el derecho la demora cuesta. La justicia demorada es la justicia denegada, en el dicho antiquísimo. No obstante, en el momento de resolver el caso *Gasser*,

no existía lenguaje en el Convenio (y el Reglamento todavía no existía⁹⁹) que hubiera permitido evitar el resultado penoso y chueco. La letra insistía: “el tribunal ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el tribunal ante el que se interpuso la demanda”. El torpedo italiano logró echar a pique la causa de Gasser.

B) *Owusu c. Jackson*, el rechazo del *forum non conveniens* en tribunales de la UE

La sentencia en el caso de *Owusu c. Jackson*¹⁰⁰ se emitió quince meses después de la de *Gasser*¹⁰¹ y expuso otros aspectos de la insistencia en la litispendencia. Trae elementos desde lejos de la UE. Mientras *Gasser* se trataba de una controversia netamente europea entre Estados miembros–sus compañías, domiciliados, comercio y tribunales–*Owusu* contempló sucesos en la isla caribeña de Jamaica que dio lugar a una demanda por responsabilidad contractual contra un domiciliado inglés en tribunal inglés, interpuesto por un domiciliado inglés. Entre las otras partes nombradas como demandados conexos por responsabilidad cuasi–delictual estuvieron varias personas jamaquinas.

El Sr. Owusu, de vacaciones en Bahía Mammee en Jamaica, caminando en el mar, se echó de cabeza, se dio contra una banca de arena, y se quedó paralizado tetrapléjico. El Sr. Jackson, en su negocio *Villa Holidays Bal–Inn Villas*, había arrendado al Sr. Owusu la habitación con acceso a la playa donde se accidentó. Los otros demandados fueron todos negocios jamaquinos con responsabilidad sobre la playa. Ante el tribunal, el Sr. Jackson y otros demandados invocaron el *forum non conveniens*, sosteniendo que el caso estuvo más vinculado con Jamaica, cuyos tribunales tenían jurisdicción y pudieran procesar el litigio de acuerdo con los intereses de las partes y de la justicia.

A primera impresión, el caso parece apto para transferirse bajo el *forum non conveniens*, doctrina arraigada en el Reino Unido durante siglos. El elemento internacional en el caso no es interna a la UE, sino entre un Estado miembro único y otro Estado sin ninguna conexión. Todas las circunstancias que dan lugar a la responsabilidad de los demandados tuvieron lugar en Jamaica, inclusive el cumplimiento del contrato¹⁰², y los testigos y las otras pruebas relacionadas

⁹⁹ Estuvo vigente el Reglamento (CE) 44/2001, después derogado por el Reglamento (UE) 1215/2012.

¹⁰⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62002CJ0281&qid=1431577843629&from=ES>

¹⁰¹ Los dos casos empezaron en tribunales nacionales en el año 2000, y llegaron al TJUE en el año 2002, pero *Gasser* se sentenció en 2003 y *Owusu* en 2005.

¹⁰² Aunque por tratar de un derecho real inmobiliario, el art. 16.1º señala competencia en el Reino Unido, donde estuvieron domiciliados el demandado y el demandante, ambos personas físicas, sobre un

con el accidente están allí. En caso de un jurado la gente del lugar se orientan fácilmente con los hechos, mientras en Inglaterra se trata de un local ajeno y desconocido al jurado. El tribunal jamaquino aparentemente tuvo jurisdicción, y alegaron que una sentencia británica pudiese experimentar dificultades si la llevaba a ejecutar en Jamaica.

Estas consideraciones se chocan directamente con el art. 2 y la regla perentoria en cuanto a la jurisdicción para cualquier Estado miembro de la UE donde el demandado tiene domicilio¹⁰³. Tratándose de un asunto internacional que toca a varios Estados contratantes¹⁰⁴, no cabe duda que la demanda corresponde al foro del domicilio del demandado. ¿Cambiará la aplicación del art. 2 cuando solo un Estado contratante esté involucrado, o sea, cuando el litigio no afecta “las relaciones entre los órganos jurisdiccionales de varios Estados contratantes”?¹⁰⁵.

La cuestión prejudicial se formó ante el TJUE para probar si el tribunal inglés pudiera aplicar el *forum non conveniens*, “en virtud de su Derecho nacional,” en oposición al art. 2 del Convenio.

Si no se plantea la cuestión de la competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante con arreglos al Convenio de Bruselas; y

Si el litigio no tiene ningún punto de conexión con otro Estado contratante?¹⁰⁶.

El TJUE dio una respuesta categórica que dejó el art. 2 con efecto universal, cubriendo no solamente las relaciones dentro de la UE, sino también entre un Estado contratante y un Estado no contratante. Se aplica a pesar de que no haya implicación ninguna para con otro Estado miembro, ni por su competencia judicial ni por ningún otro punto de conexión. Sentenció que los redactores del Convenio no previeron excepción ninguna a favor del *forum non conveniens*, y la aplicación de esta teoría puede afectar a la previsibilidad de las reglas de competencia establecidas por el Convenio y, por consiguiente, al principio de seguridad jurídica como fundamento de éste. Además, aceptar la excepción de *forum non conveniens* pondría en peligro la aplicación uniforme de las reglas de competen-

arrendamiento por menos de seis meses, (1)(b). Si el inmueble se hubiera hallado sito en un Estado contratante, entonces igualmente pudiera haber sostenido su competencia allí, (1)(a).

¹⁰³ Reforzado en este caso por el art.16.1º.b).

¹⁰⁴ Dijo en el Sumario de la sentencia,

El hecho de que estén implicados un Estado contratante y un Estado tercero, debido, por ejemplo, a que el demandante y uno de los demandados están domiciliados en el primer Estado, y a que los hechos controvertidos se han producidos en el otro Estado, también puede conferir carácter internacional a la relación jurídica de que se trate.

~ *Owusu*, Sumario, ¶ 1.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*, Sentencia, ¶22(1).

cia del Convenio y la protección jurídica de las personas establecidas en la Comunidad¹⁰⁷.

Básicamente, el TJUE en la sentencia de *Owusu* defendió la integridad del sistema europea. Se resolvió en pro de la armonización y la seguridad jurídica, y en contra de “las disparidades entre las legislaciones nacionales en la materia [de jurisdicción]”¹⁰⁸. Hizo notar, como punto de suma importancia, “aceptar la excepción de *forum non conveniens* en el marco del Convenio de Bruselas pondría en peligro la aplicación uniforme de las reglas de competencia que éste contiene”¹⁰⁹. Se preocupó, aun cuando no fuera determinante, que la aplicación del *forum non conveniens* “deja un amplio margen de apreciación al juez que conoce del asunto para decidir si un foro extranjero es más adecuado para resolver el fondo del litigio,” perjudicando “la previsibilidad de las reglas de competencia establecidas por el Convenio”¹¹⁰.

3. El Reglamento refundido

Viene el Reglamento para asimilar todos los sucesos durante 44 años bajo el Convenio de Bruselas, con todo y los cambios institucionales en el sistema europeo, más la jurisprudencia de 2003 y 2005 en el TJUE. Pudo haber hecho más, pues había debate, pero en gran parte el Reglamento reitera la disposición del Convenio, ya firme en su propósito y su política y sus normas, y la pone con más detalles. Sigue con la idea central de poner categorías que identifican las conexiones jurisdiccionales previsibles y automáticas, sin necesidad de recurrir a la voluntad judicial para definir la competencia en un caso específico.

A) Art. 31.2º: Desarme del torpedo italiano

Entre los primeros quehaceres del Reglamento quedó desarmar el torpedo italiana. Se lo intentó en el art. 31.2º, poniendo una obligación en cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro suspender el procedimiento cuando otro tribunal interno tenga competencia exclusiva por la prórroga contemplado en el art. 25. La norma cambiaría el resultado en *Gasser*, si el caso vuelve a presentar. Puede que funcione, si todos actúan de buena fe. Pero temo que ocurrirá a un abogado vivo alegar la prórroga del art. 25 como la base de jurisdicción exclusiva para su demanda, aun cuando no hay ninguna posibilidad de comprobársela. Consigue la demora porque todo otro tribunal interno tendrá que suspender su procedimiento y esperar que desiste la demanda falsa, determinada su falta de

¹⁰⁷ *Id.*, Sumario, ¶2.

¹⁰⁸ *Id.*, Sentencia, ¶34.

¹⁰⁹ *Id.*, ¶43.

¹¹⁰ *Id.*, ¶41.

competencia. Si es el segundo en tiempo, siendo el primero en alegar la prórroga, suspendería el procedimiento anterior. Si es segundo en alegar la prórroga, cuando menos complicaría mucho el asunto.

Se presentan una serie de preguntas, sin respuestas acertadas. ¿Cómo van a certificar la jurisdicción, en los procesos normales rezagados? ¿Qué sucede si las dos demandas paralelas alegan la competencia exclusiva por prórroga?

Podría confundir el asunto todavía más si viene el segundo en tiempo a demandar donde de veras hay competencia exclusiva por la prórroga. ¿Qué tribunal prevalecerá? ¿Lo de la demanda fraudulenta? ¿O de la demanda verídica? ¿O el primero en tiempo, según dice el inciso (1) del art. 31? Ojala que no se presenten ninguna de estas complicaciones, porque el Reglamento no parece capaz de resolverlas por sí solo, y no da mucha apreciación resolutoria al poder judicial.

Parece que el torpedo procesal es un armamento que todavía existe en la UE, si el demandante de mala fe alega la prórroga como su base jurisdiccional. En los términos del Reglamento art. 31.2º conquistará a toda otra demanda, previa o después, salvo la demanda previa que le ganó en alegar la prórroga. Y a eso le complicaría mucho el procedimiento, dejándolo sin resolución toda satisfactoria. La cuestión sigue abierta y la solución puesta por el Reglamento no es perfecta.

B) Arts. 33 y 34: Las modificaciones en cuanto a la litispendencia externa y la aproximación al *forum non conveniens*

En cuanto a litispendencia y conexidad, los arts. 29 y 30 del Reglamento repiten los arts. 21 y 22 del Convenio, con algunos cambios de palabra cuando no de sentido. Agregó un nuevo art. 32 definiendo el momento en que “un órgano jurisdiccional conoce de un litigio,” cuestión primordial porque al primero en tiempo—siempre certificado competente—corresponde la competencia exclusiva del litigio; los posteriores tendrán que desistir.

La norma del Reglamento de 2012, sin embargo, trae algunas disposiciones relevantes a nuestro análisis en que no se pronuncia tan definitivamente como el Convenio de 1968. Las cuatro décadas de vigencia descubrieron puntos que necesitaban ajustes sistémicos. No pretende modificaciones para el sistema interno, pero en sus arts. 33 y 34 —tratándose de demandas paralelas y demandas conexas en que el otro tribunal no es de un Estado miembro, y solo cuando la competencia se basa en los arts. 4, 7, 8 o 9— el Reglamento entra donde antes se había dejado la materia a las legislaciones nacionales, creando un área de práctica que escapaba el sistema de la UE y dejaba a cada Estado miembro su propia política del DIPr, con muchas disparidades.

Ahora el Reglamento contempla imponer un sistema externa para la UE, comprometiendo todos los órganos jurisdiccionales de Estados miembros al mismo régimen para el trato con tribunales de terceros Estados en casos de demandas paralelas o conexas. Mientras el sistema interno no admite la voluntad judicial, los arts. 33 y 34 dependen de la voluntad judicial en todas sus facetas. Siendo el segundo en tiempo, el tribunal de un Estado miembro “podrá suspender” el procedimiento si “cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado [primero en tiempo] dicte una resolución” ejecutable¹¹¹ o si “se considera necesaria la suspensión en aras de buena administración de justicia”¹¹². En estas circunstancias, compromete a todo tribunal de la UE apreciar la situación de demandas paralelas o conexas con un tercer Estado y ¿pensar en la posibilidad de una suspensión mientras procede el litigio externo!

Antes, el Convenio preveía la suspensión solo para esperar la determinación de jurisdicción en el primer tribunal, con el deber de “inhibirse” en el momento que se confirmó la competencia de éste.¹¹³ Quizás entro con la predisposición de un comparatista, sensible a los cambios que recogen los mecanismos de otro sistema, pero el artificio de los arts. 33 y 34 me parece una especie de *forum non conveniens*, en que el tribunal de un Estado miembro deja pasar el litigio al órgano jurisdiccional competente de un tercer Estado, siempre y cuando lo juzga más adecuado para resolver la disputa, “en aras de la buena administración de justicia”. En el art. 34.1º.a) agregó la posibilidad de suspender el procedimiento en el Estado miembro para dejar pasar la demanda conexa al tribunal externo si “es conveniente”¹¹⁴ oír y resolver conjuntamente las demandas conexas” allí. Depende de tener una situación de demandas paralelas o conexas, pero en esta situación permite el órgano jurisdiccional abstenerse en favor de un tribunal externo por las mismas razones del *forum non conveniens*.

Se podría objetar que el *forum non conveniens* no depende de demandas paralelas, sino cuenta con un procedimiento exclusivo ante el tribunal original, activado a petición del demandado. Mientras el demandado maneja la iniciativa, sin embargo, podría aprovechar de la apertura del Reglamento para conseguir el mismo efecto. Por ejemplo, en circunstancias como las de *Owusu*, el demandado pudiera haber encontrado una forma de entablar una demanda en Jamaica. Después pudiera volver al tribunal inglés para petitionar la suspensión de este para dejarle seguir adelante en el tribunal jamaicano “en aras de la buena administración de justicia”. Tendría una situación de *forum non conveniens*. Solo que no

¹¹¹ Reglamento, arts. 33.1º.a), 34.1º.b).

¹¹² *Id.*, arts. 33.1º.b), 34.1º.c).

¹¹³ Convenio, art. 21.

¹¹⁴ Énfasis puesto por el autor.

lleva el nombre. En su efecto, propone al tribunal original del Estado miembro transferir el caso a un tribunal más adecuado en un tercer Estado.

De hecho, el proceso descrito haría una especie de *forum non conveniens* acertado en identificar un tribunal más adecuado, pues ya está la demanda allí. Para cumplir con el Reglamento, el demandado debe interponer una demanda ante el tribunal de un tercer Estado que reúne las condiciones que lo hace adecuado para el caso. Así funciona el *forum non conveniens*. Y así funcionará el art. 33.1º.b) y el art. 34.1º.c) del Reglamento.

Los cambios reglamentarios siguen en el inciso 2º de los arts. 33 y 34, donde relata tres condiciones en que el segundo tribunal “podrá continuar con el procedimiento:”

cuando se suspendió o sobreseyó el procedimiento en el primer tribunal,

cuando el segundo tribunal “estima poco probable que [el primer tribunal] pueda concluirse en un tiempo razonable,” o

cuando “la continuación se considera necesaria para la buena administración de justicia”.

Son las mismas razones que justifican continuar con un litigio en caso de petición de *forum non conveniens*, y aconsejan no transferir el caso porque el foro alternativo no es más adecuado, con la diferencia de tratar con un procedimiento alternativo ya en marcha.

C) La jurisprudencia asimilada en el Reglamento

Si el resultado de *Gasser* se evitó con el art.31.2º del Reglamento, el resultado de *Owusu* se cambió con el art. 33 y el art. 34, cuyas modificaciones exigen la participación activa del juez, dejando las iniciativas de los arts. 33 y 34 “a petición de una de las partes o, cuando el Derecho nacional lo prevea, de oficio”¹¹⁵.

Con estas modificaciones, fecundas en sus consecuencias, el Reglamento aceptó el ejercicio del juicio subjetivo en las cortes de la UE, medido por criterios como “la buena administración de justicia” o la probabilidad de concluir un procedimiento “en un tiempo razonable”. Así que, a primer golpe de vista, la litispendencia hoy en día no resulta tan categórica en su aplicación como apareció originalmente en el Convenio, y si los hechos de *Owusu* se presentan hoy en día ante el tribunal de un Estado miembro, el resultado podría ser diferente¹¹⁶. El

¹¹⁵ Reglamento, art. 33.4º.

¹¹⁶ Vid. el comentario de la Suprema Corte de los EE UU acerca del proceso de resolver una petición para *forum non conveniens*, “la naturaleza discrecional de la doctrina, junto con los múltiples factores relevantes en su aplicación . . . hace casi imposible predecir y armonizar sus resoluciones”. ¿Acaso no será igual la resolución de una petición bajo el art. 33.1º.b) o el art. 34.1º.c)?

litigio podría llegar a Jamaica, mientras un tribunal competente de la UE suspendiere el procedimiento en espera de una sentencia ejecutable emitida por el tribunal del tercer Estado.

Con el Reglamento, se han tomado en consideración las lecciones de la jurisprudencia en *Gasser* y *Owusu*. Pusieron modificaciones en la letra del Reglamento que procuran controlar el torpedo italiano y patrocinar la suspensión de procedimientos internos en favor de externos cuando las circunstancias así aconsejan, en la voluntad del juez. En busca de los objetivos positivos que animan la administración de la justicia, se han reforzado la “confianza recíproca en la administración de justicia dentro de la Unión”¹¹⁷, y obligan los ojos judiciales abrir para “apreciar todas las circunstancias del asunto de que conoce”¹¹⁸.

V. Conclusión

La sentencia de *Owusu*, en combinación con la sentencia en *Gasser*, y el Reglamento que sumó la cosecha jurisprudencial de las dos, enfocan muy bien la relación sistémica entre el *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*¹¹⁹. Es una relación que debe entender los juristas compenetrados en el sistema estadounidense como en el sistema europeo. En los EE UU, su sistema—por razones de integridad sistémica—tiene que rechazar el *lis alibi pendens*, mientras el sistema jurídico de la UE—por razones de integridad sistémica—tiene que rechazar el *forum non conveniens*. Raciocinando bien, los resultados aparentemente opuestos se hacen consistentes cuando se los captan en sus propios contextos. No obstante, detecto cierto acercamiento entre los dos en las disposiciones del Reglamento. Se han ajustado el Reglamento para prevenir otro *Gasser*, y se han ajustado el Reglamento para permitir una especie de *forum non conveniens* entre los órganos jurisdiccionales de Estados miembros y los de terceros Estados, en reacción al resultado en *Owusu*. A ver si en los EE UU corresponde la comprensión, y empiezan a no insistir en el *forum non conveniens* con países donde no cabe la referencia.

Lo que sí vale hacer notar, a final de cuentas, es la semejanza entre los sistemas en la necesidad de introducir medidas de flexibilidad, de confiar en dejar “un amplio margen de apreciación al juez que conoce del asunto para decidir”¹²⁰ ciertas cuestiones en la administración de justicia. Estas cuestiones demandan una apreciación correspondiente a las políticas y propósitos sistémicos en juego

¹¹⁷ *Id.*, Considerando (26).

¹¹⁸ *Id.*, (24).

¹¹⁹ *Id.*, ¶29.

¹²⁰ *Owusu*, Sentencia, ¶41; véase la nota 110 *supra* y el texto acompañante.

por los dos lados del Océano Atlántico, y de las posibilidades de hacer ajustes conformes a ellos que acercaran los sistemas uno al otro.

Bibliografía

- Barrett, E.L., Jr.: "The Doctrine of *Forum non conveniens*", *California L.Rev.*, vol. 35, 1947, pp. 380–413.
- De Miguel Asensio, P.A.: "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *La Ley*, vol. XXXIV, n° 8013, 31 enero 2013, pp. 1–4.
- Folkman, T.: "The recast of the Brussels I Regulation: old and new features of the European regime on jurisdiction and the recognition of judgments", *Letters Blogatory*, 27 junio 2013, <https://lettersblogatory.com/2013/06/27/the-recast-of-the-brussels-i-regulation-old-and-new-features-of-the-european-regime-on-jurisdiction-and-the-recognition-of-judgments>.
- Frost, R.: "The Gift Outright," poema, 1941.
- Furnish, D.B.: "Fuentes de Derecho en Estados Unidos", *Revista de La Facultad de Derecho de la UNAM*, vol. LI, 2001, pp. 75–110.
- Padrós Amat, B.: "Novedades del Reglamento 'Bruselas I bis' sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros", *Abogacía Española*, 11 de febrero 2015.
- Rogerson, P., Garcimartín, F.J., y Lehmann, M.: "*Lis Pendens* and Related Actions (Arts. 29–34)", en A. Dickinson y E. Lein (dirs.), *Brussels I Regulation Recast*, Londres, Oxford, 2015, capítulo 15.

VARIA

LA FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA CONFLICTUAL Y LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE FAMILIA

Silvia MARINO *

SUMARIO: I. Introducción. II. Propuestas de disciplina de la autonomía de la voluntad conflictual. III. Límites de la autonomía conflictual: 1. Vínculo entre las opciones permitidas y la proximidad. 2. Protección de la parte débil y conocimiento de los efectos de la elección. 3. Vínculo entre *forum* e *ius*. 4. Requisitos de validez formal. IV. Elección tácita. V. Conclusiones sobre la función de la autonomía conflictual.

RESUMEN: Próximamente se van a aprobar nuevos reglamentos sobre los efectos patrimoniales de la familia. Una de las propuestas es el reconocimiento e introducción de la autonomía de la voluntad conflictual. Sin embargo, se observa una cierta desconfianza en las labores preparatorias, especialmente en las propuestas originarias. En las últimas versiones del proyecto, la autonomía también se encuentra con algunos límites, entre los cuales están: 1. la conexión entre autonomía y principio de proximidad; 2. la coincidencia entre *forum* e *ius*; 3. los requisitos de validez formal. La admisión de la posibilidad de la elección constituye un gran paso adelante en favor de las posibilidades de autogestión de las partes. Sin embargo, estos límites hacen peligrar la comprensibilidad de las normas y hacen que el ejercicio de la elección sea algo tan complejo que las partes podrían optar por no ejercitar su derecho de elección. Es necesario que se aprueben soluciones más lineales, aunque restrictivas, en lo que respecta a la autonomía conflictual. De hecho, las partes necesitan organizar sus relaciones patrimoniales, basándose en el fundamento de los principios de previsibilidad y seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL – REGÍMENES ECONÓMICO PATRIMONIALES – EFECTOS PATRIMONIALES DE LAS UNIONES REGISTRADAS – LEY APLICABLE – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

ABSTRACT: *The Role of the Party Autonomie on Choice of Law and Regulation of Family Property Relations*

New regulations on property consequences of marriages and registered partnerships are going to be approved in the near future. One of the features in those proposals is the admission of the party auton-

* Investigadora de Derecho de la Unión Europea. Università degli Studi dell'Insubria, Como (Italia).

omy. Some diffidence can be observed in the preparatory works leading to the regulations, especially in the original Commission's proposal regarding partners. Also in the latest version of the proposals, after the amendments of the EP and the Council, the admission of party autonomy is bounded. The most important limits are: 1. connection between party autonomy and proximity; 2. connection between choice of forum and choice of law; 3. formal validity requirements. Party autonomy in matters related to family relationships is an important mean for the organization of private economical relationships. Anyway the limits risk to make the rules not easily understandable and the choice too complicated, so that the spouses and partners would prefer not to choose, or they risk to make mistakes in the law or forum chosen. More linear solutions, although limiting the possibilities of choice, could be approved. Parties need to organize their properties and economic relations, according to the principles of predictability and legal certainty.

KEY WORDS: PARTY AUTONOMY — PROPERTY CONSEQUENCES OF MARRIAGE — PROPERTY CONSEQUENCE OF PARTNERSHIPS — APPLICABLE LAW — JURISDICTION.

I. Introducción

En marzo de 2011, la Comisión de la Unión Europea presentó dos propuestas de reglamento en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, relativas a los regímenes económico-matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas. En base a una praxis reciente del legislador de la Unión Europea, las propuestas están destinadas a disciplinar todos los aspectos del Derecho internacional privado y, por tanto, a la determinación de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable; y al reconocimiento extraterritorial y ejecución de la decisiones judiciales. A pesar de que ya han pasado cuatro años desde la presentación de las propuestas, el texto definitivo aún no ha sido adoptado. A raíz de los informes del Parlamento Europeo, que sugieren importantes alejamientos con respecto a la propuesta original de la Comisión, a finales de 2014 el Consejo ha aprobado un texto transaccional para cada proyecto. Los debates internos en las instituciones evidencian que estas últimas propuestas no son perfectamente acordes con las opciones reglamentarias. Además, han surgido algunas dificultades en la aprobación de los proyectos en el ámbito del Consejo. Una vez más, los Estados miembros se muestran reticentes a aceptar un reglamento uniforme en aquellos sectores que se perciben como particularmente delicados, tal como lo es el derecho de familia, aunque esté limitado por el Derecho internacional privado —y no material— en lo que respecta a las relaciones patrimoniales de la familia. Durante la fase de elaboración, las discusiones sobre las propuestas se suspenden temporalmente para permitir a los Estados miembros una ulterior reflexión en base al texto transaccional. Está previsto que el iter legislativo sea retomado antes de que finalice el 2015. Por lo tanto, esta fase supone un momento propicio para fomentar el debate sobre las propuestas presentadas, que podría resultar útil en futuras discusiones tanto en sedes políticas como legislativas.

Parte de la doctrina legal ya ha comentado y discutido las propuestas en términos favorables. Uno de los aspectos más críticos, sobre el que ni siquiera la doctrina anteriormente mencionada está de acuerdo, se refiere al papel de la autonomía de la voluntad. Como es bien sabido, la admisión de esta facultad no está universalmente aceptada por los Estados miembros, pero sí se ha incorporado a los reglamentos de derecho internacional de la Unión Europea. Esta opción se justifica con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica: si las partes determinan autónomamente la ley aplicable a la propia relación, se evitan sorpresas cuando surjan controversias y, además, de este modo se facilita la tarea del juez. Por lo tanto, la autonomía conflictual constituiría un instrumento útil para la auto-organización de las partes en el ámbito de los derechos disponibles y favorecería la seguridad jurídica, también a favor de terceros que entren en relaciones jurídicas con los cónyuges o miembros de la Unión.

El objetivo del presente trabajo es el de verificar si la disciplina propuesta en el ámbito de las relaciones matrimoniales y de los efectos patrimoniales en las uniones registradas permite un espacio concreto para el ejercicio de la autonomía conflictual útil a los fines de la previsibilidad, de la seguridad y de la posibilidad de las partes de organizar sus propias relaciones. Con esta finalidad, se describirá la disciplina contenida hasta ahora en los mencionados actos de las instituciones disponibles. A continuación, se analizarán los límites de la autonomía de la voluntad, es decir, el conjunto predeterminado de posibilidades, la conexión entre *forum* e *ius*, los requisitos de validez formal y la posibilidad de que la elección sea tácita. Finalmente, se extraerán unas conclusiones sobre el papel de la autonomía a la luz de estos límites.

II. Propuestas de reglamento sobre autonomía conflictual

En el ámbito familiar se aprecia una cierta dificultad a la hora de admitir una amplia autonomía conflictual, análoga a la típica de las relaciones civiles y comerciales. A este respecto, es significativa la propuesta originaria sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas, que no contempla la autonomía conflictual, ni en lo relativo a la jurisdicción, ni en lo que respecta a la determinación de la ley aplicable. Esta opción se justifica con el hecho de que no todos los Estados miembros conocen este instituto y lo que se pretende evitar es la designación de un juez o la elección de una ley de un Estado que no regule materialmente el hecho jurídico. Sin embargo, la solución se presta a generar problemas, desde el momento en que no se dejaría espacio alguno a la voluntad de las partes en una materia que se considera aún al contrato en algunos Estados miembros. La flexibilización del derecho internacional privado habría permitido superar la disparidad de las normas aplicables de los distintos sistemas jurídicos, dejando en manos de las

parejas la posibilidad de organizar su relación en base a la ley que consideren más idónea a sus exigencias. Por lo tanto, el Parlamento Europeo ha propuesto enmiendas con el fin de introducir también en este ámbito la, aunque limitada, autonomía conflictual, al igual que en otros ámbitos de las relaciones patrimoniales de la familia. En particular, la enmienda n. 63 introduce en el articulado de la propuesta un nuevo artículo –15 ter–, que determina el catálogo de leyes que pueden ser elegidas y los requisitos de validez formal. A pesar de algunas modificaciones marginales, como por ejemplo la división del art.15 ter en dos artículos diferentes, el texto de compromiso de noviembre contiene la misma disciplina. En virtud del art. 15, ap. 3, podría elegirse: “la ley del Estado en que los miembros o futuros miembros, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, b) la ley del Estado de nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo, o c) la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada”, siempre y cuando dicha ley atribuya efectos patrimoniales a la unión registrada.

La ausencia de cualquier posibilidad de elección resultaba aún más sorprendente en comparación con la disciplina propuesta, relativa a regímenes económico-matrimoniales, para los que se admitía la *optio iuris*. En aquel momento se estableció un conjunto limitado de leyes estrechamente relacionadas con la relación de pareja, entre las que los cónyuges podían elegir. Una importante enmienda, ya presente en el informe del Parlamento Europeo, hace referencia al cambio de la ley aplicable. De hecho, la propuesta originaria introducía límites adicionales con respecto a la elección inicial, siempre que los cónyuges hubieran decidido cambiar en cualquier momento del matrimonio de ley elegida o de ley aplicable determinada objetivamente (art. 18). El Parlamento ha sugerido la supresión de esta distinción, que también la autora encuentra artificial, proponiendo disciplinar del mismo modo tanto la designación, como el cambio de ley. Esta solución parece más lógica, dado que no está claro el motivo por el cual la modificación debiera estar sustancialmente más limitada con respecto a la posibilidad de elección, sobre todo cuando se trate de la primera elección de las partes. La protección de terceros, invocada en la exposición de motivos en la propuesta, no justifica este tipo de limitaciones: teniendo en cuenta la valorización de tales intereses, la posibilidad de modificación debería estar totalmente excluida. A tal fin, podrían considerarse más idóneos unos límites a los efectos de la elección y a la oponibilidad frente a terceros de los acuerdos, tal y como resultan en la misma propuesta. De hecho, se prevé que la elección no tenga efecto retroactivo, salvo manifestación expresa de los cónyuges, y que en cualquier caso ningún cambio retroactivo de la ley aplicable afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley. De este modo, se salvaguardan los intereses de los cónyuges en la determinación y sucesi-

vo cambio de la ley aplicable a la propia relación, así como los de terceros que tengan un contrato con la pareja, dado que la validez y eficacia del acto jurídico no pueden perderse a consecuencia de un cambio de la ley aplicable que dependa de la voluntad de otros.

Sin embargo, en la propuesta original de la Comisión no se admitía la elección del foro. Este límite también se ha superado en el informe del Parlamento Europeo y se ha añadido al texto transaccional del Consejo.

La admisión de la autonomía conflictual constituye un elemento fundamental para otorgar a los cónyuges la posibilidad de auto-organización patrimonial, estableciendo a qué conjunto de normas tienen intención de someter la propia relación. Sin embargo, dentro de estas propuestas, el ejercicio de la libertad parece encaminada a unos rígidos vínculos que no consienten el pleno aprovechamiento de esta facultad.

III. Límites de la autonomía conflictual

1. *El vínculo entre las opciones permitidas y la proximidad*

La predisposición de elencos entre los que las partes pueden elegir está a menudo justificada por dos exigencias: la aplicación de una ley que presente vínculos significativos con el caso y la tutela de algunas partes débiles, consideradas como tales desde el punto de vista económico y/o desconocedoras del alcance de los efectos jurídicos concretos de la propia elección. Esta necesidad no está explícita en las propuestas a examen pero es típica en el ámbito de las obligaciones de alimentos, permaneciendo dentro de las relaciones patrimoniales ligadas a una relación familiar, como resulta del *Rapport explicatif* Bonomi sobre el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimentarias, del cdo. n° 19 del Reglamento n° 4/2009 y del considerando 38 del Reglamento n° 650/2012.

El primer objetivo se alcanzaría agregando a los elencos aquellas leyes que presenten un vínculo al menos suficiente con el hecho jurídico. La autonomía conflictual vendría así atemperada por el principio de proximidad, con el fin de admitir la libertad de las partes, equilibrada por la necesidad de aplicar una ley próxima al caso. De todos modos, algunos elementos llevan a considerar que semejante catálogo no siempre sea el idóneo para este fin. En primer lugar, desde el punto de vista teórico, la autonomía conflictual y el principio de proximidad responden a exigencias distintas y parcialmente inconciliables, por lo que no resulta coherente unificar ambos elementos bajo un solo criterio. Además, el hecho de que se admi-

tan diversas posibilidades, en lugar de una sola, excluye el significado de la elección como determinación de la *proper law*.

En segundo lugar, aún prescindiendo de estas consideraciones de carácter teórico, en las propuestas a examen, el objetivo de la proximidad puede no cumplirse. De hecho, la mayor parte de los vínculos se refieren al momento de la celebración del acuerdo, que podría incluso ser lejano con respecto al de la instauración de la controversia y los elementos de hecho podrían haberse modificado. Esta referencia temporal permite alcanzar objetivos del todo merecedores de tutela. Ante todo, la aplicación de la ley designada correspondería a las expectativas de las partes que no hayan manifestado intención alguna de cambio, a pesar de las sucesivas modificaciones de la situación de hecho o de derecho, como por ejemplo, y como probable, la residencia habitual. Además, la estabilidad de la ley reguladora asegura la continuidad de las relaciones jurídicas. Sin embargo, podrían haber cesado completamente las conexiones con el país de la ley o de la jurisdicción elegida, perdiendo la actual proximidad. Un vínculo estrecho entre la situación fáctica de la pareja y la ley aplicable se configura solo si la pareja tiende a ser estable, es decir, que no modifique sus lazos en el transcurso del tiempo, una vez constituida la relación personal. Dado que la residencia habitual es fácilmente modificable y por el contrario la relación perdura en el tiempo, este resultado no puede ser asegurado.

Un alejamiento del principio de proximidad sucede además en caso de que sea admitida la elección de la ley del Estado de nacionalidad, que puede no ser efectiva no solo en el hipotético caso de nacionalidad múltiple, a la luz del principio de igualdad de nacionalidad de los Estados miembros, sino también en caso de posesión de una sola nacionalidad: no ha existido jamás una verdadera conexión con dicho país. También en este supuesto se valora más la estabilidad de la ley aplicable en una relación duradera que la exigencia de proximidad. Ambos objetivos son difícilmente atemperables en una relación que se prolonga por un tiempo indefinido: la revalorización contemporánea de ambos podría resultar casi imposible, ya que la proximidad se refiere más fácilmente al tiempo presente y la inmutabilidad a un momento pasado. Las opciones objeto de discusión parecen dar prioridad a la estabilidad de la ley aplicable, así como de la eventual competencia jurisdiccional, excepto modificaciones elegidas por la pareja, estabilidad fundada sobre la existencia de algún tipo de conexión, incluso del pasado, entre el hecho jurídico y el ordenamiento y no de la proximidad en un sentido estricto.

2. La protección de la parte débil y el conocimiento de los efectos de la elección

En el ámbito de las obligaciones de alimentos es fácil identificar a la parte débil, cuyos intereses hay que proteger. De hecho, se trata de una relación en la que típi-

camente una de las partes está necesitada desde el punto de vista económico. Esta podría ser representada por un menor o por un adulto discapacitado, que difícilmente puede comprender enteramente los efectos jurídicos de sus propios actos y elecciones. Por lo tanto, el derecho internacional privado puede prever límites a la autonomía con el fin de evitar que la persona débil sea sujeta de manera esencial a la voluntad de otros.

En el ámbito de las relaciones conyugales es difícil identificar a la parte estructuralmente débil y, por tanto, necesitada de protección a priori. Esta indeterminación depende de diversas variables, como por ejemplo, la existencia del aspecto emotivo en la relación que, sin embargo, está ausente en las relaciones contractuales, en general, y en las obligaciones a favor de la parte débil, en lo específico; la exclusividad de la persona con la cual se pueden celebrar contratos o convenciones matrimoniales; la imposibilidad de saber de antemano y generalmente quién es la persona que dispone de menor información y quién es la económicamente débil. Por lo tanto, la limitación de la autonomía conflictual en el ámbito familiar no puede tener la misma función de tutela que se da en el ámbito de los contratos celebrados por una parte débil o de obligaciones de alimentos. Por ello, el acuerdo de elección de la ley aplicable podría ser alcanzado sobre la base de posiciones de paridad, sobre la base de una serie de intereses comunes de los cónyuges o miembros de la unión. Por lo tanto, sorprendió uno de los requisitos exigidos por el informe del Parlamento Europeo a la propuesta en materia de efectos patrimoniales para la validez formal de la elección. Al contrario que los regímenes matrimoniales, sin razón aparente de la disparidad, vista la absoluta analogía de las problemáticas afrontadas, “la elección de la ley (...) solamente surtirá efecto si los miembros o futuros miembros de la unión demuestran que antes de elegir la ley han recabado asesoramiento sobre las consecuencias jurídicas de dicha elección” (enmienda nº 63). Esta verificación parece excesivamente escrupulosa. En cualquier sector, la *optio iuris* implica efectos jurídicos que pueden ser diferentes de los derivados de la aplicación de una ley determinada mediante criterios objetivos de conexión, pero no por este motivo se requiere en cada caso el pleno conocimiento del contenido de la ley elegida. Esta cautela no está ni siquiera en grado de tutelar a un miembro de la unión con respecto a las elecciones impuestas: de hecho, la validez de la elección no está subordinada al conocimiento de los efectos perjudiciales para uno de los miembros de la unión eventualmente débil con respecto a la aplicación de la ley objetivamente determinada, sino a la mera asesoría formal sobre las consecuencias jurídicas. Paradójicamente, la ausencia de asesoría podría llevar a la invalidez de la elección de una ley que tutela adecuadamente al miembro económicamente débil de la pareja, en caso de que exista. El conocimiento de la ley elegida no puede ser motivo de la ineficacia de la opción. Esta condición no aparece, con razón, en el texto del Consejo noviembre 2014.

3. La proximidad entre *forum* e *ius*

La prórroga de la jurisdicción resulta aún más vinculada con respecto a la ley aplicable. Tanto en los informes del Parlamento Europeo, como en los textos transaccionales, está prevista esta facultad, siempre que se trate del juez del Estado cuya ley se haya elegido, o bien sea aplicable según algunos criterios de conexión objetiva. Esta modalidad del ejercicio de la autonomía constituye una novedad en el ámbito de la cooperación civil judicial de la Unión Europea. Se encuentra por primera vez en el reglamento en materia de sucesiones, donde la posibilidad de solicitar ante el juez de la nacionalidad del *de cuius* solo es posible si el difunto ha efectuado la *optio iuris*. La coincidencia entre *forum* e *ius* satisfaría las exigencias de simplicidad y economía procesal, ya que el juez aplicaría la *lex fori*, sin que fuera necesario investigar sobre el contenido de la ley aplicable, que podría ser la del ordenamiento de un tercer Estado sobre el fundamento de la universalidad de los reglamentos de la Unión Europea. Además, no sería necesaria adaptación alguna o incluso forzamiento alguno del sistema procesual nacional, que sobre esta materia puede prever procedimientos diferentes de aquellos ordinarios para una mejor tutela de los derechos sustanciales.

Si todo ello es cierto, la persecución de objetivos a través de la limitación de la autonomía conflictual no parece un medio proporcionado. Las ventajas delineadas son consecuencias importantes, que permiten acoger con satisfacción los casos en los que se da esta coincidencia; sin embargo, no constituyen motivos suficientes para hacer aplicar siempre la *lex fori* y, sobre todo, reducir el alcance de la autonomía conflictual, hasta el punto de no admitir una prórroga del foro autónoma con respecto a la ley aplicable. De hecho, en primer lugar, la correspondencia entre *forum* e *ius* no puede constituir un objetivo general en el ámbito del derecho internacional privado. De lo contrario, las normas sobre la determinación de la ley no tendrían ninguna razón de existencia y sería suficiente reconocer la competencia jurisdiccional, para después aplicar el método conocido como *jurisdictional approach*. En segundo lugar, la conexión entre jurisdicción y ley aplicable no es estrechamente necesaria en el ámbito de las relaciones patrimoniales de la familia. De hecho, el procedimiento es normalmente el ordinario, puesto que estas controversias tienen siempre un carácter principalmente patrimonial. En tercer lugar, la coincidencia no puede siempre cumplirse: la elección de la ley no impone la sucesiva prórroga del foro. Además, los títulos de jurisdicción y los criterios de conexión objetivos no aseguran esta coincidencia. Razón de más para que sea injustificada la limitación de la autonomía.

El resultado de la coincidencia se alcanza con cierta probabilidad y relativa facilidad en presencia de la elección de ley. Es, en efecto, planteable la existencia de un único acuerdo que contenga ambas cláusulas: de *electio iuris* y de prórroga del

foro. En el caso de que falte la elección de la ley, corresponde a las partes identificar la ley que será aplicada basándose en criterios objetivos. En el ámbito de las uniones registradas, a la luz del texto transaccional, este análisis es bastante simple, ya que la única ley referida sería la del lugar de registro de la unión. Sin embargo, el texto relativo a los regímenes matrimoniales establece un elenco de leyes en cascada: las partes deberán identificar previamente qué leyes rigen su relación, con el fin de entender cuál será el juez prorrogable. La operación podría no ser simple en aquellos casos particularmente fragmentados, para los que podría ser referida la ley que presenta la conexión más estrecha con los cónyuges. Si la concordancia se estructura como sugiere el Parlamento Europeo, este criterio de conexión permitiría también la prórroga del foro, pero su determinación correría el riesgo de crear confusión e incertidumbre. Si, de lo contrario, no fuese posible la prórroga del foro –en caso de que sea aplicable la ley más próxima a los cónyuges– éstos perderían un instrumento útil para asegurar la unicidad de la jurisdicción con una relación necesariamente fragmentada, dado que no existiría una residencia habitual común ni una nacionalidad común en el momento del matrimonio, en ausencia de la elección de la ley aplicable a la que, de todos modos, los cónyuges no pueden ser obligados.

4. Los requisitos de validez formal

Más allá de los límites sustanciales que acabamos de ver, la validez de las cláusulas de elección está subordinada a condiciones formales. En el ámbito de las relaciones matrimoniales, el acuerdo se formulará por escrito y estará fechado y firmado por ambos miembros; en base a esto, la validez formal está regulada por la ley elegida, es decir, la del lugar de celebración del contrato de matrimonio. El *favor validitatis* que parece especificado por esta disposición con criterios de conexión alternativa, pierde parcialmente su valor a la luz del art. 19, ap. 3, 3 bis y 3 ter, del informe del Parlamento Europeo, en los que prácticamente se elimina la alternatividad y se especifica la disciplina. Algunas modificaciones posteriores están contempladas en el texto transaccional (art. 19). Deben respetarse también las condiciones suplementarias marcadas por la ley de residencia habitual común en el momento de la elección, relativas a los acuerdos sobre la elección de la ley o a las capitulaciones matrimoniales. En el caso de que las partes no tengan la misma residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo y las leyes de aquellos Estados prevean diferentes requisitos formales, el acuerdo sería válido si este satisface los requisitos de la ley de uno de los dos ordenamientos. Sin embargo, si solo uno de los cónyuges residiera en un tercer país, se aplicarían los requisitos suplementarios de forma establecidos por la ley del Estado miembro. La ausencia de alternatividad obliga a los cónyuges a comprobar el contenido de la ley aplicable al tipo de elección de ley, para evitar una designación formalmente inválida.

lida, excepto la norma material uniforme del ap. 1). Esta necesaria fase podría ser compleja, pero sobre todo podría resultar insensata si se analizan los costes y beneficios de la elección. En particular en el ámbito de las relaciones de familia, a diferencia de las relaciones contractuales, en los Estados en los que existen notarios y figuras equivalentes, las partes podrían plantearse celebrar un acto público, como ya se requiere en Alemania y Estonia, con el fin de asegurar la validez de su elección: los costes del acto podrían superar los beneficios de la opción.

Dada la necesidad de asegurarse la certeza jurídica y transparencia del acuerdo, tales obligaciones formales no parecen proporcionadas al objetivo perseguido. Dos son los elementos de mayor perplejidad. El primero depende del hecho de que pueden resultar difícilmente comprensibles para los interesados a falta de asesoría legal. El segundo viene determinado por la ausencia en el reglamento de una disciplina uniforme, o al menos armonizada, sobre la divulgación pública de los acuerdos de elección. Concretamente, no viene asegurada la transparencia de cara a terceros. Las propuestas y actos sucesivos hacen derivar consecuencias en términos de inoponibilidad del incumplimiento de la disciplina nacional, pero se trata de una sanción general y no solo relativa exclusivamente a la falta de transcripción, inscripción o anotación del acuerdo en base a la ley aplicable. Por lo tanto, en el curso de aprobación de estos actos sería útil, con el fin de garantizar la plena eficacia de la autonomía conflictual, aligerar los requisitos formales, incluso uniformándolos en una sola norma de Derecho material, o previendo normas de carácter alternativo, pero introduciendo un sistema de registro de los acuerdos celebrados con el fin de garantizar la transparencia.

La elección del foro está menos estrictamente vinculada a los requisitos formales. Es suficiente con la forma escrita, con fecha y firma de los interesados. Esto se justifica por el hecho de que una eventual modificación no tendría efecto sobre el reglamento material de la relación jurídica, al menos en los límites en los que la atribución de competencias esté a favor de un juez de un Estado miembro que aplique una norma uniforme de derecho internacional privado y, por tanto, la misma ley. Además, no tendría sentido que la prórroga del foro estuviera sujeta a estrechos límites formales, si después puede superarse de forma tácita. De hecho, si el demandado comparece ante un juez de cuya ley es aplicable, sin poner en duda su competencia, este último asume la jurisdicción (art. 5 ter del texto sobre los regímenes matrimoniales, art. 5 bis del texto sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas). Por tanto, no sería necesario un acuerdo expreso.

Dado que las partes podrían ser desconocedoras de la posibilidad de prorrogar tácitamente al juez, podrían también tomar la decisión de celebrar los dos acuerdos, con respecto a la competencia judicial y con respecto a la ley aplicable, en el mismo acto formal. Además, podría ser una solución práctica para garantizar la seguridad judicial. A pesar de las diversas disciplinas, la autonomía conflictual

corre el riesgo de ser vinculada al ámbito formal, incluso donde no esté expresamente previsto en los actos objeto de examen. Si este reglamento permanece como definitivo, el ejercicio de la autonomía corre el riesgo de no ser estimulado, con la consiguiente pérdida de capacidad de las partes de organizar y gestionar el propio patrimonio en una relación transnacional.

IV. La elección tácita

En el derecho de la Unión Europea, la elección tácita, no vinculada a un acuerdo expreso, parece ser una posibilidad generalmente ofrecida, ya desde el Convenio de Bruselas de 1968. El mecanismo general de la prórroga tácita está determinado por la constitución del demandado, lo que implica automáticamente la aceptación de la jurisdicción, salvo que esté efectuada con el objeto de ser recurrida. La excepción debe ser planteada lo antes posible, a la luz de la disciplina nacional del procedimiento civil. Este es el modelo adoptado también en actos sucesivos en materia civil y mercantil.

Diferente es el enfoque en cuestiones de relevancia familiar. Los dos informes del Parlamento Europeo –seguidos por los textos transaccionales– establecen algunos límites que constituirían una novedad en el panorama normativo y que disminuirían sensiblemente el alcance de la prórroga. Con una formulación casi idéntica en ambas enmiendas, se asume la competencia del juez ante el cual las partes se han constituido sin objetar incompetencia, en el supuesto de que se trate del juez cuya ley haya sido elegida o sea aplicable. Por lo tanto, está previsto un control sobre la autoridad judicial a la que se tiene acceso incluso en el momento de instaurar el procedimiento y de la comparecencia de las partes, de modo que no sea posible superar los límites establecidos para la prórroga expresa con una elección tácita. Máxime cuando estos son excesivamente estrechos, en el caso de que se pretenda atribuir significado a la comparecencia de las partes. De hecho, aún en ausencia de objeción del demandado, el juez está obligado de oficio a verificar si lo es de la ley elegida o aplicable, aún a pesar de que las partes no tengan nada que objetar. El silencio en el procedimiento que requiere la defensa técnica significa que las partes consideran idónea la competencia de dicho juez, aún cuando sea por motivos irrelevantes para el derecho. Negarla constituiría una injerencia injustificada en la protección de los intereses de las partes y en sus expectativas legítimas. La prórroga tácita no admite, por lo tanto, una mayor flexibilidad de la permitida por la prórroga expresa. Las únicas ventajas vienen determinadas por la ausencia de requisitos formales y por la posibilidad de superar un acuerdo precedente.

Existe además una salvaguarda de tipo sustancial, determinada por la necesidad de que el juez constate la comprensión del alcance de la comparecencia del demandado y de su derecho de alegar incompetencia. La disposición parece inspirar-

se en el art. 26, ap. 2 del Reglamento n° 1215/2012, que dispone la tutela de la parte contractual débil. La analogía no parece, sin embargo, justificada, ya que en un procedimiento relativo a las relaciones patrimoniales entre cónyuges o miembros de la unión, el demandado no es necesariamente la parte débil. El equilibrio concreto entre las partes podría ser exactamente el opuesto, en el hipotético caso de que el cónyuge trabajador no proveyese de sustento material al cónyuge desocupado y este último hiciera uso de la tutela de sus derechos patrimoniales. El control sobre el perfecto discernimiento del demandado no sería del todo útil en este caso y podría ser incluso contrario a los intereses del cónyuge débil o miembro débil de la pareja.

Los límites formales, establecidos en la elección de la ley, llevarían a excluir la relevancia de una elección tácita, deducible de las circunstancias o de comportamientos concluyentes de las partes, contrariamente a lo que ocurre en el art. 3 del Reglamento n° 593/2008. Sin embargo, existe un caso dudoso, que consiste en el valor de la mención, en un acto formal, de institutos típicos o disposiciones de ley de un determinado ordenamiento. La formulación literal de las disposiciones no es de particular ayuda. Según la opinión de la autora, no es estrictamente necesaria la indicación específica de una ley, pero deben ser satisfechas determinadas condiciones. En primer lugar, el acto formal que menciona los institutos o las disposiciones de ley debe respetar los criterios establecidos en el reglamento. En segundo lugar, las indicaciones deben ser inequívocas y unívocas. Finalmente, debe tratarse de un ordenamiento cuya ley pueda ser elegida expresamente. Si no se atribuyese relevancia a la voluntad de las partes en estos supuestos, el sistema sería excesivamente formal. La sola ausencia de una verdadera cláusula de elección de ley con la indicación de un ordenamiento nacional permitiría pasar por alto una opción claramente efectuada. La falta de consideración de la voluntad de las partes perjudicaría también las legítimas expectativas de los interesados que en un acto formal se hayan referido exclusivamente, aunque haya sido en vía mediata, a un ordenamiento que no tendría relevancia en el momento de la controversia. Si estas condiciones no fueran respetadas, la indicación de un ordenamiento no sería eficaz. Sin embargo, se trata de la misma consecuencia de una designación expresa de la ley formulada de modo no conforme al Reglamento y, por tanto, el tratamiento de ambas supuestos no sería diferente.

V. Conclusiones sobre la función de la autonomía conflictual

La admisión de la autonomía conflictual constituye un gran paso adelante en favor de la posibilidad de organizar la vida familiar, al menos en lo que respecta a aspectos patrimoniales. En muchos ordenamientos estatales, la elección no está del todo admitida o las opciones están extremadamente limitadas.

Sin embargo, esos límites ponen en riesgo su utilidad efectiva y podrían llegar incluso a perjudicarla. De hecho, la estructura de las disposiciones, llenas de aplazamientos, podría no dejar claras las opciones permitidas. Aún conociendo el alcance de las normas, en los casos más fragmentados sería complejo concretar el criterio de conexión previsto. Además, la libertad de determinación del juez competente está limitada, *in limine litis*, por el trámite de la prórroga tácita, pero siempre está vinculada a la ley aplicable. Los requisitos de validez formal complican aún más el ejercicio de la elección y en algunos casos se corre el riesgo de desanimar a las partes a ejercitar la propia autonomía, a menos que la consistencia del patrimonio o su fragmentación en más Estados aconsejen una inversión inicial en la asesoría de un experto y la eventual redacción de un acto notarial. La estrecha conexión entre *forum* e *ius* podría no satisfacer las exigencias de las partes y se corre el riesgo de que la invalidez formal de la elección produzca efectos incluso sobre la prórroga del foro. Los límites hacen que la elección no sea fácilmente comprensible y, por consiguiente, los cónyuges o la pareja podrían optar por abstenerse para evitar cualquier tipo de error en la designación del juez competente o en la determinación de la ley aplicable. Por si esto no fuera suficiente, en el texto del Consejo se sugiere la admisión de la prórroga de la competencia únicamente allí donde no pueda operar la conexión relacionada en caso de fallecimiento de un cónyuge o, en algunos supuestos, de disolución de la relación personal. En estos casos el espacio a disposición de la autonomía conflictual de las partes sería ciertamente muy limitado.

Sería preferible poder optar por soluciones más lineales, incluso aunque estas limiten la autonomía. De hecho, lo que verdaderamente necesitan los interesados es organizar las propias relaciones económicas y patrimoniales, en lugar de mejorar su práctica legal en la redacción de complejas cláusulas contractuales.

DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN EN EL REGLAMENTO BRUSELAS I BIS

Apóstolos ÁNCIMOS *

SUMARIO: I. Introducción. II. Motivos de denegación. III. Sobre el proceso de denegación del reconocimiento y ejecución: Consideraciones generales. IV. Sobre la duración del procedimiento de denegación. V. Los recursos contra la resolución sobre la solicitud de denegación. VI. Particularidades nacionales de la solicitud de denegación: 1. El plazo de presentación de la solicitud. 2. El tribunal competente para examinar la solicitud. 3. El procedimiento de denegación. 4. La unificación de los procedimientos sobre denegación y oposición. VII. Valoración del nuevo sistema. VIII. Conclusiones.

RESUMEN: Este artículo realiza una aproximación al nuevo régimen bajo el cual se examinan los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras según el Reglamento 1215/2012 (RB I bis) relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Tras unas consideraciones introductorias sobre la supresión del *exequatur* (I y II), el trabajo se centra en el estudio del nuevo remedio establecido en los art. 46 ss RB I bis, es decir, la llamada solicitud de denegación (III). En este marco, se analizan unos factores muy importantes para las futuras perspectivas de dicho remedio, como la duración del proceso (IV), los recursos admisibles contra la resolución sobre la solicitud de denegación (V), ciertas particularidades de la solicitud de denegación que deben ser aclaradas (VI), y una primera evaluación del nuevo sistema (VII). Como consecuencia de las lagunas que presenta la nueva regulación comunitaria, adquieren especial relevancia los ordenamientos internos al fin de evitar discrepancias en la libre circulación de las resoluciones judiciales en el espacio común europeo (VIII).

PALABRAS CLAVE: SENTENCIAS EXTRANJERAS – REGLAMENTO BRUSELAS I BIS – DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN –; MOTIVOS DE DENEGACIÓN– PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE DENEGACIÓN.

ABSTRACT: *Refusal for the Recognition and Enforcement in the Brussel Regulation I bis.*

This article intends to offer a first glimpse into the new regime, according to which grounds of refusal for the recognition and enforcement of foreign judgments are examined pursuant to Regulation

* Profesor Asociado, Universidad Europea de Chipre. Doctor en Derecho, Abogado, Tesalónica, Grecia.

1215/2012 (Brussels I bis) on the jurisdiction and the enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters. After some introductory remarks on the abolition of *exequatur* proceedings (I & II), the article focuses on the new legal remedy enshrined under art. 46 et seq. Brussels I bis Regulation, i.e. the so called application for refusal (III). In this framework, some important factors for the future perspectives of this remedy are analyzed, such as the duration of the proceedings (IV), the admissible remedies against the decision on the application for refusal (V), certain peculiarities of the application for refusal, which need to be clarified (VI), and a primer evaluation of the newly established system (VII). The lacunae appearing in the new provisions make necessary the elaboration of appropriate national legislation, in order to avoid discrepancies in the free movement of judgments within the European common space (VIII).

KEYWORDS: FOREIGN JUDGMENTS; BRUSSELS I BIS REGULATION; REFUSAL OF RECOGNITION AND ENFORCEMENT; GROUNDS FOR REFUSAL; PROCEDURE OF THE APPLICATION FOR REFUSAL.

I. Introducción

Sin duda, una de las principales novedades en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales se recoge en el art. 39 del Reglamento 1215/2012 (RB I bis), conforme al cual “las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva”. Se trata de una evolución muy importante, que aunque esperada¹ ha sido acogida positivamente por la doctrina². Así, deja ser necesario el procedimiento del exe-

¹ La supresión del *exequatur* tiene su origen en el mandato político del Consejo Europeo de Tampere de 1999, y de La Haya de 2004. Sobre la consolidación gradual del derecho internacional procesal comunitario, vid. por todos, B. Hess, “Abgestufte Integration im Europäischen Zivilprozessrecht”, *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, Mohr-Siebeck, 2012, pp. 237 ss y J. Adolphsen, “Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts”, *Recht ohne Grenzen. Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, Sellier European Law Pubs., 2012, pp. 1 ss.

² T. Kruger, “Civil Jurisdiction and the issue of legislating for the EU”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 6, 2010, pp. 514 ss; A. Dickinson, “Surveying the proposed Brussels I bis Regulation – Solid foundations but renovation needed”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 12, 2010, pp. 251 ss; R. Arenas García, “Abolition of *exequatur*: Problems and solutions. Mutual recognition, mutual trust and recognition of foreign judgments: Too many words in the sea”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 12, 2010, pp. 351 ss; P. Oberhammer, “The abolition of *exequatur*”, *IPRax*, 2010, pp. 197 ss; X. Kramer, “Abolition of *exequatur* under the Brussels I Regulation: effecting and protecting rights in the European judicial area”, *Nether. Int'l L. Rev.*, 2011, n° 4, pp. 633 ss; X. Kramer, “Cross-Border Enforcement and the Brussels I-Bis Regulation: Towards A New Balance Between Mutual Trust and National Control over Fundamental Rights”, *Nether. Int'l L. Rev.*, vol. 60, 2013, pp. 352 ss; B. Hess, “Die Reform der EuGVVO und die Zukunft des Europäischen Zivilprozessrechts”, *IPRax*, 2011, pp. 128 ss; G. Cuniberti, “Some remarks on the Efficiency of *Exequatur*”, *A Festschrift in Honour of Lord Leonard Hoffmann*, Oxford, Hart Publ., 2011, pp. 568 ss; G. Cuniberti e I. Rueda, “Abolition of *exequatur* – addressing the Commission’s concerns”, *RabelsZ*, 2011, 287 ss; D. Schramm, “Enforcement and the abolition of *exequatur* under the 2012 Brussels I Regulation”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. XV, 2013/2014, pp. 149 ss; J. Sladič, “The remedies and recourses in European civil procedure after the intended abolition of the *exequatur*”, *ZEuS*, 2013, pp. 354 ss. Vid. también T. Schilling, “Das *Exequatur* und die EMRK”, *IPRax*, 2011, pp. 31 ss; M. Žebre,

cuátur en el Estado requerido para declarar ejecutable la sentencia extranjera. Este procedimiento dejó de tener sentido, en la medida en que entre 90% a 100% de las solicitudes de execuátur fueron aceptadas, mientras que los recursos interpuestos contra las decisiones supusieron entre el 1 y el 5 % de los casos³. En paralelo, la Comisión consideró que el execuátur suponía un obstáculo a la libre circulación de resoluciones judiciales, además de costes y retrasos innecesarios⁴. Todas estas consideraciones justificarían por tanto su eliminación⁵. Finalmente, hay que subrayar que la supresión del execuátur afecta también personas no domiciliadas en un Estado miembro⁶, tal y como se deduce del cdo. nº 27 y de la arquitectura general del RB I bis⁷.

II. Motivos de denegación

Como ha puesto de manifiesto de la jurisprudencia, los motivos de denegación constituyen la piedra angular del reconocimiento y la ejecución. A pesar de la

The Revision of Brussels I Regulation and the Abolition of Exequatur, *LeXonomica*, vol. 2, 2010, pp. 426–431.

³ Vid. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 174 final, No. 3.1, p. 4. Vid. también las conclusiones incluidas en el Documento de Trabajo de los servicios de la Comisión – Resumen de la evaluación de impacto, SEC (2010) 1548 final, p. 3. Para el texto completo de la evaluación de impacto, publicado en idioma inglés, vid. Commission staff working paper, Impact Assessment, SEC (2010) 1547 final, pp. 11 ss.

⁴ Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2010) 748 final, nº. 1.2, p. 3. Vid. también SEC (2010) 1548 final, p. 4 ss, y ap. 26 del preámbulo del Reglamento Bruselas I bis.

⁵ La evolución hacia la supresión de execuátur se ejemplifica *in extremis* en el siguiente caso de la jurisprudencia griega (TPI Atenas 3648/2014, no publicada): Un acreedor alemán solicitó en diciembre del año 2012 el reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad de un *Vollstreckungsbefehl* ante el TPI de Atenas. La vista tuvo lugar a finales de 2013 y la sentencia se publicó en noviembre del 2014 (!) Aparentemente, el tribunal no tuvo en cuenta la segunda petición (declaración de ejecutoriedad), y desestimó la solicitud, considerando que la petición que se limita a solicitar únicamente el reconocimiento de la resolución extranjera carecía de *locus standi*, ya que el reconocimiento despliega automáticamente sus efectos conforme a lo previsto en el art. 33 § 1 RB I.

⁶ Sobre la cuestión del reconocimiento y ejecución de sentencias de Estados no miembros, vid. P. De Miguel Asensio, “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Diario La Ley*, Año XXXIV, nº 8013, pp. 1 ss =<http://eprints.ucm.es>, pp. 17 ss.

⁷ Contra la inclusión de estos supuestos en el ámbito de aplicación del Reglamento, K. Takahashi, “Review of the Brussels I Regulation: A Comment from the Perspectives of Non-Member States (Third States)”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 8.1, 2012, pp. 1 ss. Vid. también M. Stanivuković, “Recasting of the Brussels I Regulation and its Impact upon Third Countries, in Particular Serbia”, *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law*, 2011, pp. 91 ss, y Z. Meškić y D. Radončić, “Brussels I Recast and the South-East Europe”, *Revija za evropsko pravo*, XV (2013) 1, pp. 73 ss.

supresión del executur, los motivos de denegación se mantienen plenamente. En primer lugar, esta supresión no altera la primera fase del procedimiento, ya que las barreras de control se habían abolido con el art. 41 Reglamento 44/2001⁸. En segundo lugar, este control únicamente se llevará a cabo si se solicita la denegación de reconocimiento y ejecución⁹. De esta forma, se impone al deudor el deber de actuar¹⁰, si quiere evitar la ejecución forzosa en el Estado requerido¹¹. En esencia, el nuevo sistema no difiere del anterior, siendo la única diferencia que el tribunal competente no será el Tribunal de Apelación (como por ejemplo la Audiencia Provincial, que conocía del recurso conforme a lo dispuesto en el Reglamento 44/2001), sino con toda probabilidad un tribunal de primera instancia, cuya resolución es susceptible de recurso o revisión ante el Tribunal de Apelación.

En cuanto a los propios motivos de denegación, tampoco existen diferencias sustanciales respecto a lo dispuesto en el art. 34 ss Reglamento 44/2001¹². Por lo que se refiere al reconocimiento, los motivos de denegación son los enumerados en el art. 45 Reglamento 1215/2012; en cuanto a la ejecución, el art. 46 se limita a remitir al art. 45. Se trata en cualquier caso de los motivos de denegación bien conocidos de los arts. 34 a 35 RB I y 27-28 CB, es decir: El orden público, el derecho del demandado a ser oído (en caso de rebeldía)¹³, la inconciliabilidad con una sentencia de otro Estado miembro o de un tercer Estado, y la violación de las normas de competencia judicial internacional del capítulo II, secciones 2-6¹⁴. Resulta necesario añadir que mediante la nueva previsión del art. 45.1º,e) ii RB I bis, se ha incluido la base específica de los conflictos laborales, que estaba ausen-

⁸ P. De Miguel Asensio, *loc. cit.*, pp. 13 ss.

⁹ A. Briggs considera este cambio de una importancia simbólica, *vid.* A. Briggs, *The Conflict of Laws*, 3ª, 2013, p. 162: "...the decision to place the onus of instituting judicial proceedings on the judgment debtor has a symbolic importance. It is justified by the observation, well founded in fact, that the number of cases in which an appeal against a judicial decision to register the judgment for enforcement under the Brussels I Regulation is made and upheld is very small".

¹⁰ El tribunal competente para examinar la solicitud no tiene facultades para llevar a cabo un control de oficio, *vid.* E. Gualco y G. Risso, "Il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie nel Regolamento Bruxelles I bis", *Dir. comm. int.*, vol. XXVIII, Fasc. 3-2014, pp. 658 ss.

¹¹ M. Pohl, "Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle", *IPRax*, 2013, p. 112. Asimismo, J.J. Kuipers, "The Right to a Fair Trial and the Free Movement of Civil Judgments", *Croatian Yearb. Eur. L. & Policy*, vol. 6, 2010, pp. 23 ss., esp. pp. 50 ss.

¹² En este sentido, X. Kramer, *loc. cit.*, 2013, p. 359: "Article 45 sub. (a) to (d) have been copied word for word from the current Brussels I Regulation grounds of refusal regarding public policy, default of appearance and the irreconcilability of judgments"; P. Rogerson, *Collier's Conflict of Laws*, cuarta edición, 2013, p. 235: "The current defences to enforcement have been left relatively untouched in the recast Regulation". *Vid.* también las breves reflexiones de E. Gualco y G. Risso, *loc. cit.*, pp. 663 ss., respecto del papel de los motivos de denegación en el nuevo modelo iniciado por el RB I bis.

¹³ Muy enfática la formulación del cdo. nº 29 en este sentido.

¹⁴ *Vid.* recientemente, D. Schramm, *loc. cit.*, pp. 160 ss.

te en el art. 35.1º Reglamento 44/2001¹⁵. Así que puede afirmarse que sigue teniendo vigencia la jurisprudencia tanto del TJCE como la de los tribunales nacionales, y por supuesto todo el análisis de la doctrina sobre el régimen anterior.

Por razones meramente históricas, cabe mencionar el propósito de la Comisión de suprimir el orden público como motivo de denegación¹⁶. Una propuesta que encontró el rechazo tanto de la doctrina¹⁷, como de las demás instituciones de la UE¹⁸, y que en última instancia fue descartada. En la medida en que se han mantenido los motivos de denegación, no se ha considerado por la doctrina que la supresión del *exequatur* resulte perjudicial para los legítimos intereses de la parte contra la cual se solicita la ejecución, que sigue pudiendo oponerse a la

¹⁵ La vulneración de las normas de las secciones 3–5 del Capítulo II constituyen un motivo de denegación únicamente cuando la parte débil sea el demandado (vid. art. 45 § 1 (e) i Reglamento 1215/2012). En detalle, vid. V. Lazic, “Procedural Justice for ‘Weaker Parties’ in Cross-Border Litigation under the EU Regulatory Scheme”, *Utrecht L. Rev.*, vol. 10, 2014, nº 4, pp. 114 ss; P. Nielsen, “The Brussels Regulation”, *Common Market L. Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 526 ss; X. Kramer, *loc. cit.*; O. Lopes Pegna, “Il regime di circolazione delle decisioni nel Regolamento (UE) N. 1215/2012 (‘Bruxelles I-bis’)”, *Riv. dir. int.*, vol. XCVI, Fasc. 4– 2013, p. 1210; E. Gualco y G. Risso, *loc. cit.*, p. 663 ss; F. Scholz, “Alles neu im Europäischen Zivilprozessrecht?”, *Ecolex*, 2015, pp. 5 ss.

¹⁶ COM (2010) 748 final, p. 7. Esta propuesta se basaba en las conclusiones del Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 174 final, nº 3.1, pp. 4 ss, y fue inicialmente formulada en el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2009) 175 final, pp. 2 ss.

¹⁷ P. Schlosser, “The Abolition of Exequatur Proceedings – Including Public Policy Review?”, *IPRax*, 2010, 101 ss; P. Beaumont y E. Johnston, “Can exequatur be abolished in Brussels I whilst retaining a public policy defence?”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 6, 2010, pp. 249 ss; *id.*, “Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?”, *IPRax*, 2010, pp. 105 ss; P. Oberhammer, *IPRax*, 2010, pp. 200 ss; J.K. Škerl, “European Public Policy (with an Emphasis on Exequatur Proceedings)”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 7, 2011, pp. 461 ss; B. Hess, *IPRax*, 2011, pp. 128 ss; J.M. Carruthers, “The Brussels I Regulation recast”, *Scots Law Times*, 2011, p. 34. Vid. también V. Větrník, “Future of the Public Policy Clause in EU Civil Procedure”, *Current Issues of Business and Law*, 2011, pp. 250 ss.

¹⁸ El Parlamento Europeo no rechazó la supresión del *exequatur*, pero propuso el restablecimiento de los motivos de denegación en el trámite del recurso, es decir mediante lo que en la actualidad es la solicitud de denegación, vid. el proyecto de informe de 28.6.2011, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (COM(2010)0748 – C7–0433/2010 – 2010/0383(COD)), p. 30, y a continuación las enmiendas 117 & 118, en el proyecto de informe de 19.10.2011, p. 37 ss, el proyecto de informe de 25.9.2012 (enmienda 121), pp. 70 ss, y finalmente, el informe de 15.10.2012 sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión refundida) (COM(2010)0748 – C7–0433/2010 – 2010/0383(COD)), A7–0320/2012, pp. 74 ss. El resultado final de la primera lectura se incluye en el documento del Consejo nº 16269/12, de 23.11.2012 (art. 45–46, pp. 37 ss).

ejecución mediante la solicitud de denegación de la ejecución conforme al art. 47.1º RB I bis¹⁹.

III. Sobre el proceso de denegación del reconocimiento y ejecución: Consideraciones generales

En un primer momento la Comisión propuso la elaboración de un sistema bastante laberíntico con tres recursos diferentes, uno de los cuales debería ser interpuesto en el Estado de origen, y los otros dos en el Estado de ejecución²⁰. Esta propuesta fue rechazada por el Consejo²¹. En su lugar se ha optado por la inversión de modelo vigente bajo el régimen del RB I: En vez de que el acreedor solicite la declaración de ejecutoriedad, ahora es el deudor quien debería reaccionar para evitar la ejecución forzosa²², por medio de la solicitud de denegación de reconocimiento y ejecución.

Dada la novedad de la estructura del sistema, adquiere especial relevancia la identificación del tribunal competente, material y territorialmente, para la presentación de dicha solicitud. La norma relevante a tales efectos es el art. 47 Reglamento nº 1215/2012. Desde enero de 2015 los Estados miembros han comunicado los órganos jurisdiccionales competentes en su orden jurídico nacional, en aplicación de lo dispuesto en el art. 47.1º RB I bis²³.

Conforme al párrafo 2 del art. 47, las particularidades del procedimiento de denegación de la ejecución se registrarán por la ley procesal del Estado de *forum*, lo que exige analizar la aplicación de las normas procesales nacionales a este procedimiento extraordinario. Una cuestión crucial, que se aborda en el epígrafe VI.

Según determina el párrafo 3 del art. 47, “el solicitante deberá presentar al órgano jurisdiccional una copia de la resolución y, cuando sea necesaria, una traducción o transcripción de esta”. Por un lado, de la norma no se deduce claramente el momento exacto de la presentación de los documentos. Por otro, sería aconsejable que se presentara al menos la traducción bien integrada en la propia

¹⁹ En este sentido E.B. Crawford y J.M. Carruthers, “Brussels I bis – the Brussels Regulation Recast: Closure (for the Foreseeable Future)”, *Scots Law Times*, 2013, p. 94.

²⁰ COM (2010) 748 final, nº. 3.1.1, pp. 6 ss.

²¹ También por la doctrina, *vid.* H.P. Mansel, “Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen”, *IPRax*, 2012, p. 5 ss., y M. Pohl, *IPRax*, 2013, p. 113, que alude a una fragmentación de Derecho (*Rechtszersplitterung*). Una opinión contraria manifiesta B. Hess, “The Brussels I Regulation: Recent case law of the Court of Justice and the Commission’s proposed recast”, *Common Market L. Rev.*, 2012, pp. 1101 ss.

²² M. Pohl, *IPRax*, 2013, p. 112; J. Sladič, “The remedies and recourses in European civil procedure after the intended abolition of the exequatur”, *ZEuS*, 2013, pp. 352 ss.

²³ *Vid.* https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-es.do, Reglamento Bruselas I (refundición).

solicitud, facilitándose así el conocimiento directo del objeto del proceso por parte del juez, o bien con las alegaciones de las partes.

Para finalizar con los presupuestos del art. 47 RB I bis, resulta necesario destacar la novedad que representa el párrafo 4, según el cual no se exigirá el nombramiento de un representante autorizado en el Estado miembro requerido²⁴.

IV. Sobre la duración del procedimiento de denegación

Tradicionalmente todas las versiones del capítulo respectivo (III) han incluido una suerte de exhortación a la pronta resolución de la controversia²⁵. Tal es el caso también del art. 48 RB I bis, que determina que *el órgano jurisdiccional resolverá sin demora sobre la solicitud*. Esta formulación ha sido objeto de crítica tanto por su indeterminación como por no contribuir a la unificación de los procedimientos en los Estados miembros, al menos desde un punto de vista temporal²⁶. En relación con esta cuestión, resulta necesario hacer algunas consideraciones. Así, en el modelo anterior el procedimiento era *ex parte*²⁷. Según el nuevo sistema, la evolución promovida por el legislador comunitario²⁸ es que la parte que se oponga debería poder invocar en el mismo procedimiento, además de los motivos de denegación previstos en el RB I bis, aquellos otros que reconozca el Derecho nacional. La cuestión que se plantea es si el juez podrá realmente decidir sin demora, teniendo en cuenta que el Tribunal habrá de resolver en un proceso contradictorio, primero, sobre la solicitud de denegación atendiendo a todos los motivos previstos en el art. 45 RB I bis, y (probablemente) también sobre los motivos internos (de la oposición) contra la ejecución de la sentencia extranjera.

V. Los recursos contra la resolución sobre la solicitud de denegación

El art. 49 RB I bis regula el recurso contra la decisión sobre la solicitud de denegación de reconocimiento y ejecución, que realmente no presenta diferen-

²⁴ Recordamos que el nombramiento de un representante era un requisito exigido por el art. 40 § 2 RB y controvertido en la jurisprudencia nacional, vid. por ejemplo A. Áncimos, “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras según el Reglamento Bruselas I en Grecia”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, p. 591 ss., en relación con Grecia. La supresión del representante autorizado se recogió en el Libro Verde, COM (2009) 175 final, pp. 12 ss, que justificaba esta medida en el carácter obsoleto de esta exigencia.

²⁵ Vid. art. 34 CB, y art. 41 RB I.

²⁶ E. Gualco y G. Risso, *loc. cit.*

²⁷ En el marco del CB, el Tribunal examinaba los motivos de denegación, mientras que bajo el régimen de RB I se examinaban sólo los requisitos del art. 53 (ejecutoriedad y expedición del certificado según el art. 54).

²⁸ Cdo. n° 30 del Preámbulo de RB I bis.

cias significativas con el recurso contra la decisión de conformidad con el art. 43 RB I²⁹. Ambas partes podrán recurrir la resolución sobre la solicitud de denegación [art. 49 § 1 RB I bis], es decir, el deudor en caso de rechazo y el acreedor en el supuesto de resolución positiva. El tribunal competente para conocer del recurso será el comunicado por los Estados miembros [art. 49.2º en combinación con el art. 75, letra b RB I bis]³⁰. Dada la similar redacción de los arts. 43.2º 2 RB I y 49 § 2 RB I bis³¹, los antiguos Estados miembros mantuvieron los mismos tribunales como competentes, mientras que varios nuevos Estados miembros optaron por una aclaración adicional, según la cual el recurso se interpondrá ante un órgano jurisdiccional de segunda instancia por el tribunal que pronunció la resolución recurrida³².

No se determina claramente cuál será el recurso previsto en el art. 49 RB I bis en cada país³³ ni tampoco se deduce del precepto de las comunicaciones si dicho recurso será el único admisible contra la resolución sobre la solicitud de denegación³⁴. Atendiendo a las comunicaciones de los Estados miembros, (art. 75 b RB I bis) resulta que la mayoría se refiere a un tribunal de segunda instancia³⁵.

Existe una notable diferencia respecto del régimen anterior en lo que se refiere al recurso ulterior: De conformidad con el art. 50 RB I bis, “la resolución sobre el recurso solo podrá ser objeto de recurso ulterior ante el órgano jurisdiccional

²⁹ Se sobreentiende que bajo el régimen del RB I el recurso se dirigía contra la resolución declarando o rechazando al ejecutur, mientras ahora se dirige contra la resolución denegando o verificando el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, *vid.* P. De Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 16.

³⁰ Sobre la lista de los tribunales competentes de los Estados miembros, *vid.* https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-es.do.

³¹ El recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional...

³² *Vid.* las comunicaciones de Bulgaria, República Checa, Estonia, Letonia, Polonia, y Eslovaquia. No encontramos una aclaración de este tipo en la declaración de la República Helénica, por lo que el recurso debe interponerse directamente ante la Audiencia Provincial, según la solución dada por la jurisprudencia griega en el marco de aplicación del CB y del RB I, *vid.* en detalle A. Áncimos, *loc. cit.*, pp. 594 ss.

³³ La terminología utilizada en las distintas versiones lingüísticas evidencia *prima facie* ciertas discrepancias: Por ejemplo, mientras la versión inglesa se refiere a una apelación (*the decision... may be appealed*), la versión griega hace referencia a un recurso de apelación en general (ἐνδικο μέσο). Al mismo tiempo, la versión alemana ha optado (como en las versiones respectivas del CB y del RB I) por el término *Rechtsbehelf* (y no *Rechtsmittel*), es decir, un remedio jurídico, sin ser necesario que se interponga ante un tribunal de segunda instancia, mientras la versión rumana utiliza la expresión *cale de atac*, que alude a todos los recursos ordinarios y extraordinarios contra la sentencia atacada.

³⁴ Según la jurisprudencia griega en el marco del CB y del RB I, se habían excluido todos los demás recursos *restantes* (acción de rescisión en caso de rebeldía, intervención procesal, restitución), *vid. loc. cit.*, p. 596.

³⁵ Lo mismo ha hecho Lituania, si bien se trata del único país en el que el mismo tribunal, la AP, conoce tanto de la solicitud de denegación como del recurso del art. 49 RB I bis. Un tratamiento semejante se presenta en Eslovenia: Tanto la solicitud de denegación como el recurso del art. 49 RB I bis se somete al *Okrožno sodišče* (District Court).

comunicado a la Comisión por el Estado miembro correspondiente de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, letra c)”. Conviene recordar que el derecho de interponer un recurso ulterior fue establecido tanto en el CB³⁶ como en el RB I³⁷. Ahora se deja al arbitrio de los Estados miembros el establecimiento o no de dicho recurso³⁸. Un primer análisis de las comunicaciones de los Estados miembros pone de manifiesto ciertas divergencias en esta materia³⁹.

VI. Particularidades nacionales de la solicitud de denegación

Junto con la supresión del executur, la novedad más significativa del capítulo III del RB I bis es el nuevo procedimiento para denegar el reconocimiento y / o la ejecución. Centrándonos en la sección 3, destacan los art. 45 § 4 y 47 §§ 1 y 2, que dejan a los Estados miembros y los ordenamientos nacionales determinados aspectos del procedimiento. En este sentido, el procedimiento para la solicitud de denegación será el que determine cada país, una tarea nada fácil que exige un estudio profundo del contenido de las nuevas disposiciones para su adaptación en las legislaciones nacionales. No es sorprendente que cada ordenamiento jurídico tendrá que responder a los nuevos retos, examinar las nuevas disposiciones y su contenido, y adaptarlas al paisaje jurídico doméstico. En primer lugar, los Estados miembros están llamados a determinar los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de cada recurso. Esto no es sin embargo una novedad⁴⁰, y este deber de comunicación que impone el Reglamento en virtud del art. 75 RB I bis se ha cumplido fácilmente, aunque con evidente retraso por parte de la mayoría de los Estados miembros. Sin embargo existen ciertas cuestiones para cuyo análisis no resultan suficientes el RB I bis y las comunicaciones hechas por los Estados miembros, sino que deben abordarse recurriendo al derecho procesal nacional, aunque respetando al mismo tiempo la filosofía del Reglamento comunitario.

1. El plazo de presentación de la solicitud

La primera de estas cuestiones es la del término para la presentación de la solicitud de denegación. El RB I bis no ofrece ninguna información al respecto y

³⁶ Art. 41.

³⁷ Art. 44.

³⁸ De ahí la preocupación expresada por E. Gualco y G. Risso, *loc. cit.*, para los que la falta de uniformidad podría afectar al objetivo central del RB I bis, es decir, a los propios derechos de defensa de los litigantes.

³⁹ No se prevé un recurso ulterior en las declaraciones de Croacia, Chipre y Letonia. Por el contrario, la República Checa permite tres recursos diferentes, es decir, casación, revisión y recurso de anulación. Irlanda remite a su Constitución, con respecto a la admisibilidad del recurso ulterior.

⁴⁰ *Vid.* arts. 37 y 40 CB, y arts. 39 § 1 (Anexo II) y 43 § 2 (Anexo III) RB I.

tampoco puede extraerse ninguna conclusión de las comunicaciones de los Estados miembros. Resulta evidente que se deja a la discreción de los Estados miembros fijar o no un plazo concreto para presentar la solicitud de denegación en sus respectivos ordenamientos. Una cuestión pertinente es establecer el *dies a quo*, es decir, el momento a partir del cual podrá interponerse. Conforme al art. 46 RB I bis, “la ejecución de una resolución se denegará, a petición de la persona contra la *que se haya instado la ejecución*”. Atendiendo al tenor de la norma, se puede deducir que la solicitud de denegación no se puede interponer antes del inicio de la ejecución en el Estado requerido según los arts. 39 ss RB I bis, es decir, antes de la notificación del certificado expedido que contempla el art. 53 RB I bis⁴¹. Sin embargo, resulta que la sección 2 relativa a la ejecución (art. 39 ss) remite al Derecho del Estado miembro requerido el procedimiento de ejecución en lo no previsto en la sección, por lo que corresponde a cada Estado determinar el plazo para presentar la solicitud. En cualquier caso, la importancia de esta cuestión no debería ser sobreestimada, teniendo en cuenta que la presentación de la solicitud no implica la suspensión automática del procedimiento de ejecución, tal como acontecía en el régimen jurídico anterior (art. 47.3º RB I)⁴².

Por último, otra conclusión que se puede extraer del art. 46 RB I bis es que la única persona legitimada para presentar la solicitud es aquella que resulte directamente afectada por el inicio de la ejecución. Esta limitación no se extiende sin embargo al reconocimiento de resoluciones, ya que según determina el art. 45.1º, “cualquier parte interesada puede solicitar la denegación del reconocimiento de la resolución *extranjera*”⁴³.

2. El tribunal competente para examinar la solicitud

El segundo punto controvertido se refiere al tribunal que tendrá competencia territorial (local) para examinar la solicitud. Se esperaba que las comunicaciones de los Estados miembros no difirieran de las realizadas en el pasado (o sea según el CB y el RB I)⁴⁴. Sin embargo, la información proporcionada en virtud del art. 75 (a) RB I bis pone de manifiesto algunas diferencias. En concreto, la mayoría de los Estados miembros solamente han comunicado el tribunal com-

⁴¹ L.J.E. Timmer, “Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Il Conceived and Premature?”, *J. Priv. Int'l L.*, 2013, p. 134. Vid. también O. Lopes Pegna, *loc. cit.*, p. 1215: “l’art. 46, riferendosi alla parte ‘contro cui è chiesta l’esecuzione’, pare infatti assumere che ci sia stata almeno una prima iniziativa del creditore volta all’avvio dell’esecuzione”.

⁴² *Ibid.*, p. 1215, para la que se habrían evitado o reducido los riesgos a utilizar el recurso con la finalidad de prolongar el procedimiento.

⁴³ Sobre la razón de esta diferenciación, vid. D. Schramm, *loc. cit.*, p. 168. Sobre el procedimiento de denegación del reconocimiento, vid. en detalle O. Lopes Pegna, *loc. cit.*, pp. 1209 ss; E. Gualco y G. Risso, *loc. cit.*, pp. 657 ss.

⁴⁴ *Loc. cit.*, p. 659.

petente, sin entrar en mayor detalle ni establecer criterios adicionales⁴⁵. Un segundo grupo de países ha optado por una comunicación más elaborada o completa⁴⁶.

Un buen ejemplo de los problemas relacionados con esta heterogeneidad de soluciones es la comunicación de la República Helénica, conforme a la cual:

“i. Para solicitudes de denegación de ejecución, el órgano jurisdiccional competente es el TPI (*Μονομελές Πρωτοδικείο*) del domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución; ii. Para solicitudes sobre una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento según el art. 362º, el TPI del domicilio de la parte contra la que se dirige la solicitud. El TPI es también competente para las solicitudes de denegación de reconocimiento (art. 45)”⁴⁷.

Con toda seguridad el contenido de esta comunicación va a generar problemas en la práctica judicial. La primera cuestión que se plantea es por qué no se ha incluido la alternativa del lugar de ejecución. Una omisión que resulta todavía más sorprendente si tenemos en cuenta que el lugar de ejecución es el foro elegido y determinado en el propio derecho procesal griego para las oposiciones a la ejecución forzosa (art. 933 § 2 Código de Procedimiento Civil). La segunda duda que se presenta es cuál será el tribunal competente si el solicitante no tiene su domicilio en el país. De dejarse sin aclarar esta cuestión, los abogados y los jueces no tendrán otra alternativa que improvisar alguna solución, salvo que finalmente el Ministerio de Justicia promoviese alguna iniciativa legislativa para implementar del RB I bis⁴⁸.

⁴⁵ Así Bélgica, Bulgaria, República Checa, Estonia, Irlanda, España, Chipre, Luxemburgo, Hungría, Países Bajos, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia, y Suecia. En la misma línea, Alemania, si bien ha detallado los respectivos trámites, *vid.* § 1115 ZPO.

⁴⁶ Francia ha comunicado como tribunales competentes tanto el *Juge de l'execution* como el *Tribunal de Grand Instance*, dependiendo de la naturaleza de la resolución extranjera. Letonia declaró como competente el Tribunal de lugar de ejecución con respecto a las resoluciones extranjeras con carácter ejecutivo. Por otro lado, en cuanto a las solicitudes de denegación de reconocimiento, comunicó como competentes los tribunales del domicilio del solicitante (curiosamente se ha añadido el lugar de ejecución). Austria distingue entre el *Bezirksgericht* del lugar de ejecución, y el mismo tribunal, pero del domicilio de la persona o la sede de la entidad jurídica que resulten afectados por la resolución extranjera. Polonia ha elegido el tribunal regional, tanto del domicilio del deudor como del lugar de ejecución. Finlandia ha enviado la comunicación más elaborada: La solicitud de denegación debe presentarse, i. en el lugar de ejecución, o b. en el domicilio o la residencia habitual de la parte contra la que se haya instado la ejecución, o c. al TPI de la capital, si la parte contra la que se haya instado la ejecución no tiene domicilio en el país.

⁴⁷ https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-el-es.do?member=1.

⁴⁸ No cabe duda que esta sería la mejor opción. Pero desgraciadamente hay que subrayar que, al contrario de otros Estados miembros (Alemania, el Reino Unido, España, los Países Bajos), Grecia nunca ha implementado apropiadamente los Reglamentos de la UE relativos a la cooperación judicial en materia civil y mercantil.

3. El procedimiento de denegación

La tercera cuestión que presenta dudas es la de la naturaleza de los procedimientos para la denegación del reconocimiento y / o ejecución⁴⁹. Hasta ahora, en la mayoría de los casos se optaba por los procedimientos de jurisdicción voluntaria para el otorgamiento de la ejecutoriedad⁵⁰. Sin embargo, es obvio que este enfoque no se puede mantener en relación con los procedimientos previstos en los art. 45-51 RB I bis, ya que se trata de una clara controversia entre dos partes, que no se compadece con un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Por lo tanto, un cambio de modelo hacia un proceso contradictorio resulta inevitable⁵¹. Una vez más, sin embargo, la información que facilitan los Estados miembros está muy lejos de clarificar esta cuestión. Las comunicaciones se limitan a mencionar los tribunales competentes, omitiendo cualquier referencia a la naturaleza de los procedimientos específicos que deberían aplicarse. La cuestión tiene no obstante relevancia únicamente en el marco de la primera instancia, ya que de conformidad con las disposiciones internas de varios Códigos Procesales, el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia depende de la naturaleza del caso. Más allá de los procedimientos ordinarios, algunas pretensiones⁵² se sustancian a través de procesos especiales⁵³, que se rigen por un conjunto de normas procedimentales diferentes. Sin un acto de implementación o al menos una aclaración de los Estados miembros en cualquier forma (por ejemplo, decreto, resolución ministerial, disposición final), sólo cabe esperar que al menos a corto plazo, reine una cierta confusión.

4. La unificación de los procedimientos sobre denegación y oposición

El cuarto punto se refiere a la unificación de dos procedimientos hasta ahora independientes, es decir, el recurso contra el *exequatur* de conformidad con el art. 43 RB I, y la oposición a la ejecución según el Derecho interno. Sin duda, debe tenerse en cuenta que el considerando 30 del nuevo Reglamento intenta

⁴⁹ En detalle, J. Sladič, *ZEuS*, 2013, p. 356: “As far as foreign enforceable titles are concerned, such recourses might have the same role as the *exequatur* and are to be qualified as “proceedings concerned with the enforcement of judgments”. There seems to be a forum exclusive for such actions in the courts of the Member State in which the judgment has been or is to be enforced”.

⁵⁰ *Vid.*, v.gr., la solución adoptada por Grecia bajo el régimen tanto del CB como del RB I, en: A. Áncimos, Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Grecia, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1999, pp. 209 ss; A. Áncimos, *Aloc. cit.*, p. 589 ss.,

⁵¹ En este sentido, O. Lopes Pegna, *loc. cit.*, p. 1215, que subraya que hubiera sido deseable una indicación al respecto en el Reglamento.

⁵² Es decir, en materia de familia, laboral, títulos valores y arrendamientos.

⁵³ Sobre los procedimientos especiales en el Derecho griego, *vid.* P. Yessiou-Faltsi, *Civil Procedure in Hellas*, Atenas / La Haya, Sakkoulas / Kluwer, 1995, pp. 365 ss.

promover la uniformidad⁵⁴ y eficiencia⁵⁵ del sistema⁵⁶. Una vez más, sin embargo, las comunicaciones de los Estados miembros no contienen ninguna información al respecto: Ante la falta de criterios orientativos, sólo cabe esperar una dicotomía de soluciones. Lo más probable es que las partes inicien dos procedimientos como ocurría en el régimen anterior, es decir, uno según los art. 45–47 RB I bis⁵⁷, y otro en base al derecho procesal interno (oposición a la ejecución). En cualquier caso, debe tenerse presente lo estipulado en el art. 41.2º RB I a, que determina que “los motivos de denegación o de suspensión de la ejecución con arreglo al Derecho del Estado miembro requerido serán aplicables en la medida en que no sean incompatibles con los motivos mencionados en el art. 45”. De esta norma se concluye que el solicitante no podrá invocar motivos de denegación de la misma naturaleza que los previstos en el Reglamento, desvirtuando así el contenido del precepto comunitario⁵⁸.

⁵⁴ A favor de la acumulación de procedimientos, J. Maseda Rodríguez, “Motivos de denegación de la ejecución material de una resolución extranjera y motivos de denegación de su ejecutividad: Alegación y procedimiento de exequátur”, *Dereito*, vol. 22, 2013, pp. 265 ss.

⁵⁵ X. Kramer, *loc. cit.*, p. 361.

⁵⁶ Claramente a favor, D’ Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo nel Sistema del Regolamento N. 1215/2012*, *Riv. dir. proc.*, vol. LXVIII, 2013, p. 1050: “...non si tratterà più di un procedimento composto di due fasi, di cui l’una, necessaria, a cognizione sommaria e l’altra, eventuale, a cognizione piena ma, viceversa, di un giudizio a contraddittorio integro ed a cognizione piena”. Vid. también J. Sladič, *ZEuS*, 2013, p. 357: “Therefore it can be stated that the enforcement judge can perform the same review as the judge granting an exequatur, if he is not reviewing the substance of the foreign enforcement title. If recourses and remedies against enforcement measures can have the same effect as the refusal of the exequatur, then the intermediary proceedings may be merged with enforcement proceedings”. En relación con el reconocimiento hay que mencionar que el segundo párrafo del considerando 30 del Preámbulo, limita su denegación al supuesto de que concurran uno o más de los motivos previstos en el RR I bis.

⁵⁷ Vid. H.–P. Mansel, K. Thorn y R. Wagner, “Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts”, *IPRax*, 2013, p. 9, respecto a un recurso especial (*spezieller Rechtsbehelf*). De hecho, Alemania introdujo un nuevo recurso, *vid.* § 1115 ZPO (Versagung der Anerkennung oder der Vollstreckung). Como ya hemos expuesto, *vid.* H.–P. Mansel, K. Thorn y R. Wagner, “Europäisches Kollisionsrecht 2013: Atempause im status quo”, *IPRax*, 2014, p. 10, Alemania incorporó las respectivas disposiciones en su Ley de Enjuiciamiento Civil (§§ 1110–1117 ZPO), *vid.* art. 1 Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften, BGBl 2014, Teil I, Nr. 29, de 15 de Julio 2014, pp. 890 ss. Sobre las nuevas normas (§§ 1110–1117 ZPO), resumidamente, *vid.* H.–P. Mansel / K. Thorn / R. Wagner, “Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs”, *IPRax*, 2015, p. 11. En particular sobre el § 1115 ZPO, *vid.* la exposición de motivos en: Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz – Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften, Drucksache 18/823, de 17.03.2014, pp. 22 ss.

⁵⁸ Vid. X. Kramer, *NILR*, 2013, p. 360: “This means that domestic grounds relating to, for example, the disproportionality of enforcement means, prohibitions on seizing certain (primary) goods or abuse of rights, or indeed set-off, may generally be allowed. However, for example disputes on the service of documents or a violation of jurisdiction rules beyond those set out in the Regulation, or a re-examination of the facts or the applicable law are not allowed”. Se sobreentiende que esta prohibición

VII. Evaluación del nuevo sistema

Resulta evidente que el RB I bis responde al objetivo de facilitar la libre circulación de las resoluciones judiciales en el espacio común europeo, así como simplificar los trámites del reconocimiento y ejecución en el Estado requerido. No obstante, la cuestión que se plantea es si el nuevo sistema contribuirá a la aceleración del procedimiento y a la efectividad de los trámites a favor del acreedor⁵⁹.

Prima facie se puede afirmar que se han reforzado los medios de defensa del deudor frente a la sentencia extranjera: Bajo el régimen del RB I, el deudor podía recurrir tras la declaración de ejecutoriedad del título extranjero, es decir solo ante un tribunal de segunda instancia. En el nuevo sistema, el deudor ya tiene la posibilidad de oponerse en primera instancia. Parece evidente que con esta concesión se intenta compensar la supresión del procedimiento de execuatur. Una cosa distinta es si la posibilidad adicional del deudor a oponerse constituirá una importante carga para los tribunales de primera instancia. Si atendemos a los datos publicados en el Informe de Heidelberg⁶⁰, la respuesta no es afirmativa⁶¹. Por otra parte, la interposición de la solicitud de denegación puede implicar la adopción de medidas adicionales: Primero, la suspensión del procedimiento

no tiene relevancia en el ámbito de reconocimiento de resoluciones extranjeras, *vid.* A. Durán-Ayago, "Europeización del derecho internacional privado: Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial Europeo", *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 29, 2013, p. 32, n° 35. Subrayan el potencial de problemas interpretativos que se plantean, E. Gualco y G. Risso, *loc. cit.*, p. 669 ss.

⁵⁹ Manifiesta reservas, M.Á. Rodríguez-Vázquez, "Una nueva fórmula para la supresión del execuatur en la reforma del reglamento Bruselas I", *CDT*, vol. 6, n° 1, 2014, p. 347, n° 33: "A diferencia de lo que ocurre en el vigente Reglamento los plazos para la interposición de los recursos pertinentes van a ser los de la *lex fori* por lo que la ejecución podrá alargarse, más o menos en el tiempo, en función del Estado donde se solicite". En la misma línea, L. Timmer, "Abolition of Exequatur under the Brussels I Regulation: Ill Conceived and Premature?", *J. Priv. Int'l L.*, 2013, pp. 139-140. También, X. Kramer, *ibid.*: "...in spite of the abolition of the exequatur, actual enforcement and effectiveness will to a large degree be dependent upon the national law and practice of the Member States". Según J. Adolphsen, "Perspektive der Europäischen Union – Gegenwartsfragen der Anerkennung im Internationalen Zivilverfahrensrecht", en: B. Hess (Hrsg.), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V.*, 2014, p. 19, la solución adoptada supone un paso más en relación con el RB I, adelante frente al RB I, sino carece de la dinámica demostrada en el Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo, y su efectividad está condicionada a una igualdad de los sistemas jurídicos de que se presupone, pero que no se corresponde con la realidad.

⁶⁰ B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/C4/2005/03, 2007, pp. 221: "According to information obtained from lawyers in the Member States, most of the decisions on the declaration on enforceability are not appealed".

⁶¹ Así se desprende también de la práctica de los Tribunales griegos bajo el régimen del RB I: Los recursos contra las resoluciones dando fuerza ejecutiva a sentencias extranjeras oscilaron entre 10-20 cada año en todo el país.

conforme al art. 51.1º RB I bis⁶², y segundo, la posibilidad de limitar, condicionar o suspender el procedimiento de ejecución según el art. 44.1º RB I bis⁶³. Pero, además, al margen de las medidas establecidas en el RB I bis, la combinación de motivos de denegación con aquellos de oposición a la ejecución forzosa según el Derecho interno, ha sido aceptada con ciertas reservas en la doctrina⁶⁴. Como consecuencia, difícilmente podrá la supresión de *exequatur* tener los efectos deseados y perseguidos por el legislador comunitario de favorecer la libre circulación de resoluciones judiciales en la UE. La razón estriba en que la supresión del *exequatur* no equivale a la unificación o, al menos, a la armonización del derecho procesal interno⁶⁵, una carencia que bien podría suponer un obstáculo a la satisfacción de los intereses legítimos de los derechohabientes.

Dada la intención inequívoca del legislador comunitario de fusionar dos procedimientos en un único juicio⁶⁶, es inevitable reflexionar sobre la viabilidad, la eficacia, y la consonancia con el RB I bis de un proceso, en el que se examinen tanto los motivos de denegación como los motivos de oposición a la ejecución forzosa⁶⁷. En este punto resulta del todo necesaria la intervención activa y crea-

⁶² Posibilidad que se ofrece también más adelante, es decir, tras interposición del recurso o de un recurso ulterior según el art. 51 § 1 RB I bis.

⁶³ Vid. D. Schramm, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. XV, 2013/2014, pp. 167 ss, quien considera que estas medidas constituyen un riesgo de retrasos adicionales en la propia ejecución forzosa (*risk of longer delays to the actual enforcement*). Menos incisivo, P. De Miguel Asensio, "El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones", *La Ley*, Año XXXIV, nº 8013, pp. 1 ss = <http://eprints.ucm.es>, p. 16 (*importantes consecuencias sobre el desarrollo del procedimiento de ejecución*).

⁶⁴ Vid. X. Kramer, *NILR*, 2013, 370: *It is to be feared that since the procedure to invoke the grounds of refusal is fully governed by the national law of the state of enforcement, there will be a multitude of different procedures in the Member States instead of a single exequatur procedure. This will not enhance efficiency and transparency.* Y de lege ferenda la misma, *ibid*, p. 372: *The mishmash of different cross-border enforcement regimes, resulting in a fragmented and incoherent European civil procedure, requires a reconsideration of the most appropriate regime for the cross-border enforcement of judgments in the EU.*

⁶⁵ En detalle vid. J. Sladič, *ZEuS*, 2013, p. 345.

⁶⁶ Vid. el considerando 30 del Preámbulo.

⁶⁷ En este sentido, en el derecho italiano, O. Lopes Pegna, *ibid*, p. 1216, sobre la aplicación del art. 615 del Codice di Procedura Civile. En la misma línea, E. Gualco y G. Risso, *Dir. comm. int.*, vol. XXVIII, fasc. 3, 2014, p. 660. Esto implicaría cambiar la competencia material de los tribunales italianos, ya que tanto en relación con el CB como el RB I, Italia había comunicado que el tribunal competente era el Corte d'Appello. Según la comunicación del país conforme al art. 75 § 1 a RB I bis, los órganos jurisdiccionales antes los que se presentará la solicitud de denegación son los tribunales ordinarios (*Tribunale Ordinario*). Si aceptamos que bajo el término *Tribunale Ordinario* se puede subsumir *il giudice dell'opposizione all'esecuzione* (como propuso O. Lopes Pegna, *ibid*), resulta que esta postura se impondrá probablemente en el corto plazo en la práctica jurídica italiana. La situación dista mucho de ser clara en el ordenamiento jurídico griego, debido a la falta de un decreto / una disposición que incorpore el RB I bis al Derecho interno. Sobre posibles soluciones que eviten fricciones innecesarias, vid. A. Áncimos, "Las modificaciones en el capítulo sobre reconocimiento y ejecución", *Armenópulos* 2013,

tiva de los legisladores nacionales, no sólo para definir y dotar de todas sus características a este nuevo procedimiento de carácter híbrido⁶⁸, sino también para colmar la laguna existente en relación con el plazo para la interposición de la solicitud⁶⁹. Al mismo tiempo hay que tener en cuenta que la previsión que se incluye en el cdo. n° 30 del Preámbulo no resulta aplicable a la solicitud de denegación de reconocimiento, tal y como deriva inequívocamente del tenor literal de dicho considerando⁷⁰.

VIII. Conclusiones

Según dispone el art. 81 RB I bis, a partir del 10 de Enero 2015 se aplica el nuevo Reglamento en el Espacio Común Europeo. Una de las principales novedades del nuevo régimen jurídico del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras es la solicitud de denegación del reconocimiento. El escaso tiempo transcurrido necesariamente ha limitado el objeto de este trabajo a realizar una primera aproximación a este nuevo instrumento, a la espera de que la práctica judicial en los distintos Estados miembros permitan con el tiempo llevar a cabo una valoración más profunda del mismo y extraer unas conclusiones más concluyentes.

El trabajo se hace eco de las primeras aportaciones de la doctrina, que mayoritariamente ha acogido con reservas la estructura del nuevo procedimiento, en buena medida por su escueta regulación, dejándose su concreción y trámites a las leyes procesales de los Estados miembros. Desde este punto de vista resulta

pp. 2087 ss (en Griego), que en resumen defiende propuestas semejantes a las formuladas por la doctrina italiana.

⁶⁸ En este punto, respecto del derecho italiano, E. Gualco y G. Risso, *Dir. comm. int.*, vol. XXVIII, n° 3, 2014, pp. 661 ss. Según mi propia experiencia en el TPI de Tesalónica, el tiempo que aproximadamente transcurre entre la interposición hasta la celebración de la vista oscila entre 3-4 meses, mientras que el tiempo requerido para la publicación de la decisión sobre la oposición a la ejecución en virtud del art. 933 del Código de Procedimiento Griego oscila entre 4-6 meses. A estos meses hay que añadir un mes adicional, que es el que se tarda en obtener una copia certificada de la sentencia. Así que puede transcurrir casi un año hasta que concluya la oposición. Siendo así, de cumplirse lo expresado en el considerando 30 del Preámbulo, se necesitará más o menos un año para dictaminar tanto sobre la solicitud de denegación como sobre la oposición a la ejecución forzosa.

⁶⁹ Este problema se ha debatido en detalle desde el punto de vista del derecho procesal italiano, *vid.* D' Alessandro, *Riv. dir. proc.*, vol. LXVIII, 2013, p. 1050 ss, aunque Italia no ha adoptado ninguna norma sobre la materia.

⁷⁰ *Cuanto una parte se oponga a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro...* De ahí la propuesta de O. Lopes Pegna, *ibid.*, p. 1217 s., de establecer un nuevo procedimiento *ad hoc* y de carácter contradictorio para los litigios de los art. 36 § 2, y Art. 45 § 4 RB I bis, y adoptando el remedio nacional previsto en el art. 67 L. 218/1995, es decir, el procedimiento sumario de *cognizione*. *Vid.* también E. Gualco y G. Risso, *Dir. comm. int.*, vol. XXVIII, n° 3, 2014, p. 661.

imprescindible que los países adopten las medidas legislativas⁷¹ necesarias que aborden al menos los siguientes aspectos:

- El procedimiento específico sobre denegación de reconocimiento y ejecución.
- Los plazos para la interposición de la solicitud
- La determinación del foro competente
- Eventualmente, adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar la mayor celeridad posible en la tramitación del procedimiento.

Bibliografía

- Adolphsen, J.: “Konsolidierung des Europäischen Zivilverfahrensrechts”, *Recht ohne Grenzen. Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, 2012, pp. 1 ss.
- Adolphsen, J.: “Perspektive der Europäischen Union – Gegenwartsfragen der Anerkennung im Internationalen Zivilverfahrensrecht”, en: B. Hess (Hrsg.), *Die Anerkennung im Internationalen Zivilprozessrecht – Europäisches Vollstreckungsrecht, Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V.*, 2014, pp. 1 ss.
- Áncimos, A.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en Grecia”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 1999, pp. 209 ss.
- Áncimos, A.: “Las modificaciones en el capítulo sobre reconocimiento y ejecución”, *Armenópulos* 2013, pp. 2087 ss. (en Griego).
- Áncimos, A.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras según el Reglamento Bruselas I en Grecia”, *AEDIPr*, 2013, pp. 587 ss.
- Arenas García, R.: “Abolition of exequatur: Problems and solutions. Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgments: Too Many Words in the Sea”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 12, 2010, pp. 351 ss.
- Beaumont P. y Johnston, E.: “Can exequatur be abolished in Brussels I whilst retaining a public policy defence?”, *J. Priv. Int'l L.*, vol. 6, 2010, pp. 249 ss.

⁷¹ Aparte de la legislación adoptada por la República Federal de Alemania (vi. Arriba, nota 57), cabe mencionar las iniciativas tomadas por los siguientes Estados miembros: El Reino Unido promulgó el *Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) Regulations 2014*, vid. *Statutory Instrument* 2014 No. 2947, y en vigor desde el 10 de enero 2015, las nuevas directivas prácticas (*Practice Directions*) bajo el No 74 A, suplementarias de los *Civil Procedure Rules*. Escocia promulgó el *Act of Sederunt (Rules of the Court of Session Amendment) (Regulation (EU) No. 1215–2012) 2015*, el cual facilita a los practicantes del país mediante formularios jurídicos. Los países bajos promulgaron la ley de 22 de enero 2014, añadiendo los arts. 7–13 en la sección tercera de la ley sobre la ejecución comunitaria (*Uitvoering EU-Executieverordening*), vid. *Staatsblad* 40/2014, en vigor desde el 10 de enero 2015, vid. artículo único del decreto del 15 de diciembre 2014, sobre la entrada en vigor de la ley antedicha, *Staatsblad* 541/2014. Finalmente, Polonia ha modificado su LEC, añadiendo el art. 795, sobre los certificados relativos a resoluciones, transacciones y otros títulos ejecutivos en materia civil y mercantil (*Zaświadczenia dotyczące orzeczeń, ugód i innych tytułów egzekucyjnych w sprawach cywilnych i handlowych*), *Dziennik Ustaw* (BOE), Poz. 2, de 2 de enero 2015, p. 3.

- : “Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?”, *IPRax*, 2010, pp. 105 ss.
- Briggs, A.: *The Conflict of Laws*, tercera edición, 2013.
- Carruthers, J.M.: “The Brussels I Regulation recast”, *S.L.T.*, 2011, pp. 31 ss.
- Crawford, E.B./ Carruthers, J.M.: “Brussels I bis – the Brussels Regulation recast: closure (for the foreseeable future)”, *S.L.T.* 2013, pp. 89 ss.
- Cuniberti, G.: “Some Remarks on the Efficiency of Exequatur”, *Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag*, 2011, pp. 568 ss.
- Cuniberti, G. / Rueda, I.: “Abolition of exequatur – addressing the Commission’s concerns”, *RabelsZ*, 2011, pp. 287 ss.
- De Miguel Asensio, P.: “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley*, Año XXXIV, nº 8013, pp. 1 ss. = <http://eprints.ucm.es>.
- Dickinson, A.: “Surveying the proposed Brussels I bis Regulation – Solid foundations but renovation needed”, *Yearb. Priv. Int’l L.*, vol. 12, 2010, pp. 251 ss.
- Durán–Ayago, A.: “Europeización del derecho internacional privado: Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial Europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 29, 2013, p. 1 ss.
- Gualco, E. / Rizzo, G.: “Il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni giudiziarie nel Regolamento Bruxelles I bis”, *Dir. comm. int.*, vol. XXVIII, Fasc., 2014, pp. 658 ss.
- Hess, B., Pfeiffer, T. y Schlosser, P.: Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, *Study JLS/C4/2005/03*, 2007.
- Hess, B.: “Abgestufte Integration im Europäischen Zivilprozessrecht”, *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 237 ss.
- Hess, B.: “Die Reform der EuGVVO und die Zukunft des Europäischen Zivilprozessrechts”, *IPRax*, 2011, pp. 128 ss.
- Hess, B.: “The Brussels I Regulation: Recent case law of the Court of Justice and the Commission’s proposed recast”, *Common Market L.Rev.*, 2012, pp. 1101 ss.
- Kramer, X.: “Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: effecting and protecting rights in the European judicial area”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011 (4), pp. 633 ss;
- Kramer, X.: “Cross–Border Enforcement and the Brussels I–Bis Regulation: Towards A New Balance Between Mutual Trust and National Control over Fundamental Rights”, *Netherlands International Law Review*, Vol. 60, 2013, pp. 352 ss.
- Kruger, T.: “Civil Jurisdiction and the issue of legislating for the EU”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 6, 2010, pp. 514 ss.
- Kuipers, J.J.: “The right to a fair trial and the free movement of civil judgments”, *CYELP*, Vol. 6, 2010, pp. 23 ss.
- Lazic, V.: “Procedural Justice for ‘Weaker Parties’ in Cross–Border Litigation under the EU Regulatory Scheme”, *Utrecht L. Rev.*, vol. 10, 2014, nº 4, pp. 114 ss;
- Lopes Pegna, O.: “Il regime di circolazione delle decisioni nel Regolamento (UE) N. 1215/2012 («Bruxelles I–bis»)", *Riv. dir. int.*, vol. XCVI, nº 4, 2013, pp. 1206 ss.
- Mansel, H.P.: “Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen”, *IPRax*, 2012, pp. 1 ss.

- Mansel, H.-P., Thom, K. y Wagner, R.: "Europäisches Kollisionsrecht 2012: Voranschreiten des Kodifikationsprozesses – Flickenteppich des Einheitsrechts", *IPRax*, 2013, pp. 1 ss.
- Mansel, H.-P., Thom, K. y Wagner, R.: "Europäisches Kollisionsrecht 2013: Atempause im status quo", *IPRax*, 2014, pp. 1 ss.
- Mansel, H.-P. y Thom, K./ Wagner, R.: "Europäisches Kollisionsrecht 2014: Jahr des Umbruchs", *IPRax*, 2015, p. 1 ss.
- Maseda Rodríguez, J.: "Motivos de denegación de la ejecución material de una resolución extranjera y motivos de denegación de su ejecutividad: Alegación y procedimiento de exequátur", *Dereito*, vol. 22, 2013, pp. 265 ss.
- Meškić, Z. / Radončić, D.: Brussels I Recast and the South-East Europe, *Revija za evropsko pravo*, vol. XV, 2013, 1, pp. 73 ss.
- Nielsen, P.: "The Brussels Regulation", *Common Market L. Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 526 ss.
- Oberhammer, P.: "The abolition of exequatur", *IPRax*, 2010, pp. 197 ss.
- Pohl, M.: "Die Neufassung der EuGVVO – im Spannungsfeld zwischen Vertrauen und Kontrolle", *IPRax*, 2013, pp. 109 ss.
- Rodríguez-Vázquez, M.Á.: "Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del reglamento Bruselas I", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, N° 1, 2014, pp. 330 ss.
- Rogerson, P.: *Collier's Conflict of Laws*, 4ª ed., 2013.
- Schramm, D.: "Enforcement and the abolition of exequatur under the 2012 Brussels I Regulation", *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. XV, 2013/2014, pp. 149 ss.
- Schilling, T.: "Das Exequatur und die EMRK", *IPRax*, 2011, pp. 31 ss.
- Schlosser, P.: "The abolition of exequatur proceedings – Including public policy review?", *IPRax*, 2010, pp. 101 ss.
- Scholz, F.: "Alles neu im Europäischen Zivilprozessrecht?", *Ecolex*, 2015, pp. 5 ss.
- Škerl, J.K.: "European public policy (with an emphasis on exequatur proceedings)", *J. Priv. Int. L.*, vol. 7, 2011, pp. 461 ss.
- Sladić, J.: "The remedies and recourses in European civil procedure after the intended abolition of the exequatur", *ZEUS*, 2013, pp. 354 ss.
- Stanivuković, M.: "Recasting of the Brussels I Regulation and its Impact upon Third Countries, in Particular Serbia", *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law*, 2011, pp. 91 ss.
- Takahashi, K.: "Review of the Brussels I Regulation: A comment from the perspectives of non-member states (third states)", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 8.1, 2012, pp. 1 ss.
- Timmer, Lauens JE: "Abolition of exequatur under the Brussels I Regulation: Ill Conceived and Premature?", *J. Priv. Int'l L.*, 2013, p. 129 ss.
- Vébraité, V.: "Future of the public policy clause in EU civil procedure", *Current Issues of Business and Law*, 2011, pp. 250 ss.
- Yessiou-Faltsi, P.: *Civil Procedure in Hellas*, Atenas / La Haya, Sakkoulas / Kluwer, 1995.
- Žebre, M.: The Revision of Brussels I Regulation and the Abolition of Exequatur, *LeXonomica*, vol. 2, 2010, pp. 426 ss.

**PARTICULARIDADES EN MATERIA DE
RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE
EJECUTIVIDAD EN ESPAÑA DE ACUERDOS DE
MEDIACIÓN DICTADOS EN EL EXTRANJERO (LEY
5/1012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS
CIVILES Y MERCANTILES)**

Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR *

SUMARIO: I. La mediación como método de resolución extrajudicial en los conflictos transfronterizos entre particulares. II. La teoría del reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales aplicada a los acuerdos de mediación. III. El reconocimiento y declaración de ejecutividad en España de acuerdos de mediación dictados en el extranjero: 1. Acuerdos de mediación dictados en un Estado Miembro que pretendan ejecutarse en España. 2. Acuerdos de mediación dictados en un Estado no Miembro que pretendan ejecutarse en España: A) Sistema convencional (art. 951 LEC/1881); B). El sistema de control autónomo (art. 954 LEC/1881) en defecto de Convenio bilateral o multilateral. IV. El proceso de ejecución en España de un acuerdo de mediación dictado en el extranjero. V. Reflexiones finales.

RESUMEN: Para que los acuerdos de mediación desplieguen sus efectos más allá del territorio en el que han sido adoptados, requieren un previo reconocimiento y/o una declaración de ejecutividad. Una teoría que se construye en base a lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 mayo 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y en las correspondientes transposiciones nacionales (en España, la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles) que, a su vez, obliga a tener en cuenta lo dispuesto en las fuentes ya existentes en materia de ejecutur en relación con las resoluciones judiciales y extrajudiciales. El presente estudio se centra en poner de relieve las particularidades que plantea el reconocimiento y declaración de ejecutividad en España de un acuerdo de mediación, atendiendo a la especial naturaleza del mismo.

PALABRAS CLAVE: MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES TRANSFRONTERIZA – ACUERDO DE MEDIACIÓN– CARÁCTER EJECUTIVO DEL ACUERDO DE MEDIACIÓN –RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE EJECUTIVIDAD.

* Profesora Contratada Doctora. Área de Derecho Internacional Privado. Universidad de las Islas Baleares.

ABSTRACT: *Special Features in the Field of the Enforceability in Spain of Foreign Agreements Resulting from Mediation (Law 5/2012 on July 6, Mediation in Civil and Commercial Matters)*

For mediated agreements produces its effects beyond the territory in which they have been adopted, require prior recognition and enforcement. A theory that builds on the provisions of Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters and the national transpositions (in Spain the Law 5/2012 on July 6, mediation in civil and commercial matters) which, in turn, entails taking into account the provisions already existing in the area of judicial and extrajudicial decisions executatur. This study focuses on highlighting the particularities concerning the recognition and enforcement of mediation agreements in Spain taking into account the special nature of it.

KEY WORDS: CROSS-BORDER MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS – MEDIATION AGREEMENTS – ENFORCEABILITY OF AGREEMENTS RESULTING FROM MEDIATION – RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF SETTLEMENTS.

I. La mediación como método de resolución extrajudicial en los conflictos transfronterizos entre particulares

La mediación, definida como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su conflicto con la ayuda de un mediador, representa una excelente oportunidad para resolver litigios transfronterizos entre particulares¹.

La mediación se inserta en el actual sistema de resolución de conflictos extrajudiciales, si bien con características y ventajas funcionales diferentes al arbitraje; a la negociación; a la transacción y a la conciliación. Ciertamente es que la mediación no es una novedad del actual sistema de métodos alternativos a la vía judicial. No en vano, este sistema tiene sus antecedentes en las *Alternative Dispute Resolution* (ADR), cuya eclosión se fecha en el año 1976 en EE UU, si bien con raíces históricas anteriores que nos sitúan incluso en el siglo V a.C. Quizás la novedad radica en su actual regulación, que avala la defensa de la mediación como un método eficaz en la resolución de asuntos civiles y mercantiles, sobre los que las partes tengan poder de decisión, como pueda ser en asuntos de familia, seguros, responsabilidad civil, conflictos sucesorios o conflictos dentro de la empresa familiar². Así, en el ámbito internacional y desde junio de 2002, las

¹ Definición legal contemplada en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 mayo 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (art. 3, ap. a.).

² Vid. al respecto, M.P. Diago Diago, "Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado", A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (coord), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, 2008, pp. 265-298; C. Marques Cebola, *La mediación*, Madrid, Mar-

Naciones Unidas apostaron por la mediación, aprobando la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional. Dicha Ley Modelo contiene un régimen uniforme de los procedimientos de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. La Ley Modelo regula los aspectos procesales de la mediación, como son la designación de conciliadores, el inicio y la clausura del procedimiento, la sustanciación de las actuaciones, la comunicación entre el conciliador y las partes, la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos, así como ciertas cuestiones ulteriores a la conciliación como pudiera ser la actuación del conciliador a título de árbitro y la ejecutoriedad del denominado acuerdo de transacción.

Por su parte, el trabajo de la Conferencia de La Haya en las décadas recientes refleja la creciente importancia de la mediación y otros métodos para alcanzar acuerdos amistosos en el marco del derecho de familia internacional. Fruto de dicho trabajo es la Guía de Buenas Prácticas sobre Mediación en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores³.

En el ámbito europeo, se ha establecido un marco para la promoción de la mediación a través de la promulgación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 mayo 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴ —en adelante, Directiva 2008/52/CE—. La Directiva nació con un espíritu de reglar un método eficaz para la resolución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, alternativo a la vía judicial, que contribuyese al mejor funcionamiento del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Se trataba de facilitar y mejorar el acceso a la justicia, estableciendo una serie de principios fundamentales que permitiesen el desarrollo y funcionamiento adecuado de la mediación en litigios transfronterizos. La Directiva 2008/52/CE establece la legislación marco únicamente de procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, sin que ello impida que los Estados miembros apliquen tal marco jurídico a procedimientos de mediación de carácter

cial Pons, 2013, pp. 32–36, siguiendo a L. Parkinson, *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Barcelona, 2005, p. 23; P. Blanco –Morales Limones y D. M. Moreno Hurtado, “La Directiva 2008/52/CE y su transposición al ordenamiento español”, F. Lopez Simó y F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 22 ss; C. Rogel Vide, “Mediación y transacción en el Derecho civil”, en C. Fernández Canales (coord.), *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Madrid, 2010, p. 19.

³ Disponible en <http://www.hcch.net>

⁴ DO L 136 de 24.5.2008.

nacional⁵. En España, la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶ —en adelante Ley 5/2012—, incorpora la Directiva 2008/52/CE y comprende los acuerdos fruto de una mediación de carácter nacional o interno, o bien fruto de un conflicto transfronterizo.

La clave para que dicho sistema tenga éxito en la resolución de conflictos transfronterizos entre particulares reside en la fuerza vinculante y ejecutiva que dichos acuerdos puedan tener más allá del Estado en el que han sido dictados. Muy ilustrativo resulta el considerando 19 de la Directiva 2008/52/CE cuando precisa que “la mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva [...]”. Si bien es cierto que la voluntariedad de las partes en el sometimiento a la mediación es requisito sine qua non y, por tanto, es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y de forma amistosa entre las partes, lo cual evitaría el recurso a la ejecución forzosa del mismo en caso de incumplimiento. Ello no obstante, las partes entienden que la eficacia del acuerdo es un elemento de garantía. En este sentido, tanto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional como la Directiva 2008/52/CE predicen el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación, pero no obligan a los Estados a que así lo contemplen en su legislación. Precisamente uno de los principales problemas con los que se encuentra la mediación radica en

⁵ En relación al carácter transfronterizo del conflicto sometido a mediación, *vid.* art. 3 Ley 5/2012: “Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquel en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable”. Sobre la mediación transfronteriza, *vid.* M. Gómez Jené, “El carácter transfronterizo del conflicto sometido a mediación”, en *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, F. Lopez Simó y F.F. Garau Sobrino (coords.), *op.cit.*, pp. 205 ss; R. Arenas García, “La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Derecho internacional privado”, *Arbitraje*, vol. VI, nº 1, 2013, pp. 175–182. *Vid.* también G. Palao Moreno, “Mediación y Derecho internacional privado” y G. Moreno Cordero, “La mediación en las situaciones transfronterizas: una aproximación crítica al proyecto de ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, ambos trabajos en E.M. Vázquez Gómez, M. D. Adam Muñoz, N. Cornago Prieto, *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, 2013, pp. 649–674 y pp. 695–706, respectivamente; M.I. López-Barajas Perea, “La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más para la creación de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, 2012; J.M. Bosnak, “The European Mediation Directive: More Questions than Answers”, A. Ingen-Housz, *ADR Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol.II, Kluwer International, 2011, pp. 625 ss.

⁶ BOE, 7–VII–2012.

las diferentes aproximaciones de los Estados sobre la naturaleza jurídica y el carácter ejecutorio de los acuerdos de mediación.

A nivel europeo, la Directiva predica el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación, con dos salvedades: que el contenido de ese acuerdo fuera contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud o bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo (art. 6, apartado primero de la Directiva 2008/52/CE). A su vez, la Directiva 2008/52/CE prevé que el contenido del acuerdo de mediación adquiera carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o bien acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, siempre de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud (art. 6, ap. 2º Directiva 2008/52/CE). Así, los Estados miembros facilitan mecanismos para otorgar carácter ejecutivo al acuerdo de mediación; a modo de ejemplo, la elevación a escritura pública en España y Alemania, la homologación judicial en Francia, Bélgica y Luxemburgo y la solicitud de una resolución judicial de ejecutividad en Inglaterra y Gales.

Sin embargo, algunos Estados no reconocen el carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación, de tal forma que se entiende el acuerdo de mediación como un acuerdo vinculante entre las partes. El incumplimiento del acuerdo de mediación implica, en consecuencia, un incumplimiento del contrato. Por el contrario, otros Estados como Portugal, Italia, Croacia y Alemania reconocen el carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación⁷.

El ordenamiento jurídico español declara la ejecutividad de los acuerdos de mediación alcanzados en un procedimiento de mediación sustanciado en España (art. 25 Ley 5/2012). Sin embargo, para los acuerdos logrados en otro Estado se deberá atender a la naturaleza que se le haya otorgado ese Estado de origen, conforme a la *lex fori*. La Ley 5/2012, contempla el supuesto en el que el acuerdo de mediación dictado en el extranjero no tuviera el carácter ejecutivo. En tales casos, el art. 27.2º determina que sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento de las demás. La disparidad en el tratamiento del carácter ejecutorio de los acuerdos de mediación en el ámbito europeo con-

⁷ Para un análisis in extenso sobre este aspecto, véase C. Espluges Mota, "Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC", C. Espluges Mota (ed.), *Civil and Commercial mediation in Europe. Cross-Border Mediation*, vol. II, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersitia, 2014, pp. 511 ss. Sobre el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación en España, véase C. Senés Motilla, "El acuerdo de mediación y su ejecución", F. Lopez Simó y F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, op.cit., pp. 289 ss.

tribuye, sin duda, a generar obstáculos en relación a la libre circulación de los acuerdos de mediación entre los Estados miembros⁸.

A nivel extracomunitario el tratamiento del carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación es también heterogéneo. Si bien la mayoría de Estados de la Comunidad Internacional dotan de fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación alcanzados en sede judicial o arbitral, que gozan de la eficacia ejecutiva de una sentencia o un laudo arbitral, mientras que aquellos acuerdos alcanzados por las partes fuera de un procedimiento judicial o arbitral ostentan naturaleza jurídica contractual y como tal deberán ser ejecutados. Es el caso de la Federación Rusa; la República Popular China o los Estados Unidos. Otros países como Brasil no cuentan ni tan siquiera con una norma que regule la mediación en materia civil y mercantil⁹.

A mayor abundamiento, la ejecución de un acuerdo de mediación adoptado en un país distinto al país en el que se pretende ejecutar encuentra otro problema añadido, relacionado con la teoría general del *execuatur* de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales. Tanto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (art. 14) como la Directiva 2008/52/CE entienden aplicables las disposiciones sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales a los acuerdos de mediación. Ello supone que, para que un acuerdo de mediación despliegue sus efectos más allá del territorio en el que ha sido adoptado, es necesario someter dicho acuerdo a un previo reconocimiento y, en caso necesario, a una declaración de ejecutividad. Una vez convertido el acuerdo de mediación en título ejecutivo, mediante la concesión del efecto ejecutivo a través de la declaración de ejecutividad, ya es posible ejercitar el proceso de ejecución.

II. La teoría del reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales, aplicada a los acuerdos de mediación

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, con un lenguaje un tanto ambiguo, propone incorporar “una descripción del me-

⁸ En la misma línea, G. Palao Moreno, “Enforcement of Foreign Mediation Agreements within the European Union”, J.-S. Bergé; S. Francq y M. Gardeñes Santiago (ed.), *Boundaries of European Private International Law*, Louvain, Bruylant, 2015, pp. 74-83.

⁹ Para un análisis *in extenso*, vid. J.R. Navas Glembottzky, “El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional. Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones”, *InDret*, 2014, 2, p. 4. Accessible at: www.indret.com.

dio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad”¹⁰, lo cual se entiende como una remisión a las fuentes existentes en sede de reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales, en defecto de una regulación específica en dicha materia para los acuerdos de mediación. A nivel europeo, el procedimiento para que un acuerdo de mediación pueda desplegar sus efectos más allá del territorio en el que ha sido adoptado viene contemplado en la Directiva 2008/52/CE al establecer en los considerandos 20 y 21: “El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) nº44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, o del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”. Dicha idea queda plasmada en el art. 6.4º de la Directiva, en el que se hace extensible las normas sobre el reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones a los acuerdos de mediación: “Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el ap. 1”.

Siendo así, a los acuerdos de mediación se les aplica la teoría general del executur de las resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales, si bien dicha teoría debe ser interpretada junto con lo dispuesto en la Directiva 2008/52/CE y en las correspondientes transposiciones nacionales (en España, la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). El resultado de todo ello será un replanteamiento de la teoría general del executur, fruto de la combinación de la teoría general del executur de resoluciones extranjeras, documentos públicos y transacciones judiciales, con lo dispuesto en la normativa específica en materia de mediación. En consecuencia, aplicaremos dicha teoría a los acuerdos de mediación basándonos en cuatro ideas fundamentales, extraídas de la teoría general aplicada al reconocimiento de las resoluciones extranjeras, documentos públicos y transacciones judiciales¹¹:

¹⁰ Art. 14. *Ejecutoriedad del acuerdo de transacción*. Si las partes llegan a un acuerdo por el que se resuelva la controversia, dicho acuerdo será vinculante y susceptible de ejecución [los Estados promulgantes podrán incorporar una descripción del medio de ejecución de los acuerdos de transacción o remitirse a las disposiciones que rijan su ejecutoriedad].

¹¹ Vid. F.F. Garau Sobrino, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 25 ss. *Id.*, “Reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro”, *loc.cit.*, pp. 297 ss. *Id.*,

Es imprescindible distinguir entre reconocimiento; declaración de ejecutividad y proceso de ejecución:

La obtención del reconocimiento de un acuerdo de mediación supondrá el despliegue de una serie de efectos jurídicos. En el ámbito de las resoluciones judiciales se derivan los efectos de cosa juzgada material, el efecto preclusivo, el constitutivo, los derivados de la intervención de terceros y el de tipicidad¹². El más destacable en el ámbito de la mediación es el efecto de cosa juzgada material, quedando el resto de los efectos mencionados relegados al ámbito de las sentencias. Desde la perspectiva del Derecho procesal civil español, se aplica la teoría de la extensión de los efectos, la cual considera que el ordenamiento jurídico del Estado de origen (esto es, el Estado en el que radica el órgano jurisdiccional que ha adoptado la resolución que pretende ser reconocida y declarada ejecutiva en España) es el que determinará los efectos que desplegará la resolución, extendiéndose éstos al Estado requerido en virtud del reconocimiento¹³. Siendo así, el reconocimiento de un acuerdo de mediación dictado en el extranjero desplegará en España los efectos que el ordenamiento jurídico del Estado de origen otorga a dicho acuerdo. A los efectos del ordenamiento jurídico español, la eficacia de cosa juzgada del acuerdo de mediación es controvertida, teniendo en cuenta el silencio de la Ley 5/2012 al respecto. Ahora bien, atendiendo al carácter negocial del acuerdo de mediación, se entiende que el acuerdo de mediación y la transacción participan de una misma naturaleza jurídica, por lo que la doctrina hace extensible la eficacia del acuerdo transaccional –novatoria y excluyente–, muy próxima a la eficacia de cosa juzgada de las sentencias firmes, aunque no idéntica¹⁴.

Por su parte, la declaración de ejecutividad de un acuerdo de mediación concede a éste el efecto ejecutivo, esto es, lo convierte en título ejecutivo necesario para ejercitar el proceso de ejecución. En materia de declaración de ejecutividad no se aplica la extensión de los efectos del Estado de origen al requerido, puesto que la ejecutividad de la resolución en el país de origen vincula únicamente a los

Lecciones de Derecho procesal civil internacional, Palma, Universitat de les Illes Balears. Col·lecció Materials Didàctics, 99, 2008, p. 119 ss.

¹² Vid. F.F. Garau Sobrino, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, op. cit., pp. 39 ss.

¹³ Vid. F.F. Garau Sobrino, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, op. cit., p. 122 ss; id., *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, op.cit., pp. 39 ss. STJUE 4 febrero 1988, as. 145/86: *Hoffmann, Rec.*, 1988, pg. 645, NM 11 (TJCE 1988, 92). El art. 26 CB es el precepto equivalente al art. 36 Reglamento 1215/2012.

¹⁴ Vid. C. Senés Mottilla, “El acuerdo de mediación y su ejecución”, F. Lopez Simó y F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, loc.cit., pp. 289 ss. Sobre el tratamiento procesal de la cosa juzgada véase A. De la Oliva Santos, “La cosa juzgada civil”, en A. De la Oliva Santos, A. y I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004, NM 71bis ss.

órganos del país en el que se pretenda su ejecución. En este caso se aplica la teoría de la equiparación de los efectos, esto es, el país requerido concede a la resolución extranjera el efecto ejecutivo, equiparándola a las resoluciones nacionales. Téngase en cuenta que, los Estados miembros pueden negar el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación, si el contenido de ese acuerdo fuera contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud o bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo (art. 6, apartado primero de la Directiva 2008/52/CE), con lo cual la Directiva confirma la teoría de la equiparación de los efectos.

i) Una vez obtenido el reconocimiento y la declaración de ejecutividad del acuerdo de mediación, ya es posible ejercitar el proceso de ejecución, entendido como el proceso en el que se despliega la actividad coactiva del Estado que ha declarado previamente la ejecutividad de dicho acuerdo¹⁵.

ii) La segunda idea es que el reconocimiento de un acuerdo de mediación es presupuesto de su declaración de ejecutividad.

iii) La tercera, tan sólo precisarán de la declaración de ejecutividad los acuerdos con pronunciamientos ejecutivos, esto es, con pronunciamientos de condena, mientras que los acuerdos de mediación con pronunciamientos meramente constitutivos o declarativos desplegarán sus efectos con el simple reconocimiento de dicho acuerdo. Sirva como ejemplo un acuerdo de separación matrimonial, cuya obligación especificada en el acuerdo no tenga fuerza ejecutiva por su propia índole sino meramente declarativa. Esto es así porque el reconocimiento y la declaración de ejecutividad son actos procesales independientes que tienen distintas funciones y de los que se derivan efectos distintos.

iv) Por último, esta teoría general se aplica cuando se trata de resoluciones judiciales pero no en los documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales, los cuales únicamente precisan de la declaración de ejecutividad y no del reconocimiento. Siendo así, se deberá atender a la naturaleza del acuerdo de mediación que pretenda ser ejecutado en un país distinto al de aquel país en el que fue dictado: si el contenido del acuerdo resultante de la mediación adquiere su carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional, éste debe someterse al reconocimiento y declaración de ejecutividad. Sin embargo, si lo hace mediante un documento público con

¹⁵ Vid., en relación con los efectos de las resoluciones extranjeras, F.F. Garau Sobrino, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, op.cit., pp. 113 ss. Id., *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, op.cit., p. 119.

fuerza ejecutiva, éste precisará únicamente la declaración de ejecutividad y no del reconocimiento.

III. El reconocimiento y declaración de ejecutividad en España de acuerdos de mediación dictados en el extranjero.

Todo acuerdo resultante de la mediación dictado fuera de España necesitará el previo reconocimiento y/o declaración de ejecutividad para ser ejecutado (proceso de ejecución) en España. Siendo España el Estado requerido, será la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁶, que incorpora la Directiva 2008/52/CE, la que determine el marco legal para el reconocimiento y/o declaración de ejecutividad del acuerdo de mediación, si bien ésta remite a las fuentes ya existentes en relación con las resoluciones judiciales y extrajudiciales.

En el ordenamiento jurídico español, el reconocimiento y declaración de ejecutividad de una resolución extranjera en España (en consecuencia, de un acuerdo de mediación) viene regulado por los sistemas que contempla la LEC/1881 (arts. 951 a 954)¹⁷. Así, en primer lugar, se deberá atender al sistema convencional o basado en normas de origen no interno (art. 951); en defecto de convenio o norma de la Unión Europea se deberá atender al sistema de reciprocidad (arts.

¹⁶ BOE, 7-VII-2012.

¹⁷ Dichos artículos continúan aplicándose hasta que se apruebe la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil. Véase la Disposición derogatoria única, ap. 1, inciso 3º de la LEC. En la fecha de esta publicación contamos con el Proyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (*BOCG-Congreso*, Serie A, nº 149-1, de 30-IV-2015). La Disposición final primera modifica el art. 27 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, el cual quedaría redactado en los siguientes términos: “art. 27. Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos. 1. Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación se producirá en la forma prevista en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil. 2. Un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás. 3. El documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte contrario al orden público español.” En este sentido, el Proyecto de Ley regula en el título V el reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, manteniendo un procedimiento especial de ejecución, cuyo objeto es declarar, a título principal, el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, la declaración de ejecutividad de la misma. La reforma de los arts. 951 a 958 LEC es, sin duda, una de las más necesitadas en estos momentos pues el diseño actual de 1881 no se coordina con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni con leyes especiales modernas o con la más autorizada doctrina. *Vid.*, al respecto, el comentario al Proyecto de Ley de F. Garau Sobrino, <http://conflictuslegum.blogspot.com.es> (entrada del día 30-IV-2015).

952 y 953); finalmente y en defecto de los anteriores se atenderá al sistema de control autónomo (art. 954).

Siendo así, resulta imprescindible determinar el Estado o país de origen en el que se dictó el acuerdo que pretende ser ejecutado en España, pues de éste dependerá la fuente susceptible de regular dicha materia. Así, el régimen legal se configurará atendiendo a si el acuerdo de mediación que pretende ejecutarse en España fue dictado en un Estado de la Unión Europea o bien fue dictado en un Estado no perteneciente a la Unión europea.

1. Acuerdos de mediación dictados en un Estado Miembro que pretendan ejecutarse en España

El punto de partida viene reflejado en las disposiciones europeas susceptibles de ser aplicadas para otorgar el reconocimiento y declaración de ejecutividad de un acuerdo de mediación dictado en un Estado de la Unión Europea, que pretenda ejecutarse en España. Se basa en la primacía de lo dispuesto en las disposiciones que en materias particulares regulan el reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos¹⁸. En consecuencia, las condiciones que debe cumplir un acuerdo de mediación serán, en primer lugar, las contempladas en la Directiva 2008/52/CE, reflejadas en las correspondientes transposiciones nacionales y, en todo lo no dispuesto en ellas en materia de ejecución, se deberá atender a lo dispuesto en los principales Reglamentos de la UE.

De ser España el Estado requerido, se deberá en todo caso atender a lo previsto en la Ley 5/2012, la cual precisa dos condiciones para poder declarar ejecutivo un acuerdo de mediación que haya sido adoptado fuera de España y que pretenda ser ejecutado en España:

Que tenga fuerza ejecutiva derivada de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas (art. 27, párrafo primero). En el caso en que no se cumpla tal requisito, la Ley permite la elevación del acuerdo a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o una de ellas con el consentimiento expreso de las demás, lo cual le dota de la fuerza ejecutiva necesaria para poder declarar ejecutivo el acuerdo de mediación. (art. 27, párrafo segundo). Entendemos que

¹⁸ Vid., como referencia, lo dispuesto en el Reglamento 1215/2012, art. 67: “El presente Reglamento no prejuzgará la aplicación de las disposiciones que, en materias particulares, regulan la competencia judicial, el reconocimiento o la ejecución de las resoluciones contenidas en los actos de la Unión o en las legislaciones nacionales armonizadas en ejecución de dichos actos”.

ello será posible siempre y cuando el Estado de origen haya determinado la naturaleza ejecutoria de los acuerdos de mediación adoptados en ese Estado.

Que no resulte manifiestamente contrario al orden público español (art. 27, párrafo tercero).

Estas dos condiciones previstas en la Ley 5/2012 no deben ser incompatibles con lo descrito en los principales Reglamentos de la UE, pues tal y como ha determinado el TJUE en varias ocasiones, solamente pueden aplicarse las normas internas de los Estados miembros que no afecten a los principios de la libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁹, extensible, por tanto, a los acuerdos de mediación.

En todo lo no dispuesto en la Ley 5/2012, se atenderá a lo contemplado en los principales Reglamentos de la UE. Con ello entendemos que todo lo referido a los trámites de control en el Estado requerido, con el objeto de comprobar que en ella concurren las condiciones necesarias para el reconocimiento y, en su caso, la declaración de ejecutividad del acuerdo de mediación, así como otros aspectos procesales vendrán determinados por los Reglamentos europeos aplicables en función de la materia objeto del acuerdo.

Con carácter general, las disposiciones de ámbito europeo contemplan un sistema de reconocimiento y declaración de ejecutividad automático. Ello supone que los acuerdos de mediación serán reconocidos en el Estado requerido sin necesidad de recurrir a procedimiento jurisdiccional alguno, si bien todo acuerdo deberá cumplir con una serie de condiciones para proceder de forma automática a su reconocimiento. Ello no impide, sin embargo, que se pueda llevar a cabo un control a título principal mediante un proceso declarativo de reconocimiento. Por su parte, la declaración de ejecutividad automática supone que los acuerdos de mediación serán declarados ejecutivos en el Estado requerido sin necesidad de recurrir a procedimiento jurisdiccional alguno, lo que sin duda aportará una mayor celeridad a la hora de proceder a la ejecución de los acuerdos de mediación. En consecuencia, los acuerdos que tengan que ser ejecutados se controlarán en el Estado miembro de origen, donde se emitirá el correspondiente certificado en el que constarán los principales extremos del acuerdo. Este sistema de declaración de ejecutividad automática implica que se suprime la declaración de ejecutividad como proceso jurisdiccional en el Estado de ejecución, lo que no impide que el

¹⁹ STJUE 14 diciembre 2006, as. C-283/05 (*ASML*), *Rec.*, 2006, p. I-12041, NM 23 (TJCE 2006, 369); STJUE 10 febrero 2009, as. C-185/07 (*Allianz y Generali Assicurazioni Generali*), *Rec.*, 2009, p. I-663, NM 24 (TJCE 2009, 22); STJUE 28 abril 2009, as. C-420/07 (*Apostolides*), *Rec.*, 2009, pg. I-3571, NM 73 (TJCE 2009, 99); STJUE 4 mayo 2010, as. C-533/08 (*TNT Express Nederland*), *Rec.*, 2010, pg. I-4107, NM 54 (TJCE 2010, 132); STJUE 19 diciembre 2013, as. C-452/12 (*[Nipponkoa Insurance Co. (Europe)]*), NM 36 (TJCE 2014, 67); STJUE 4 septiembre 2014, as. C-157/13 (*Nickel & Goeldner Spedition*), NM 37 (TJCE 2014, 288).

interesado pudiera solicitar una declaración de ejecutividad jurisdiccional en el Estado requerido.

El reconocimiento y la declaración de ejecutividad de un acuerdo de mediación adoptado en un Estado miembro y que pretenda ejecutarse en España vendrá regulado en función de la materia objeto del acuerdo de mediación. Téngase en cuenta, que en todo caso, la Ley 5/2012, delimita su ámbito de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles y mercantiles siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (art. 2). Las particularidades de la teoría del *executur* de los acuerdos de mediación se derivan, por tanto, de la combinación de lo dispuesto en la normativa europea específica según la materia objeto del acuerdo de mediación y lo dispuesto en la Ley 5/2012.

Siendo así, si el acuerdo de mediación versa sobre materia civil y mercantil, con la excepción de las materias sobre el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; la seguridad social y el arbitraje, será de aplicación el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁰ (en adelante Reglamento 1215/2012), en combinación con lo dispuesto en la Ley 5/2012. En el caso de que se tratase de un acuerdo de mediación con fuerza ejecutiva sobre un crédito no impugnado en materia civil y mercantil, cabe la opción de acudir al Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 abril 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados²¹, en combinación con lo dispuesto en la Ley 5/2012. Si se trata de un acuerdo de mediación sobre materia matrimonial o responsabilidad parental, el reconocimiento y declaración de ejecutividad de dicho acuerdo deberá someterse a lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matri-

²⁰ DO L 351 de 20.12.2012. El Reglamento 1215/2012 se aplicará siempre que se trate de un acuerdo de mediación en materia civil y mercantil, con la excepción de las materias sobre el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos; la seguridad social y el arbitraje (art. 1); Debe tratarse de un acuerdo de mediación dictado en un Estado de la Unión Europea (art.36) y que dicho acuerdo hubiera sido formalizado con posterioridad al 10 enero 2015 (art. 66 e.r. con art. 81).

²¹ DO L 143 de 30.4.2004. Dicho Reglamento se aplica a las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados en materia civil y mercantil (art. 2 e.r. con art. 3 y art. 4) adoptados en un Estado de la Unión europea (art. 2.3) con posterioridad al 21 enero 2005 (art. 33).

monial y de responsabilidad parental (en adelante Reglamento 2201/2003)²², en combinación con lo dispuesto en la Ley 5/2012. Los tres Reglamentos mencionados contemplan el reconocimiento y declaración de ejecutividad automática, si bien el Reglamento 2201/2003 limita ésta última para las resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de restitución de un menor (arts. 41.1º y 42.1º del Reglamento 2201/2003).

Sirva como referencia el Reglamento 1215/2012 para delimitar las particularidades en materia de reconocimiento y declaración de ejecutividad en España de los acuerdos de mediación dictados en el extranjero, por disponer éste de un ámbito de aplicación material genérico. Dicho Reglamento contempla un sistema de reconocimiento y declaración de ejecutividad automático²³, aplicables a las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en aquellos procesos incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento²⁴.

Se parte del principio de que toda resolución adoptada por los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro es automáticamente reconocida en el resto de países. De este modo, los efectos de las resoluciones se extienden al resto de Estados miembros sin necesidad de acudir a ningún procedimiento jurisdiccional. Ello no supone, sin embargo, que dicho acuerdo escape de una serie de trámites de control en el Estado requerido, con el objeto de comprobar que cumple con las condiciones del reconocimiento exigidas. Dicho control puede llevarse a cabo bien a través de un procedimiento declarativo de reconocimiento (art. 36.2º), bien de forma incidental (art. 36.3º), bien con motivo de la solicitud de denegación de ejecutividad de la resolución (arts. 46 ss). Tales condiciones, aplicadas a los acuerdos de mediación, se concretan los siguientes documentos contenidos en el art. 37: la parte que invoque el reconocimiento o solicite el

²² DO L 338 de 23.12.2003. El Reglamento Bruselas II se aplica siempre que se trate de un acuerdo de mediación en materia matrimonial y de responsabilidad parental (art. 1); Téngase en cuenta que debe tratarse de un acuerdo de mediación dictado en un Estado de la Unión Europea (art. 2.3 e.r con art. 21) y que dicho acuerdo hubiera sido formalizado con posterioridad al 1 marzo 2005 (art. 64 e.r. con art. 72). Dicho Reglamento contempla la declaración de ejecutividad automática únicamente de determinadas resoluciones relativas al derecho de visita y de determinadas resoluciones que ordenan la restitución del menor. *Vid.* arts. 40 ss.

²³ *Vid.* art. 36: “Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno”; art. 39: “Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de ésta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva”; art. 58: “Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva”; y el art. 59: “Las transacciones judiciales que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán ejecutadas en los demás Estados miembros en las mismas condiciones que los documentos públicos”.

²⁴ Así, STJUE 20 enero 1994, as. 129/92: *Owens Bank*, NM 17 (TJCE 1994, 5).

otorgamiento de la ejecución debe presentar copia auténtica del acuerdo de mediación, la parte que solicite el otorgamiento de la ejecución deberá presentar una certificación expedido según el modelo del anexo I. Asimismo, si el tribunal o autoridad competente lo exigiere, será necesaria la traducción del acuerdo de mediación. Por otro lado, para otorgar el reconocimiento del acuerdo de mediación, también es necesario que se cumpla lo establecido en el art. 45: que el reconocimiento no sea manifiestamente contrario al orden público español, que el acuerdo de mediación fuese inconciliable con un acuerdo dictado entre las mismas partes en España, o que el acuerdo de mediación fuera inconciliable con otro acuerdo dictado con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tuviera el mismo objeto y la misma causa.

Por su parte, la declaración de ejecutividad automática implica la supresión de la declaración de ejecutividad como proceso jurisdiccional en España, si bien en la mayoría de los casos es alternativo frente a una declaración de naturaleza jurisdiccional²⁵; implica también que el control de la resolución se realiza en el Estado de origen que, de tal manera que si el acuerdo resultante de la mediación que pretende ser ejecutado en España adquirió su carácter ejecutivo en su Estado de origen en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional, se estará a lo dispuesto en los arts. 39 ss. En tal caso, el solicitante deberá facilitar a las autoridades de ejecución competentes los siguientes documentos contenidos en el art. 42: una copia del acuerdo de mediación, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica, un certificado expedido conforme al art. 53, que acredite que el acuerdo de mediación tiene fuerza ejecutiva y que contenga un extracto del acuerdo. Asimismo, si el tribunal o autoridad competente lo exigiere, será necesaria la traducción del acuerdo de mediación.

De tratarse de un acuerdo de mediación que adquiere su fuerza ejecutiva a través de un documento público se podrá solicitar a la autoridad competente del Estado de origen que, tras la comprobación de que concurren los requisitos necesarios para ser considerado auténtico (art. 58.2º Reglamento 1215/2012), emita el certificado que le dota de fuerza ejecutiva (art. 60 Reglamento 1215/2012)²⁶.

²⁵ El sistema de declaración de ejecutividad automática también lo contempla el Reglamento 2201/2003 para las resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de restitución de un menor y el Reglamento nº 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

²⁶ Sobre acuerdos de mediación en la Unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva *vid.* C. Azcárraga Monzonís, "Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013, p. 25. Sobre el documento público véase también M. Font i Mas (dir.),

No obstante, la declaración de ejecutividad automática del acuerdo de mediación se podría denegar a petición de la persona contra la que se haya instado el proceso de ejecución por cualquiera de los motivos mencionados en el ámbito del reconocimiento del acuerdo de mediación (art. 45 Reglamento 1215/2012).

2. Acuerdos de mediación dictados en un Estado no Miembro que pretendan ejecutarse en España

El reconocimiento y la declaración de ejecutividad de un acuerdo de mediación adoptado en un Estado no perteneciente a la Unión europea y que pretenda ejecutarse en España viene regulado en primer lugar, por lo dispuesto en la Ley 5/2012, la cual precisa dos condiciones para poder declarar ejecutivo un acuerdo de mediación que haya sido adoptado fuera de España y que pretenda ser ejecutado en España: que tenga fuerza ejecutiva derivada de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas (art. 27, párrafo primero) y que no resulte manifiestamente contrario al orden público español (art. 27, párrafo tercero).

En todo lo no dispuesto en la Ley 5/2012, se atenderá a lo contemplado en los convenios bilaterales o multilaterales que puedan afectar a ambos países y, en defecto de éste, por el sistema de control autónomo regulado en el art. 954 de la LEC/1881²⁷.

Una gran parte de las normas convencionales ratificadas por España, así como los arts. 952 a 954 LEC otorgan el reconocimiento de manera conjunta con la declaración de ejecutividad, de tal forma que regulan un único procedimiento jurisdiccional a través del cual se reconoce y/o declara ejecutiva la resolución extranjera.

A) Sistema convencional (art. 951 LEC/1881)

España ha ratificado convenios bilaterales en materia de execuátur de resoluciones con países como Suiza, Colombia, México, Brasil, la República de El Salvador, Marruecos, Túnez, Israel y Argelia, entre otros. Dichos convenios serán de aplicación para otorgar el reconocimiento y la declaración de ejecuti-

El documento público extranjero en España y en la Unión europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público, España, Bosch, 2014.

²⁷ El denominado sistema de reciprocidad (arts. 952 y 953) ha quedado hoy en día desplazado, en la práctica, por el sistema de control autónomo. Téngase en cuenta que dichos artículos continúan aplicándose hasta que se apruebe la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, actualmente Proyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOCG-Congreso, Serie A, nº 149-1, de 30-IV-2015).

dad de los acuerdos de mediación en la medida en que la legislación de los países en cuestión así lo permita.

Tomando como ejemplo la aplicación del Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Madrid el 30 mayo 1997²⁸ al reconocimiento y declaración de ejecutividad de un acuerdo de mediación adoptado en Marruecos y que pretendiese desplegar sus efectos en España, deberíamos atender a las condiciones establecidas en el mismo para obtener el reconocimiento y/o declaración de ejecutividad jurisdiccional (art. 23), tales como la fuerza ejecutiva del acuerdo en el Estado de origen y que no fuese contrario al orden público del Estado en que se solicita la ejecución. Téngase en cuenta que a los efectos del ordenamiento jurídico marroquí el acuerdo de mediación se equipara a un acuerdo transaccional con eficacia de cosa juzgada y carácter ejecutivo²⁹.

B) El sistema de control autónomo (art. 954 LEC 1.881) en defecto de Convenio bilateral o multilateral

La homologación de un acuerdo de mediación entre países que no hayan celebrado un convenio en dicha materia deberá atender, en todo lo no dispuesto en la Ley 5/2012, a lo establecido en la legislación del Estado requerido. De ser España el país requerido, se atenderá al sistema de control autónomo, contemplado en el art. 954 LEC, que consiste en comprobar que el acuerdo cumple unos determinados requisitos, la mayoría contemplados en el propio art. 954, en relación a las resoluciones, pero sin embargo aplicables a los acuerdos de mediación, como puede ser el examen de la competencia de la autoridad de origen que haya dictado el acuerdo; la fuerza ejecutoria en el Estado de origen y el respeto al orden público del Estado requerido.

IV. El proceso de ejecución en España de un acuerdo de mediación dictado en el extranjero

Una vez convertido el acuerdo de mediación dictado en el extranjero en título ejecutivo, mediante la concesión del efecto ejecutivo a través de la declaración de ejecutividad, ya es posible ejercitar el proceso de ejecución en España. En España, el proceso de ejecución de un acuerdo de mediación previamente reco-

²⁸ BOE nº 151, de 25-VI-1997.

²⁹ Ley Marroquí de arbitraje y de mediación convencional de 30 noviembre 2007 (Ley nº 08-05), arts. 327-55 ss. Dahir nº 1-07-169 du 19 kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi nº 08-05 abrogeant et remplaçant le chapitre VIII du titre V du code de procédure civile (*Bulletin Officiel* nº 5584 du Jeudi 6 Décembre 2007).

nocido y/o declarado ejecutivo, atenderá a lo dispuesto en el Título V (Ejecución de los acuerdos) de la Ley 5/2012, la cual regula bajo un mismo título la ejecución de los acuerdos, ya sean fruto de una mediación de carácter nacional o interno, o bien fruto de un conflicto transfronterizo³⁰.

En España, la ejecución forzosa del auto de homologación se solicitará y despachará en los mismos términos y condiciones que convienen a cualquier otro acuerdo alcanzado en el proceso jurisdiccional (art. 415.2º LEC). Sin embargo, si el procedimiento de mediación se desarrolla al margen del proceso y concluye con el acuerdo de las partes (mediación para la evitación del proceso), la tutela jurisdiccional a la que éstas pueden aspirar es la ejecución del acuerdo de mediación en sí mismo, en los términos y con los requisitos que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil³¹. Atendiendo a la Disposición final tercera, todo ello ha supuesto la modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En concreto comprende la modificación de los preceptos necesarios para la inclusión del acuerdo de mediación como título que da derecho al despacho de la ejecución. Con estas modificaciones se articula la adecuada interrelación entre la mediación y el proceso civil³².

V. Reflexiones finales

La elaboración de una teoría del reconocimiento y declaración de ejecutividad *ad hoc* para los acuerdos de mediación en base a la aplicación de lo ya previsto en dicha materia para las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos encuentra principalmente dos problemas relacionados con la propia naturaleza del acuerdo de mediación y el carácter ejecutivo del mismo.

La principal razón se deriva de la propia naturaleza del acuerdo de mediación, que si bien se asemeja a la naturaleza jurídica de la transacción, lo cierto es que dista de poder equipararse a las resoluciones. El acuerdo de mediación es de naturaleza extrajudicial, sin embargo, buena parte de su régimen jurídico lo integran normas aplicables al reconocimiento y declaración de ejecutividad de títulos judiciales, lo que conlleva problemas de adaptación. El mayor problema reside

³⁰ Vid. un comentario al respecto del título V de la Ley 5/2012: S. Feliu Álvarez de Sotomayor, "Reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación transfronterizos", en F. Lopez Simó y F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, loc.cit., pp. 214 ss.

³¹ Vid. C. Senés Mottilla, "El acuerdo de mediación y su ejecución", loc.cit., pp. 296 ss.

³² Vid. J. Martín Pastor, "La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto-Ley 5/2012", *Diario La Ley*, nº 7862, Sección Tribuna, 21 mayo 2012, Año XXXIII; V. Moreno Velasco, "La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución", *Diario La Ley*, nº 7899, Sección Tribuna, 11 Jul. 2012, Año XXXIII.

en aquellos acuerdos resultantes de la mediación que adquieren su carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional. En tales casos, la aplicación de la normativa puede encontrar dificultades de adaptación, debido en parte a que el acuerdo de mediación no es siempre equiparable a una sentencia, resolución o acto auténtico. Así, los efectos derivados del reconocimiento de las resoluciones judiciales, como puede ser el efecto de cosa juzgada material, el efecto preclusivo, el constitutivo, los derivados de la intervención de terceros y el de tipicidad, son un claro ejemplo de que la teoría general del executur no es siempre y en todo caso extrapolable a los acuerdos de mediación, que presentan peculiares características. Ello implica aplicar “con calzador” toda la teoría, desde los efectos que se derivan del reconocimiento hasta lo referido a los trámites de control en el Estado requerido, con el objeto de comprobar que en ella concurren las condiciones necesarias para el reconocimiento y en su caso, la declaración de ejecutividad del acuerdo de mediación, así como otros aspectos procesales de dichas fuentes a los acuerdos de mediación y conjugarlo con lo dispuesto en la Ley 5/2012. Ciertamente es que la teoría general del executur de las resoluciones encuentra mejor acomodo si el contenido del acuerdo resultante de la mediación adquiere su carácter ejecutivo en virtud de un documento público con fuerza ejecutiva, debido en parte al carácter negocial del acuerdo de mediación, que implica equiparar la naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación con la transacción.

Un segundo problema radica en el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación. Tanto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional como la Directiva 2008/52/CE predicen el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación, pero no obligan a los Estados a que así lo contemplen en su legislación. Esta falta de ejecutividad del acuerdo de mediación es el principal obstáculo para la globalización de la mediación³³, porque incita a las partes a recurrir a otros medios de resolución de conflictos que aseguren la fuerza ejecutiva de sus soluciones, bien sea el arbitraje o directamente la vía judicial.

Ni la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional ni la adopción de la Directiva 2008/52/CE han supuesto el impulso deseado de la mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos transfronterizos entre particulares. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional no ha tenido prácticamente repercusión, mientras que la Directiva 2008/52/CE está siendo objeto de estudio para mejorar aquellos aspectos en los que parece fallar y que justifican su uso tan limitado en los Estados

³³ En la misma línea, J.R. Navas Glembottzky, “El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional. Análisis, estudio comparado y recomendaciones”, *loc.cit.*, p. 4.

miembros³⁴. En lo que al reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación se refiere, falta un mecanismo internacional semejante a la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York en 1958, que unifique el procedimiento de los acuerdos de mediación³⁵. Ciertamente es que en el ámbito de la Unión europea existe cierta homogeneidad derivada de la transposición a los diferentes ordenamientos jurídicos de la Directiva 2008/52/CE y de los Reglamentos europeos en dicha materia, los cuales unifican el procedimiento en todos los estados miembros. Sin embargo, la regulación aplicable al reconocimiento y declaración de ejecutividad depende, en todo caso, del tándem estado de origen-estado requerido, lo que crea cierta inseguridad jurídica, principalmente si el acuerdo que pretende ejecutarse en España fue acordado en un Estado no perteneciente a la Unión europea. Téngase en cuenta que, si el acuerdo de mediación que pretende ejecutarse en España se adoptó en un país perteneciente a la Unión europea, el reconocimiento y declaración de ejecutividad automático contemplado en la mayoría de las disposiciones de ámbito europeo agiliza, sin duda alguna, el proceso de ejecución de los acuerdos de mediación. Ahora bien, si el acuerdo de mediación que pretende ejecutarse en España se adoptó en un país no perteneciente a la Unión europea, el reconocimiento y declaración de ejecutividad no es automático. Una gran parte de las normas convencionales ratificadas por España, así como los arts. 952 a 954 LEC 1881 (incluso el Proyecto de Ley de cooperación jurídica internacional) regulan un procedimiento jurisdiccional a través del cual se reconoce y/o declara ejecutiva la resolución extranjera. Un procedimiento jurisdiccional que puede obstaculizar el proceso de ejecución del acuerdo de mediación, lo que sin duda, desalienta a las partes a recurrir a la mediación como sistema de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial, que predica su carácter ágil y sencillo.

En este sentido, la consideración realizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial de dotar a los acuerdos de mediación de un régimen de ejecución ágil o de una fuerza ejecutoria idéntica o similar a la de un laudo arbitral, nos parece del todo acertada³⁶. Un procedimiento específico para los acuerdos de mediación que tuviera en consideración la singularidad del acuerdo, a caballo entre un título judicial y extrajudicial, que justifica las particularidades del proceso de ejecución.

³⁴ En febrero de 2014 se publicó el estudio “*Rebooting” the mediation Directiva: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*”, que verifica uso limitado de la mediación en los Estados miembros. Vid. A. Pérez Moriones, “En torno a la paradoja de la mediación”, *La Ley*, nº 8316, Sección Doctrina, 22-V-2014

³⁵ En la misma línea, J.R. Nava y G. Leimbottzky, “El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional. Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones”, *loc.cit.*, p. 4

³⁶ Vid. las observaciones sobre el art. 14 contempladas en la Ley Modelo.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y el Derecho internacional privado”, *Arbitraje*, vol. VI, 2013, nº 1, pp. 175–182.
- Azcárraga Monzonís, C.: “Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2013.
- Blanco–Morales Limones P. y Moreno Hurtado, D.M.: “La Directiva 2008/52/CE y su transposición al ordenamiento español”, F. Lopez Simó y F.F. Garau Sobrino (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch Tratados, 2014.
- Bosnak, J. M.: “The European Mediation Directive: More Questions than Answers”, A. Ingen–Housz, *ADR Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, Vol.II, Kluwer International, 2011.
- De la Oliva Santos, A.: “La cosa juzgada civil”, en De la Oliva Santos, A. y Díez–Picazo Giménez, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004.
- Diago Diago, M. P.: “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho Internacional Privado”, A.–L.– Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (Coord), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Madrid, 2008, pp. 265–298.
- Espluges Mota, C.: “Civil and Commercial Mediation in the EU after the transposition of Directive 2008/52/EC”, C. Espluges Mota (ed.), *Civil and Commercial mediation in Europe. Cross–Border Mediation*, vol. II, Cambridge/Antwerp/Portland, Intersitia, 2014, pp. 511 ss.
- Feliu Álvarez de Sotomayor, S.: “Reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación transfronterizos”, F. Lopez Simó; F.F. Garau Sobrino (Coord.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch Tratados, 2014.
- Font i Mas, M. (dir.): *El documento público extranjero en España y en la Unión europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, España, Bosch Editor, 2014.
- Garau Sobrino, F.F.: *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, Tecnos, 1992; *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Palma, Universitat de les Illes Balears. Col.lecció Materials Didàctics, 99, 2008.
- Gómez Jené, M.: “El carácter transfronterizo del conflicto sometido a mediación”, en F. Lopez Simó y F.F. Garau Sobrino (Coord.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch Tratados, 2014.
- López–Barajas Perea, M.I.: “La mediación civil y mercantil y sus garantías: un paso más para la creación de un espacio judicial europeo”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 27, 2012.
- Marques Cebola, C.: *La mediación*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- Martín Pastor, J.: “La reforma del proceso civil de ejecución por el Real Decreto–Ley 5/2012”, *Diario La Ley*, nº 7862, Sección Tribuna, 21 May. 2012, Año XXXIII.
- Moreno Velasco, V.: “La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución”, *Diario La Ley*, nº 7899, Sección Tribuna, 11 Jul. 2012, Año XXXIII.
- Moreno Cordero, G.: “La mediación en las situaciones transfronterizas: una aproximación crítica al proyecto de ley sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en E.M. Vázquez Gómez, M.

- D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto, coords., *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, 2013, pp. 695–706.
- Navas Glembottzky, J.R.: “El enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional. Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones”, *InDret* (2014) 2.
- Palao Moreno, G.: “Mediación y Derecho internacional privado”, en E.M. Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto, coords., *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia, 2013.
- Parkinson, L.: *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Barcelona, 2005.
- Pérez Moriones, A.: “En torno a la paradoja de la mediación”, *La Ley* nº 8316, Sección Doctrina, 22–V–2014.
- Rogel Vide, C.: “Mediación y transacción en el Derecho Civil”, en Fernández Canales, C., coord., *Mediación, Arbitraje y Resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Madrid, 2010.
- Senés Motilla, C.: “El acuerdo de mediación y su ejecución”, en F. Lopez Simó y F.F. Garau Sobrino, coords., *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*, Valencia, Tirant lo Blanch Tratados, 2014.

LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVA A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿ES EL CAMINO A SEGUIR PARA MEJORAR LA VIDA DE LOS CIUDADANOS?

Eva DE GÖTZEN *

SUMARIO: I. Introducción. II. Deficiencias de la situación actual. III. Las actuaciones llevadas a cabo desde las instituciones de la UE. IV. Principales cuestiones relativas a la libre circulación de los documentos públicos abordadas en el Libro Verde. V. La primera serie de preguntas. 1. Las formalidades administrativas y los procedimientos engorrosos. 2. El fragmentado marco jurídico actual (incluidos los instrumentos de Derecho internacional privado de la UE). 3. Posibles soluciones: la supresión de las formalidades administrativas. V. La segunda serie de preguntas. 1. La libre circulación de los efectos de los certificados de estado civil. 2. Posibles soluciones: A) Reconocimiento automático del estado civil; B) El reconocimiento basado en la armonización de las normas de conflicto de leyes; C) El reconocimiento derivado de la autonomía privada. VI. Los resultados de las consultas con las partes interesadas. VII. La Propuesta de la Comisión: fundamentos y objetivos de la acción propuesta. VIII. Principales características de la Propuesta. IX. El desarrollo de la negociación del texto actual en la UE. XI. Qué sucederá ahora: ¿documentos públicos sin fronteras?. XII. Conclusiones

RESUMEN: Esta contribución se centrará en el análisis de la Propuesta de Reglamento “por el que se facilita la promoción de la libre circulación de los ciudadanos y las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) No 1024/2012” (COM (2013) 228), examinando su desarrollo posterior para terminar estableciendo una serie de conclusiones.

Para ello, serán analizadas las diversas opciones previstas por el Libro Verde junto con los resultados arrojados por la evolución experimentada, así como sus deficiencias, tomando también en consideración la jurisprudencia emanada por el TJUE. El fin es evaluar cómo y hasta qué punto el Reglamento propuesto se adecúa al objetivo general de facilitar la aceptación transfronteriza de los certificados públicos en toda la UE.

Además, también será objeto de atención en este trabajo la cuestión relativa a la libre circulación del estado civil. En este contexto nos referiremos al ordenamiento jurídico italiano, en el que los tribunales nacionales ya se han enfrentado a varios casos en materia de reconocimiento de los certificados de estado civil (en particular, en materia de matrimonios homosexuales y maternidad subrogada). Se evaluará si, en ausencia de reglas uniformes europeas en materia de libre circulación del estado civil, la continuidad y permanencia de un estatuto personal otorgado en el extranjero podría verse afectado en el

* Ph.D. International Law. Università degli Studi di Milano.

ámbito transfronterizo, obstaculizando así el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la UE.

PALABRAS CLAVE: LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS – LEGALIZACIÓN – SUPRESIÓN DE FORMALIDADES ADMINISTRATIVAS – RECONOCIMIENTO – ESTADO CIVIL.

ABSTRACT: *The Proposal for a Regulation concerning the free movement of public documents throughout the EU: is it the way forward to facilitate citizens' life?*

This contribution will focus on the Proposal for a Regulation “on promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the European Union and amending Regulation (EU) No 1024/2012” (COM(2013)228), addressing subsequent developments and drawing related conclusions.

To this end, by referring to the relevant ECJ case-law, the various policy options envisaged by the Green Paper and the outcomes of the evolving policy will be analysed as well as their shortcomings, in order to assess how and to what extent the proposed Regulation fits the overall aim to facilitate the cross-border acceptance of public records throughout the EU.

The parallel issue regarding the free circulation of civil status will be tackled as well. In this context, by focusing on the Italian legal system, wherein national courts have already been confronted with several cases concerning the recognition of civil status records (notably, same-sex marriages and surrogacy), it will be assessed whether, in the absence of an EU set of uniform rules related to the free circulation of civil status, the continuity and full portability in a cross-border situation of a personal status granted abroad could still be affected, thus hampering the full exercise of the right of free movement across the EU.

KEYWORDS: FREE MOVEMENT OF PUBLIC DOCUMENTS – LEGALISATION – ABOLITION OF ADMINISTRATIVE FORMALITIES — RECOGNITION – CIVIL STATUS.

I. Introducción

Comencemos esta contribución con un ejemplo.

Pensemos en una pareja homosexual integrada por miembros de distinta nacionalidad que se establece por motivos profesionales en el Estado miembro A. Los integrantes de esta pareja se han casado previamente en el Estado miembro B, en el cual las parejas homosexuales pueden legalmente contraer matrimonio.

Tras vivir juntos una serie de años, y antes de trasladarse al Estado miembro A, adoptan a un niño en el Estado miembro B, en el que se permite la adopción de menores por parejas homosexuales.

A la hora de matricular a su hijo en un colegio del Estado miembro A, a los progenitores podrá requerírseles prueba sobre cuestiones relativas al estado civil del niño. En consecuencia, para probar en el Estado miembro A la relación de filiación establecida bajo las normas del Estado miembro B, los progenitores necesitarán que en el Estado miembro A se reconozca el certificado de nacimiento expedido en el Estado miembro B. Por ello, los padres solicitan al Registro civil del Estado miembro B la emisión de un certificado de nacimiento nacional a presentar ante las autoridades competentes del Estado miembro A.

La cuestión que ahora se plantea es si ese certificado de nacimiento expedido en el Estado miembro B será o no automáticamente aceptado por las autoridades del Estado miembro A. Además, también cabe valorar si el *status filiationis* constituido en el Estado miembro en el que ha nacido el niño va a ser

reconocido en el otro Estado, y ello con independencia de la ley aplicada a la creación de tal situación jurídica.

En este contexto parece que no puede pasarse por alto que las discrepancias en los Derechos nacionales conducen a diferentes anotaciones en registros, documentos, certificados, etc., en los que aspectos en materia de documentos relativos al estado civil difieren notablemente de un Estado miembro a otro. Por ello, una autoridad en un Estado miembro puede enfrentarse a un documento proveniente de otro Estado miembro en el que se contengan extremos que no se manejan en su ordenamiento jurídico y que, en última instancia, conllevarían una solicitud de información complementaria. Lo mismo se aplicaría en los supuestos en los que los requisitos formales de los documentos sean marcadamente distintos, en la medida en la que las autoridades nacionales no estén familiarizadas con los requisitos aplicables a los certificados de estado civil propios del Estado miembro de origen del documento (incluyendo sus respectivas firmas, sellos y estampillas). Por otra parte, un certificado del registro civil redactado en un Estado miembro puede no ser igualmente auténtico en otro. No sería sorprendente que la misma pareja homosexual de nuestro ejemplo anterior pueda verse en la necesidad de someterse a varias formalidades administrativas con el fin de utilizar de modo efectivo el certificado de nacimiento del menor en el extranjero.

Además, y continuando con el ejemplo facilitado, es razonable suponer que las autoridades nacionales en el Estado miembro B han establecido la correspondiente paternidad legal – es decir, el vínculo de familia que une al niño con sus padres no biológicos – bajo su propia ley nacional. En otras palabras, la situación de estado civil creada en el Estado miembro B es el resultado arrojado por la aplicación de la ley nacional del Estado miembro de origen. No sería sorprendente que el vínculo familiar determinado sobre la base de la legislación del Estado miembro B, fuese cuestionado por las autoridades del Estado miembro A, puesto que, no en vano, varios Estados de la UE no reconocen la adopción de menores realizada por parejas del mismo sexo. En consecuencia, podría suceder que el niño no pueda ser identificado del mismo modo en toda la UE, al tiempo que la pareja homosexual se podría enfrentar a un grado de incertidumbre significativa en el extranjero con respecto a sus derechos de paternidad sobre un niño con el que no tienen lazos biológicos.

Tomando en consideración estas premisas, cabe preguntarse de qué modo, o hasta qué punto, los elementos de la situación personal de una pareja del mismo sexo, así como de un niño (su hijo), establecidos o constituidos en el Estado miembro B podrían circular libremente dentro de la UE.

II. Deficiencias de la situación actual

En la actualidad, la movilidad de los ciudadanos de la UE dentro de los Estados miembros se ve facilitada por el derecho de libre circulación consagrado en el art. 21 TFUE (antiguo art. 18 TCE). En el mismo supuesto se sitúan las empresas, en particular las PYMEs, involucradas en relaciones internacionales y/o que hacen uso con frecuencia de las libertades relativas al mercado interior a través de transacciones comerciales transfronterizas entre diferentes Estados miembros. Mientras que el derecho a la libertad de circulación está firmemente anclado en el derecho de la UE, existe todavía una brecha entre las normas legalmente establecidas y la realidad, en la medida en la que tanto los ciudadanos como las empresas todavía se enfrentan en la práctica a numerosos obstáculos cuando tratan de ejercitar sus derechos.

Por un lado, cuando los ciudadanos o las empresas ejercen sus derechos de libre circulación o de libre mercado interior (mediante la elección de residir o de hacer negocios en otros Estados miembros), se enfrentan a una serie de dificultades en la presentación de los necesarios documentos públicos ante las autoridades de otro Estado miembro, con el fin de proporcionar pruebas de ciertos hechos jurídicos que se produjeron en un Estado miembro de acogida, el Estado de origen del documento. La función principal de estos documentos públicos, categoría que engloba a todos los documentos oficiales expedidos por una autoridad de un Estado miembro y que, además, tienen valor probatorio formal, es proporcionar prueba de los hechos en materia civil que una autoridad pública registró en el susodicho documento¹, por lo que cumplen una función esencial para hacer efectivo el pleno disfrute de los derechos de libre circulación. Aunque estos documentos son plenamente válidos y se presumen auténticos sin necesidad de pruebas adicionales en su país de origen, a menudo los documentos públicos empleados fuera de su país de expedición son aceptados por las autoridades del Estado miembro requerido, sin tener en consideración el idioma en el que se hayan redactado y la forma en la que se presenten, sujetos a formalidades administrativas encaminadas a demostrar su autenticidad. Estas formalidades, que se refieren, por ejemplo, a la autenticidad de la firma y la calidad en la que el signatario del documento ha actuado, a fin de evitar fraudes, incluyen la legalización, la apostilla, las copias certificadas y la traducción jurada. Todas las formalidades reseñadas requieren varios pasos cuyo cumplimiento implica notables pérdidas de tiempo y costes muy significativos, considerando además que estas dificultades prácticas adicionales –incluyendo barre-

¹ Decisión del TJUE de 17 junio 1999, as. C-260/97: *Unibank A/S v Flemming G. Christensen*.

ras lingüísticas exacerbadas por la ausencia de formularios estandarizados multilingües en el seno de la UE para las certificaciones públicas más comunes—son la manifestación de la inseguridad jurídica subyacente sobre los procedimientos a seguir, así como sobre las normas que deben aplicarse en los distintos Estados miembros.

Por otra parte, pueden detectarse problemas adicionales cuando un estado civil tiene que ser reconocido fuera del país de origen, así como cuando un hecho jurídico — que implica un cambio en el estado civil de una persona — se produce en un Estado miembro diferente al Estado miembro de registro.² En ambos casos, el registro nacional del Estado miembro requerido debe ser objeto de actualización. Sin embargo, tanto los formularios como los datos proporcionados en una certificación de estado civil difieren considerablemente de un Estado a otro. Por lo tanto, los encargados del Registro civil, cuando se encuentran con detalles que son ajenos a su ordenamiento, suelen solicitar informaciones complementarias, lo que implica pérdidas de tiempo adicionales. Asimismo, en el caso de que un estado civil extranjero no sea identificable en el estado miembro solicitado, debe reunir mayores requerimientos que los que sean exigibles a un estado civil nacional. Cuestiones similares, que definen a grandes rasgos el problema, se pueden detectar en la comprensión de documentos redactados en una lengua extranjera. Además, los certificados de estado civil plantean interrogantes relativos no solo a los documentos en sí, sino también por referencia a sus efectos. Como cuestión de hecho, los certificados de estado civil empleados por las autoridades de un Estado Miembro para registrar los hechos principales relativos al estado civil de las personas (nacimiento, matrimonio, defunción), no necesariamente producen efectos en otro Estado miembro. En este sentido, cada Estado miembro tiene sus propias reglas al respecto. La ausencia de reglas *ad hoc* en el ámbito de la UE que aborden adecuadamente el reconocimiento mutuo de documentos relativos al estado civil personal o incluso al estado civil “en cuanto tal” establecido en el extranjero, así como los diferentes enfoques con los que se aborden en los diferentes Estados miembros, puede constituir una fuente de incertidumbre en las relaciones transfronterizas, dando lugar así a una discriminación indirecta sobre los nacionales de otros estados miembros, en comparación con sus propios nacionales en escenarios transfronterizos.

² Con carácter general, el estatuto personal (o estado civil) de un individuo incluye todas las posiciones jurídicas que éste puede ostentar dentro de una sociedad y que vienen determinadas por ciertas capacidades (o falta de ellas), a las que se vinculan ciertas consecuencias jurídicas.

III. Las actuaciones llevadas a cabo desde las instituciones de la UE

Las instituciones de la Unión Europea se han esforzado para evitar e incluso minimizar las complicaciones que acabamos de señalar. Para ello, uno de los pasos dados fue adoptar instrumentos legales.

Así, con la finalidad de abordar la necesidad de ajustar la dinámica de la movilidad de los ciudadanos y empresas, el 14 diciembre 2010, la Comisión europea publicó un Libro Verde “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil” (COM (2010)747). La iniciativa de la UE estaba enfocada a la puesta en marcha de una consulta pública con el fin de reunir las directrices y opiniones de los sujetos implicados en relación a los posibles medios para facilitar el uso y aceptación de los documentos públicos entre los Estados miembros sin necesidad de recurrir a trámites adicionales (Parte 3), así como a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en relación con los asuntos relativos al estado civil con el fin de “garantizar la continuidad y permanencia de la situación de estado civil de cualquier ciudadano europeo que ejerza su derecho a la libre circulación” (Parte 4).

Una amplia respuesta siguió a dicha consulta pública³, existiendo un amplio acuerdo sobre la necesidad de facilitar la circulación de documentos públicos. Sin embargo, existieron también notables diferencias de parecer en lo que respecta al reconocimiento automático de las circunstancias recogidas en los certificados de estado civil, no pareciendo factibles (ver más abajo).

A la labor iniciada con el Libro Verde y sus correspondientes respuestas, siguió la iniciativa de la Comisión europea, presentando una Propuesta de Reglamento “por el que se facilita la promoción de la libre circulación de los ciudadanos y las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, y por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 1024/2012” (COM (2013) 228) (en adelante la “Propuesta”)⁴. La Propuesta se limita a la primera serie de cuestiones planteadas en el Libro Verde. En consecuencia, no se ocupa del reconocimiento de los efectos de las certificaciones de estado civil. Curiosamente, ni la exposición de motivos ni el preámbulo explican el porqué de esta restricción. Sin embargo, es razonable suponer que pueda de-

³ http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/110510_en.htm.

⁴ P. Callè, *Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents within and outside the European Union (proposal for a regulation, COM(2013)228)* y M.P. Clancy, *Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the EU and beyond*, ambos disponibles en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf).

berse a la falta de acuerdo en materia de reconocimiento mutuo de las circunstancias relativas al estado civil de una persona.

Teniendo en cuenta las cuestiones específicas planteadas y discutidas en el Libro Verde, esta contribución se centrará en el análisis del estado actual de la cuestión, examinando su desarrollo posterior para terminar estableciendo una serie de conclusiones.

Para ello, serán analizadas las diversas opciones previstas por el Libro Verde junto con los resultados arrojados por la evolución experimentada, así como sus deficiencias, tomando también en consideración la jurisprudencia emanada por el TJUE. El fin es evaluar cómo y hasta qué punto el Reglamento propuesto se adecúa al objetivo general de facilitar la aceptación transfronteriza de los certificados públicos en toda la UE. En este contexto se ofrecerá también una visión general del marco legislativo actual, a fin de contrastar la interrelación existente entre la propuesta de Reglamento y los instrumentos existentes que ya prevén la supresión de formalidades administrativas.

De igual modo resulta relevante analizar la cuestión paralela relativa a la libre circulación del estado civil en la UE, con el fin de plantear posibles soluciones al respecto, dada la relevancia inherente a la portabilidad transfronteriza de una situación jurídica vinculada a un certificado de estado civil.

Finalmente, se evaluará si, en ausencia de un conjunto de reglas uniformes en materia de libre circulación del estado civil en la UE, la continuidad y la portabilidad completa en el ámbito transfronterizo de un estatuto personal otorgado en el extranjero podría verse afectado, obstaculizando el pleno ejercicio del derecho a la libre circulación dentro de la UE. A tal fin, se recurrirá, de modo ejemplificativo, al ordenamiento jurídico italiano, puesto que en este los tribunales nacionales ya se han enfrentado a varios casos relacionados con el reconocimiento de certificados de estado civil (en particular, en casos de matrimonios homosexuales y maternidad subrogada).

IV. Principales cuestiones relativas a la libre circulación de los documentos públicos abordadas en el Libro Verde

Mediante el análisis de los principales problemas relativos a la libre circulación de documentos públicos entre los Estados de la UE, el Libro Verde plantea varias cuestiones que podrían ser agrupadas del siguiente modo.

Por una parte, la Comisión aborda si los documentos públicos, con independencia de su contenido, pueden circular dentro de la UE sin necesidad de estar sujetos a formalidades de autenticación. En este contexto, el primer bloque de preguntas (1–6) se ocupa de aspectos bastante técnicos sobre la libre circulación

de documentos públicos y, más concretamente, sobre la posible retirada de las formalidades administrativas destinadas a identificarlos como tales.

Por otra parte, el Libro Verde (que se preveía como primer paso en un proceso destinado a la introducción del reconocimiento automático de los efectos del estado civil), se ocupa de los efectos que deben ser atribuidos al estado civil declarado en un Estado Miembro (7-11), con el fin de verificar si un estatuto jurídico otorgado en un Estado Miembro podría ser automáticamente reconocido y tener las mismas consecuencias jurídicas en otro.⁵

V. La primera serie de preguntas

1. Las formalidades administrativas y los procedimientos engorrosos

Con el fin de ser utilizados fuera del Estado miembro de expedición, los documentos públicos deben ser autenticados para así evitar posibles fraudes. El modo tradicional de hacerlo es mediante el trámite de la legalización o la apostilla.

La legalización consiste en una cadena de autenticaciones del documento, certificando que un acto público se ha formado por una autoridad/ agencia/ empresa pública autorizada bajo la ley del lugar donde el acto se ha formado. El resultado es que el documento público extranjero tiene el mismo valor probatorio que el documento público interno, por lo que a su prueba de autenticidad se refiere. En el marco de un procedimiento ordinario, un documento se legaliza por las autoridades competentes del Estado miembro de expedición y luego por la embajada o consulado del Estado miembro en el que se va a utilizar.

Este procedimiento se ha simplificado con la Convención de La Haya de 1961, entre otras, suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros (en adelante la “Convención de la Apostilla”)⁶. En virtud de la Convención de la Apostilla, los documentos públicos de los Estados contratantes no estarán sujetos al procedimiento de legalización, sino a un procedimiento simplificado que se basa en un mecanismo de reconocimiento mutuo de verificación de que cada documento fue expedido por la autoridad nacional que tenga atribuida la competencia a tal efecto. Esta revisión concluye con la adopción de un certificado estándar denominado apostilla.

La apostilla es, por lo tanto, un certificado de autenticación que sustituye el engorroso proceso de legalización por una simple formalidad. Es emitida por una autoridad designada por el propio Estado en el que se expide el documento,

⁵ Sobre la continuidad del estatuto personal y familiar, *vid.* STEDH 28 junio 2007, *Wagner c. Lussemburgo*; 3 mayo 2011, *Negrepointis-Giannisis c. Grecia*.

⁶ Todos los Estados de la UE y algunos terceros países son partes de la Convención.

siendo reconocida automáticamente en los demás Estados contratantes. El requisito de colocación o estampación de una apostilla tiene el efecto de probar la autenticidad y la autoridad del oficial que ha certificado un documento expedido en un Estado miembro para ser utilizado en otro Estado miembro. Así pues, tiene el mismo objetivo que la legalización, pero implica un procedimiento simplificado, puesto que la intervención de las autoridades del Estado miembro requerido ya no es necesaria. Aunque la apostilla, en comparación con el procedimiento de legalización, facilita la circulación de documentos públicos, el hecho de que sólo sea aplicable a cierto tipo de documentos públicos (art. 1), determina que pueda ser incompatible con la necesaria, ágil y fácil circulación de documentos públicos –de cualquier tipo– dentro de la UE.

Todos los aspectos ahora señalados, sumados a los procedimientos adicionales de traducción de documentos públicos diseñados para ser utilizados en el extranjero, generan una serie de costes, dilaciones y descontentos que hacen la libertad de circulación menos atractiva para los ciudadanos y empresas de la UE.

2. El fragmentado marco jurídico actual (incluidos los instrumentos de Derecho internacional privado de la UE)

Aunque el requisito de cumplir con ciertos trámites administrativos para el uso transfronterizo de ciertos documentos públicos ha sido, hasta cierto punto, abolido o simplificado a través de legislación de la UE y de acuerdos multilaterales o bilaterales, esta tendencia todavía está lejos de ser la norma general.

Es más, esta tendencia se caracteriza por la existencia de un marco jurídico fragmentado cimentado sobre varias fuentes – en este sentido, la circulación de documentos públicos se rige, en primer lugar, en parte por las leyes nacionales que difieren considerablemente de unas a otras; además, también entra en juego legislación sectorial de la UE, abordando la cuestión de modo inconsistente y fragmentario; parcialmente, por una serie de instrumentos internacionales ratificados por un variado y limitado número de países, que aplican enfoques distintos a estos aspectos (algunos de estos convenios se refieren a documentos públicos en el sentido amplio del término, mientras que otros sólo se refieren a determinados tipos de documentos, como registros de estado civil o los certificados expedidos por funcionarios diplomáticos o consulares)– que, por ser más bien difícil de manejar, no es adecuado cuando se trata de proporcionar las soluciones necesarias para garantizar la libre circulación en la UE.

En este contexto, por lo que al Derecho internacional privado de la UE se refiere, los principales Reglamentos ya prevén normas uniformes sobre el reconocimiento y la ejecución de ciertos documentos públicos (instrumentos auténticos) expedidos en otro Estado miembro que eximen explícitamente a tales do-

cumentos de los requisitos de autenticación, siendo clasificados como decisiones judiciales. Sin embargo, el alcance de estas normas se limita a los asuntos de los que los Reglamentos se ocupan, es decir, sólo para documentos que recaigan en el ámbito de su aplicación. Por lo tanto, más allá de ciertos campos, no hay garantías para la libre circulación de todos los documentos expedidos por una autoridad pública en la UE.

En vista de lo anterior, el marco jurídico aplicable parece estar lejos de ser claro. De hecho, el marco normativo fragmentado existente no prevé soluciones satisfactorias para una aceptación más fácil de documentos públicos en los Estados miembros; es más, contiene una serie de deficiencias. El resultado es una falta de claridad que socava la seguridad jurídica que los ciudadanos de la UE necesitan en relación con los asuntos que tienen un impacto directo en sus vidas cotidianas.

En realidad, en este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha indicado el camino que debe seguir el legislador de la UE. Como cuestión de hecho, bajo la jurisprudencia del TJUE, los Estados miembros deben aceptar, en principio, certificaciones y documentos análogos relativos al estatuto personal expedido por las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que su precisión esté seriamente socavada por pruebas concretas en relación con el caso en cuestión⁷. Esta es sólo una presunción de exactitud.

3. Posibles soluciones: la supresión de las formalidades administrativas

En primer lugar, se ha sugerido la supresión tanto de la apostilla como de la legalización de todos los documentos públicos a fin de garantizar que los documentos públicos puedan circular libremente dentro del espacio judicial de la UE, sin afectar a su carácter oficial. Esto, en paralelo a una cooperación más estrecha entre las autoridades de los Estados miembros, significaría que los ciudadanos y empresas de la UE podrían presentar un documento original expedido por las autoridades de un Estado miembro sin tener que recurrir a mayores trámites, tal y como si estuvieran en el mismo Estado. Si analizamos con mayor detalle esta opción, una solución así llevaría a los Estados miembros a aceptar automáticamente las prácticas nacionales en la expedición de tales documentos, permitiendo la oportuna verificación de hechos jurídicos. A pesar de que el principio de confianza mutua engendra buenas razones para agilizar en lo posible los trámites administrativos para la certificación de documentos públicos y, cuando sea posible, para abolir ciertas formalidades, sin embargo, el Libro Verde no se ocupa de

⁷ SSTJUE, 2 diciembre 1997, as. C-336/94: *Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*; 30 marzo 1993, as. C-168/91: *Konstantinidis c. Stadt Altensteig, Standesamt e Landratsamt Calw, Ordnungsamt*; 25 mayo 2000, as. C-424/98: *Commission / Italia*.

cuestiones relativas a la autenticidad de los documentos públicos y su verificación. Como cuestión de hecho, en el supuesto de que la legalización /Apostilla fuese suprimida, debería, no obstante, ser reemplazada por algún otro signo de identificación visual en el documento, a fin de mantener el nivel necesario de garantía relativa a la autenticidad y procedencia del acto. Por ello, se plantea la duda de que la solución propuesta pudiese garantizar de modo efectivo la seguridad jurídica que necesariamente se busca en este ámbito.

En segundo lugar, el Libro Verde prevé la introducción de formularios normalizados que contengan las menciones necesarias en todos los idiomas oficiales, al menos para los documentos públicos más comunes, con el fin de hacer frente a las solicitudes de traducción y así evitar costes adicionales. Precisamente, se prevé la introducción de un certificado de estado civil europeo, de carácter no obligatorio, que complementaría, pero no reemplazaría, a los documentos nacionales de estado civil. Mediante el uso de un soporte único, el formato y las menciones contenidas podrían ser codificadas de forma estandarizada, de modo tal que puedan ser leídas fácilmente por las autoridades nacionales.

Sin embargo, esta solución sólo puede ser utilizada en áreas en las que existe un denominador común en la legislación de los diferentes Estados miembros. Por ejemplo, algún tipo de “pasaporte” instantáneamente reconocible para un certificado de matrimonio sólo podría ser utilizado donde hay un puntos en común entre todos los sistemas jurídicos (por ejemplo, para los casos de matrimonios contráidos por personas de distinto sexo). Dado que en la realidad todavía existe un grado escaso de homogeneidad entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, la adopción de un formato estándar (*a fortiori* en materia de estado civil), que pueda contradecir la legislación nacional de un país, también podría dar lugar a una vulneración de la soberanía de cada Estado miembro.

VI. La segunda serie de preguntas

1. La libre circulación de los efectos de los certificados de estado civil

Como se ha explicado más arriba en las observaciones generales, los certificados de estado civil dan lugar a varias cuestiones concretas⁸.

⁸ P. Lagarde, “The Movement of Civil-Status Records in Europe, and the European Commission's Proposal of 24 April 2013”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2013/2014, pp. 1–12; C. Kohler, Towards the Recognition of Civil Status in the European Union, *ibid.*, pp. 13–30; R. Baratta, Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC, *IPrax*, 2007, pp. 6–11; H. Duintjer Tebbens, “Vers une ‘libre circulation’ des actes authentiques dans l’Union Européenne. Reflexions à propos d’un arrêt du tribunal Supremo d’Espagne du 19 juin 2012, en J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss y R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la*

La primera y principal cuestión que se plantea es si una situación jurídica establecida en virtud de la legislación del Estado miembro de origen y constatada en un certificado de estado civil expedido en dicho país podría ser reconocido “como tal” en otro. Esta solución implica que un estado civil establecido bajo la ley de un Estado miembro debe, en principio, ser capaz de producir efectos jurídicos en otro Estado miembro, a fin de garantizar la continuidad transfronteriza de la situación legalmente establecida en el extranjero. Sin embargo, todavía no existe una norma que disponga el reconocimiento mutuo de estados civiles/certificados de estado civil. Por lo tanto, el riesgo que no puede ser subestimado es aquel que padece el sujeto que, una vez se ha trasladado al extranjero, ve completamente imposible beneficiarse de los derechos que se derivan de una situación jurídica válidamente constituida en el Estado miembro de origen. Además, en caso de que se inicie un expediente con miras a la inscripción de un hecho jurídico en un Registro Civil, la validez de la situación jurídica establecida en el extranjero puede ser cuestionada en el Estado miembro en el que se emite el certificado. En este contexto, podría tener lugar un control de la ley aplicable. Por lo tanto, puede en última instancia darse el involuntario resultado de una “revisión” del estado civil establecido en el extranjero.

La siguiente pregunta, conectada con la anterior, es si tal situación jurídica (por lo general registrada en un certificado de estado civil) podría producir los efectos civiles relacionados con la situación establecida en el extranjero en el Estado miembro requerido. Vinculado a esto está la cuestión subyacente de la ley reguladora de los efectos de esta situación. Como cuestión de hecho, cada Estado miembro determina qué ley es aplicable en una situación transfronteriza, basándose en el punto de conexión establecido en su DIPr. Para el caso de que esas normas no conduzcan a la aplicación de la ley del Estado de origen, puede suceder que la ley aplicable efectivamente no prevea lo misma solución que la proporcionada por el ordenamiento jurídico extranjero en el que se ha creado el estado civil. En consecuencia, una situación de estado civil creada en un Estado miembro podría no producir ningún efecto en otro Estado, ya que el resultado arrojado por la ley aplicable variaría en función de las normas sustantivas del Estado miembro de que se trate. Esto podría dar lugar a una “situación claudicante”.

Los problemas a los que actualmente se enfrentan los ciudadanos como consecuencia de las divergencias entre las normas nacionales se ilustra en algunos casos del TJCE, cuya jurisprudencia describe los serios inconvenientes que las

diferencias en la atribución de los apellidos puede tener para las personas, tanto en su ámbito profesional como privado⁹.

En vista de lo anterior, para superar los problemas prácticos antes mencionados que afectan la vida cotidiana de los ciudadanos de la UE en situaciones transfronterizas, se ha sugerido concederles la portabilidad completa, en toda la UE, de un estatuto personal legalmente establecido en un Estado miembro.

Para lograr este objetivo, se han propuesto varias soluciones¹⁰.

2. Posibles soluciones

A) Reconocimiento automático del estado civil

El reconocimiento mutuo de las situaciones de estado civil establecidas en otros Estados miembros, esto es, en términos generales, la aceptación automática de las consecuencias de un certificado expedido en otro Estado miembro, implica que cada Estado miembro podría aceptar y reconocer, simplemente sobre la base de confianza mutua, sin más comprobación relativa, entre otros, al derecho aplicable, la validez y los efectos de una situación jurídica creada en otro Estado miembro. Esto significa que los efectos que un estado civil produce en un Estado miembro podrían ser, en principio, extensibles automáticamente a otros Estados miembros, incluso si la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto de este último hubiese dado lugar a un resultado diferente. En este sentido, no puede pasarse por alto que dicha solución no implicaría la armonización de las normas sustantivas vigentes. En consecuencia, el estado personal y familiar, una vez establecidos en el extranjero (y, en principio, formalizados en un registro/acta de estado civil), deben mantenerse en toda la UE en virtud del hecho de que se espera que el Estado miembro de acogida conceda un estatus lo más similar posible al estado civil válidamente constituido en el Estado de origen, y ello pese a que sus propias normas de conflicto conduzcan a una denegación de su reconocimiento.

Garantizar el reconocimiento automático en toda la UE de una situación jurídica creada en un Estado miembro, implicaría una serie de ventajas. Sobre todo, la libre circulación de las situaciones de estado civil proporcionaría la seguridad jurídica que los ciudadanos de la UE pueden esperar cuando ejercen su derecho a la libertad de circulación dentro de la propia UE. De hecho, en el caso de que un estado civil cambie o se vea afectado por una nueva situación creada en un Esta-

⁹ STJUE 2 octubre 2003, as. C-148/02: *García Avello c. Bélgica*; 14 octubre 2008, as. C-353/06: *Grunkin e Paul*; 22 octubre 2010, as. C-208/09: *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*.

¹⁰ Vid. también P. Lagarde (ed.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, París, 2013.

do miembro distinto, el nuevo estado civil no sería puesto en tela de juicio en el caso de que los ciudadanos de la UE tengan la intención de trasladarse a otro Estado miembro. Esto serviría para acelerar la verificación de las circunstancias de estado civil en casos transfronterizos, facilitando la rápida confirmación de los asuntos relacionados con la situación jurídica de los individuos y corporaciones.

A pesar de esto, debemos plantear una distinción fundamental. Algunos certificados de estado civil recogen lo que se puede denominar como un hecho objetivo, que es objetivamente cierto y para el que es poco probable que sea objeto de una evaluación por parte de otro Estado (nacimiento o defunción; fecha del matrimonio). Otros recogen una situación jurídica que está vinculada a una valoración basada en la ley que se aplica en cada Estado miembro (atribución del nombre; estado matrimonial; filiación, adopción, etc.). Sólo el reconocimiento de los “hechos objetivos” establecidos en otro Estado miembro garantiza una seguridad jurídica suficiente en relación al estado civil de una persona, ya que estos hechos son “irrefutables” en toda la UE. De lo contrario, la libre circulación de (la validez de) “situaciones jurídicas” creadas en el extranjero aún no parece viable en la medida en que no existe una plena convergencia de las legislaciones sustantivas nacionales pertinentes en ciertos y delicados asuntos. En este contexto, el Estado miembro requerido podría verse obligado a otorgar efectos a las “situaciones jurídicas” establecidas en las certificaciones de estado civil extranjeras, a pesar de que esta situación no sea identificable ni existente en su legislación sustantiva. Por lo tanto, el reconocimiento automático debería concederse de forma limitada sólo en relación a ciertas situaciones relativas al estado civil.

Por otra parte, es posible que un estado extranjero haya de inscribirse en los Registros civiles extranjeros pertinentes para producir efectos en el Estado miembro requerido. Sin embargo, en el caso de que el estado extranjero no se considere equivalente a un uno doméstico, puede suceder que el Registro civil no se pueda actualizar adecuadamente. Del mismo modo, es posible que los efectos de un estado civil legalmente adquirido en el extranjero pueda constituir una violación del orden público del Estado miembro requerido, por lo que inevitablemente se generaría una “situación claudicante”. Además, hay que tener en cuenta que los certificados de estado civil sólo constituyen una prueba (refutable) de la situación jurídica registrada en el mismo. En ningún caso tienen efectos constitutivos (ya que no se trata de sentencias). En consecuencia, el reconocimiento automático de un estado civil extranjero conferiría a un certificado de estado civil emitido en el extranjero efectos jurídicos más amplios que en su país

de origen, lo que daría lugar a problemas aún más imprevisibles¹¹. Esto muestra claramente que el abandono de la distinción entre el reconocimiento del mero valor probatorio de los certificados de estado civil, por un lado, y el de la validez de los hechos jurídicos que están en el origen del documento por el otro, podría afectar negativamente a la libre circulación de un estatuto personal.

En vista de lo anterior, se puede considerar que es prematuro establecer el reconocimiento automático de los efectos del estado civil a modo de principio general, sobre todo en el caso de que los motivos de denegación de tal reconocimiento no son previstos por un instrumento iniciativa de la UE¹².

B) El reconocimiento basado en la armonización de las normas de conflicto de leyes

La segunda variante del reconocimiento previsto por el Libro Verde se basa en la “armonización de las normas de conflicto de leyes”.

Como se ha señalado antes, si una relación puede ser reconocida o no en el Estado miembro de acogida, puede depender incluso de sus reglas de elección de ley. De hecho, la valoración de la validez de una situación jurídica (por lo general certificado por un registro/acta del estado civil) está sujeto a la ley aplicable cuya aplicación derive de conformidad con las reglas de conflicto de leyes del Estado miembro requerido.

La armonización de las reglas de conflicto, mediante la adopción de un cuerpo europeo de normas comunes, debería uniformizar la ley aplicable a las distintas cuestiones que subyacen a los hechos que se documentan, principalmente en todos los sectores que podrían afectar el estatuto jurídico personal. El derecho sustantivo designado a través de la armonización de las normas de conflicto debería ser previsible y conocido de antemano, a fin de evitar el llamado “mercadeo de estado civil” –*civil status shopping*– (v.gr., en el caso de los matrimonios y/o parejas de hecho simuladas).

En segundo lugar, el mismo Derecho sustantivo se debe aplicar a un estatus personal dado, independientemente de la *lex libri*. La ley aplicable ya no mutaría, ni tampoco los efectos jurídicos producidos, puesto que la validez de una situación jurídica creada en el extranjero no se vería sometida a examen bajo la legislación del Estado miembro requerido. De conformidad con lo anterior, bajo

¹¹ Vid. M. Lehmann, “Recognition as a substitute for conflict of laws?”, en S. Leible, *Principles of European Private International Law*, forthcoming, paragraph A.5.

¹² M. Buschbaum, “La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d’état civil ? – Réflexions critiques sur l’abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois”, *Recueil Dalloz*, 2011, pp. 1094–1100.

la solución propuesta, la problemática relacionada con el reconocimiento “como tal” del estado civil debería haber sido superada.

Sin embargo, hasta esta solución puede crear potencialmente más problemas de los que puede resolver.

En primer lugar, el intento de determinar uno o más puntos de conexión es particularmente difícil debido a las divergencias existentes entre todos los ordenamientos jurídicos nacionales. En segundo lugar, hay que comprobar si un punto de conexión, una vez elegido, debe ser el mismo para varias situaciones de estado civil o si el recurso a diferentes puntos sería más apropiado en función de cada situación. En tercer lugar, la excepción de orden público, que se espera que juegue un papel en casos en los que el conflicto de leyes está involucrado, podría en todo caso, socavar la esperada continuidad transfronteriza del estatuto personal.

Teniendo en cuenta estas importantes objeciones, hasta qué punto debería ser esta la solución aconsejable, es en gran medida cuestionable.

C) El reconocimiento derivado de la autonomía privada

Existe otra solución que podría proporcionar una respuesta a los efectos transfronterizos de las situaciones jurídicas vinculadas al estado civil.

En principio, la determinación de la ley aplicable sobre la base de uno o más puntos de conexión establecidos en la legislación de la UE, podría ser el enfoque adoptado si ninguna opción es expresada por parte de los ciudadanos. Sin embargo, si a los ciudadanos se les permitió elegir la ley aplicable a un hecho relacionado con el estado civil, tal elección ya podría determinar el ordenamiento jurídico más próximo a su estado civil, aunque sujeto a la consabida excepción de orden público de cada Estado miembro. Del mismo modo, los ciudadanos podían prever los derechos y obligaciones relevantes derivados de su estado civil, que afectan no solamente a su esfera privada, sino también a los intereses públicos.

Sin embargo, la autonomía privada en este campo no parece aconsejable. Como observación general, el permitir que los ciudadanos elijan la ley aplicable a hechos de su vida sin algún tipo de directriz previa, puede conducir a una confusión e inconsistencia en su tratamiento. Por otra parte, la ausencia de claras reglas/parámetros bajo los cuales tal elección debe ejercerse implica que, como podría esperarse, una de las partes podría resultar menos protegida. Además, la adopción de un principio de “libertad de elección” de esta naturaleza puede dar lugar a un fenómeno no deseado de “turismo de estado civil”, en la medida en la

que el propio estado civil podría ser determinado por los propios sujetos privados.

Por último, se podría crear una discriminación inversa (discriminación *à rebours*) si las reglas fuesen únicamente aplicables a situaciones transfronterizas, pero no a situaciones puramente nacionales.

A la vista de lo anterior, parece que la autonomía privada tampoco parece la opción a seguir.

VII. Los resultados de las consultas con las partes interesadas

Tras la adopción del Libro Verde, tuvo lugar una amplia Consulta.

El resultado arrojado por las contribuciones fue que la mayoría de los Estados miembros y de las partes interesadas se mostraban partidarios de la intención de la Comisión de suprimir las formalidades administrativas relativas a la verificación de la autenticidad de los documentos públicos. No obstante, a la vez, se subrayó la necesidad de introducir salvaguardias, como la posibilidad de verificar la autenticidad de los documentos públicos a través de una cooperación administrativa reforzada en toda la UE, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y reducir al mínimo el fraude.

No se ha conseguido respaldar el reconocimiento automático de los certificados de estado civil.

De acuerdo con los que han contribuido a esta consulta, la aplicación de un principio de reconocimiento mutuo automático en materia de estado civil podría crear confusión e incertidumbre en lugar de facilitar la vida de los ciudadanos. Si lo analizamos con mayor detenimiento, un enfoque uniforme para todos no es apropiado para todo “tipo” de estado civil. De hecho, los registros relacionados se refieren a asuntos en los que existen diferencias considerables entre los sistemas jurídicos de los distintos Estados miembros. Por lo tanto, si se adoptara esta solución, podría conllevar nuevos problemas prácticos no deseados (como “turismo de estado civil”) e incluso podría obligar a algunos Estados miembros a respetar e implementar situaciones jurídicas que resultarían contrarias a su propia ley sustantiva y principios de orden público.

Para ser más precisos, un resultado así sería contrario a la soberanía de los Estados miembros, en particular en lo relativo a la política familiar (tal y como se protege sobre todo a través del art. 81.3º TFUE), que sería socavada gradualmente. Esto es cierto sobre todo en el caso de los “matrimonios homosexuales” o “parejas de hecho del mismo sexo”, que podrían ser legalmente formalizados en algunos Estados miembros, mientras que en otros Estados miembros no existiría

una figura correlativa para ellos. Una propuesta de facto por la que se inste a un Estado miembro, en el que no exista un marco legal para el reconocimiento formal de las relaciones entre personas del mismo sexo, a reconocer y dar pleno efecto jurídico a las relaciones entre personas del mismo sexo constituidas en otro Estado miembro, sería una herramienta para imponer la política o decisiones sociales de algunos Estados miembros sobre todos los demás.

Por último, el documento de la consulta no se ocupa de las cuestiones relacionadas con la superación del mero valor probatorio de los certificados de estado civil. Por lo tanto, el Libro Verde falló a la hora de encontrar un equilibrio justo entre la validez transfronteriza de una situación jurídica establecida en el extranjero y la necesaria salvaguarda del ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido.

Debido al hecho de que la primera aspiración resultó ser amplia y ambiciosa, el objetivo de apoyar el reconocimiento automático de los efectos de un registro del estado civil se ha dado por vencido.

VIII. La Propuesta de la Comisión: fundamentos y objetivos de la acción propuesta

La Propuesta de la Comisión, basada en el art. 21.2º TFUE, es el paso que siguió al Libro Verde de 2010.

Tal y como se ha descrito anteriormente, la Propuesta se refiere exclusivamente a la primera parte del Libro Verde, destinada a abolir los requisitos de autenticación de documentos públicos utilizados en el extranjero. Por lo tanto, no se ocupa de cuestiones relacionadas con los efectos de los certificados de estado civil, ni introduce la recomendada armonización total de todos los documentos públicos existentes en los Estados miembros.

La Propuesta facilita y mejora el ejercicio de la libre circulación de los ciudadanos y las empresas mediante el establecimiento de un conjunto claro de reglas horizontales que eximen a los documentos públicos emitidos en un Estado miembro, pertenecientes a su ámbito de aplicación, de todos los trámites administrativos relacionados con su autenticación (legalización, apostilla) en vista de su “aceptación” en otros Estados miembros (art. 1), mientras que simplifica otras formalidades (copias certificadas, traducciones juradas).

La Propuesta también establece los formularios estándar multilingüe de la UE, relativos a determinados hechos jurídicos con el fin de reducir aún más los restantes requisitos de traducción. Se espera que estos formularios estándar ahorren costes y tiempo para los ciudadanos y empresas de la UE, a la par que faciliten la verificación de su autenticidad por las autoridades nacionales involucradas. En

consecuencia, se espera que reduzcan sustancialmente los casos de falsificación de documentos públicos, manteniendo así el interés público general de garantizar la autenticidad de los documentos públicos empleados en el mercado único, así como la necesidad de recurrir a la cooperación administrativa entre las autoridades competentes de los Estados miembros (art. 1).

Con carácter general, las medidas de la UE están dirigidas a:

i) Mediante la supresión de los requisitos de legalización, apostilla y simplificando el uso de copias y traducciones, a reducir las dificultades prácticas a las que se enfrentan los ciudadanos en la producción de pruebas transfronterizas de determinados hechos jurídicos, así como la disminución de la burocracia relacionada, costes (incluyendo los de traducción) y retrasos.

ii) Mediante la simplificación de las normas y procedimientos que se aplican actualmente entre los Estados miembros en materia de verificación de la autenticidad de determinados documentos públicos, a simplificar el marco jurídico fragmentado que regula la circulación de dichos documentos dentro de la UE.

iii) Mediante la facilitación de las garantías necesarias, a garantizar un nivel más eficaz de detección de fraude y falsificación de documentos públicos en su utilización transfronteriza, incluso a través de la mejora de la cooperación administrativa entre las autoridades de los Estados miembros.

iv) Al abordar la discriminación indirecta entre los mismos tipos de documentos públicos de distintos Estados miembros, por lo que a su autenticación se refiere –documentos públicos procedentes de otros Estados miembros ya no requerirían trámites administrativos adicionales en comparación con los nacionales idénticos o equivalentes–, a eliminar los riesgos de discriminación entre los ciudadanos y las empresas de la UE.

IX. Principales características de la Propuesta

Con el fin de alcanzar los objetivos mencionados, la Propuesta cubre la “aceptación” de una serie de documentos públicos (las áreas cubiertas por estos documentos se enumeran expresamente)¹³ expedidos por Estados miembros que se presentarán ante las autoridades de otro Estado miembro en escenarios transfronterizos, dotándolos de valor probatorio formal. El término “aceptación” se ha

¹³ Los certificados de estado civil no se citan formalmente en el listado de documentos que caen bajo el ámbito de aplicación del Reglamento. Sin embargo, es evidente que la mayoría de ellos se refieren al estado civil.

utilizado por primera vez en el Reglamento nº 650/2012 (art. 59) y se refiere únicamente al valor probatorio del instrumento y su autenticidad, y más específicamente, a las competencias de la autoridad que expide el documento público, con independencia de su contenido. Este término sólo se refiere a las formalidades, por lo que no se ocupa de los efectos de los hechos jurídicos o relaciones cuyo origen esté en otros Estados miembros. Por lo tanto, es más restringido que el término “reconocimiento”¹⁴. Tanto los documentos privados como los documentos expedidos por las autoridades de terceros Estados quedan fuera del ámbito de aplicación de la Propuesta¹⁵. Por otra parte, se establece claramente que la cuestión del reconocimiento del contenido de los documentos públicos expedidos por los Estados miembros no se ha abordado (arts. 2-3).

En la Propuesta original, como principio general, los documentos públicos procedentes de los Estados miembros e incluidos en su ámbito de aplicación, están exentos de todas las formas de legalización o formalidades similares (art. 4). En consecuencia, las autoridades no pueden exigir la presentación paralela del original de un documento público y de su copia certificada expedida por las autoridades de otros Estados miembros. Por otra parte, las autoridades tienen que aceptar una copia no certificada si el documento original se presenta junto a esta. Del mismo modo, las traducciones no juradas de documentos públicos expedidos por los Estados miembros deben ser aceptadas, a menos que exista una duda razonable sobre la veracidad o calidad de su traducción (arts. 5-6).

En el caso de que la autoridad del Estado miembro en el que se presente un documento tenga una duda razonable sobre la autenticidad del mismo (en particular en cuanto a la autenticidad de la firma, la calidad en la que el signatario del documento haya actuado o la identidad del sello o estampilla) que no pueda ser resuelto de otra manera, deberá presentar una solicitud de información a las autoridades competentes del Estado miembro en el que el documento fue emitido, a través de la cooperación administrativa con base en el Sistema de Información del Mercado Interior (IMI), establecido por el Reglamento (UE) nº 1024/2012. Las autoridades requeridas deben responder a estas solicitudes en el plazo más breve posible (no más de un mes como máximo) (arts. 7-10). Se espera que tal cooperación administrativa funcione como una barrera de protección contra los documentos fraudulentos.

¹⁴ P. Lagarde, “The Movement of Civil-Status Records in Europe”, *loc. cit.*, p. 4. Vid. J. Fitchen, “Recognition. Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation”, *J. Priv. Int’l L.*, 2012, pp. 323 ss.

¹⁵ El enfoque adoptado por la UE en la adopción del Reglamento 4/2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, que se remite a la Convención de la Haya de 23 noviembre 2007, no se ha seguido.

La Propuesta también introduce formularios normalizados multilingües de la UE (en todas las lenguas oficiales) relativos al nacimiento, la defunción, el matrimonio, las parejas de hecho registradas y la personalidad jurídica y la representación de una sociedad u otras empresas (art. 11). Estos formularios deberán ponerse a disposición de los ciudadanos y las empresas por parte de las autoridades de los Estados miembros de forma voluntaria, como alternativa a los documentos públicos equivalentes existentes en dicho Estado miembro. En consecuencia, los formularios estandarizados no serán obligatorios, a fin de no perjudicar el uso de documentos públicos equivalentes emitidos por autoridades del Estado miembro de origen. Sin embargo, una vez que el ciudadano o entidad decida utilizar el formulario estándar de la UE en un caso transfronterizo concreto, en lugar de su equivalente nacional vigente en el Estado miembro de emisión, las autoridades nacionales tendrían la obligación de emitir este formulario estándar en particular bajo las mismas condiciones (por ejemplo, en lo que respecta a los honorarios/ tasas) que las del documento público equivalente existente en dicho Estado miembro. Del mismo modo, las autoridades del Estado miembro requerido (receptor) tendrían que aceptar tal formulario y considerarlo igualmente válido, como su nacional equivalente, sin necesidad de traducción. Como cuestión de hecho, en cuanto a su autenticidad, estos formularios deben tener el mismo valor probatorio formal que los documentos públicos similares elaborados por las autoridades del Estado miembro emisor. Coherentemente, los formularios estandarizados de la UE no producirán efectos jurídicos en lo que respecta al reconocimiento de su contenido cuando se presentan en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que se emitieron (arts. 11–15).

En cualquier caso, la propuesta de Reglamento no debe impedir la aplicación del Derecho de la UE que contenga disposiciones en los mismos campos, sino que debe complementarlo (*vid.*, *v.gr.*, art. 52 del Reglamento (CE) n° 2201/2003). Por otra parte, entre los Estados miembros, la Propuesta debe prevalecer sobre los convenios bilaterales o multilaterales en los que los Estados miembros sean parte y que aborden cuestiones que caigan bajo su aplicación (véase, por ejemplo, el Convenio CIEC o el Convenio de Apostilla 1961) (arts. 16–18; Considerandos 19–20).

X. El desarrollo de la negociación del texto actual en la UE

A raíz de la Propuesta de la Comisión, se han sucedido una serie de reacciones en el Parlamento europeo (DOC 5905/2014¹⁶)

¹⁶ *Vid* Informe del Parlamento europeo sobre la Propuesta aprobada el 4 febrero 2014.

El alcance de la Propuesta se ha ampliado considerablemente para incluir otras categorías de documentos públicos que deberían caer bajo el ámbito de la propuesta de Reglamento. Por otra parte, la exención de los trámites administrativos se ha limitado claramente a la legalización y a la apostilla. Desde el punto de vista del Parlamento de la UE, las copias simples de un documento deben ser, en principio, aceptadas, en consonancia con el objetivo de facilitar las simplificaciones de las formalidades en situaciones transfronterizas. Sin embargo, en caso de duda, las autoridades deben poder recabar información de la autoridad competente o solicitar un original o una copia certificada. Del mismo modo, como regla general, las traducciones no juradas deben ser aceptadas, mientras que las juradas deben ser requeridas sólo en casos excepcionales, con el fin de limitar los costes sustanciales sufridos por ciudadanos de la UE. Una de las piedras angulares de la Propuesta ha sido la creación de formularios normalizados multilingües de la UE, destinados simplemente a evitar la necesidad de traducción. La introducción de los formularios estándar ha sido apoyada, puesto que hacen la vida más fácil a los ciudadanos. En consecuencia, la lista de formularios disponibles se ha ampliado con el fin de cubrir los supuestos más comunes.

Sin embargo, en una etapa posterior, el texto de la Propuesta, presentado por la Comisión de la UE en su versión inicial y modificado después por el Parlamento de la UE, no ha sido aceptado por todas las delegaciones de los Estados miembros.

En vista del debate sobre esta cuestión, a nivel del Grupo de Trabajo, la Presidencia (DOC 15843/2014¹⁷) sugirió reducir el alcance de la propuesta de Reglamento sólo a los asuntos de estado civil. En consecuencia, las definiciones de “documentos públicos”, según lo previsto en la Propuesta modificada, se han modificado. Por otra parte, no ha gozado de aceptación el principio de que las traducciones no juradas deben ser aceptadas automáticamente. Se ha sugerido que una traducción jurada no debería ser necesaria en casos en que el documento público se ha redactado en el idioma oficial del lugar en que se presenta. Por otra parte, debido a las reservas que se han expresado sobre la creación de formularios normalizados multilingüe de la UE en el ámbito de los asuntos de estado civil como documentos públicos autónomos, se ha sugerido que estos formularios tengan simplemente un contenido común armonizado y sin ningún valor jurídico autónomo, en orden a ser utilizados como una pura ayuda a la traducción, adjunta a los documentos públicos nacionales correspondientes. Una reflexión más profunda se ha efectuado sobre la relación entre la propuesta de Reglamento y los convenios bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados

¹⁷ El Consejo (Justicia y Asuntos de interior), en su reunión de 4-5 diciembre 2014, aprobó una serie de guías de orientación sobre ciertos elementos clave de la Propuesta.

miembros en este campo, incluso a la luz del impacto del Dictamen del TJUE 1/13¹⁸.

Sobre la base de las directrices ahora mencionadas, se han hecho algunos ajustes al texto (DOC 6812/2015¹⁹).

Por un lado, el ámbito de aplicación de la Propuesta se ha reducido de manera que abarca tan solo las cuestiones de estado civil. Por otro lado, ahora se prevé expresamente que la aplicación de los acuerdos internacionales pertinentes en los que los Estados miembros son ya partes, no debe verse afectada por la propuesta de Reglamento, aunque éste debe prevalecer sobre las antiguas disposiciones que regían las relaciones entre Estados miembros que sean partes contratantes. Además, teniendo en cuenta las implicaciones que el futuro Reglamento debería abordar a la luz del Dictamen 1/13 de la TJUE, parece que el nuevo Reglamento no debería impedir a los Estados miembros “la negociación, conclusión, adhesión, modificación y aplicación de acuerdos y convenios internacionales con terceros Estados en materia de legalización o formalidad análoga de documentos públicos cubiertos por el presente Reglamento, ni de decidir sobre las adhesiones de nuevas Partes Contratantes en esos acuerdos” (nuevo art. 18.2º.b) en su forma enmendada).

Aunque el texto de la Propuesta, en su estado actual, debe considerarse un compromiso final, la cuestión de la competencia externa de la UE en materia de legalización o trámites similares en el área cubierta por la Propuesta necesita ser aclarada y resuelta, así como los otros temas no cubiertos por el compromiso (traducciones, formularios estandarizados multilingües, etc.). Por lo tanto, se espera una mayor reflexión a nivel técnico, que tendrá lugar durante los debates todavía en curso.

XI. Qué sucederá ahora: ¿documentos públicos sin fronteras?

Dentro de un área de integración social y económica avanzadas, los ciudadanos de la UE deberían poder beneficiarse plenamente de los derechos y libertades garantizados por los Tratados y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Sin embargo, la UE abarca una gran variedad de ordenamientos jurídicos que pueden obstaculizar el pleno disfrute de las libertades del mercado interior. En concreto, los procedimientos administrativos varían entre los Estados miem-

¹⁸ Vid. P. Beaumont, “A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13”, *Working Paper Series 2015*, disponible en <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>.

¹⁹ Propuesta de compromiso final presentada por la Presidencia al Consejo.

bros, pudiendo constituir en sí mismos, de facto, una barrera a la libre circulación dentro de la UE.

Parece que en la actualidad, lo adecuado sería la eliminación o reducción de la burocracia siempre que esto sea posible.

El enfoque actual de la UE en este campo (mediante la supresión de los engorrosos requisitos de autenticación y la simplificación del uso de copias certificadas y traducciones juradas de documentos públicos en el ámbito transfronterizo) es más que bienvenido y constituirá un paso importante para facilitar y mejorar el ejercicio pleno de los derechos de los ciudadanos en el seno de la UE.

Sobre todo, se espera que la Propuesta reduzca los costes asociados a la obtención de una apostilla²⁰ o legalización (aunque en un análisis más detallado, no resulten demasiado altos). En este sentido, parece apropiado que la amplia gama de documentos públicos propuestos originalmente se haya limitado, gracias a los últimos debates, a los documentos relativos al estado civil personal. Esto facilitaría la supervisión de la efectividad del nuevo sistema. Por otra parte, la propuesta de Reglamento debería facilitar la aceptación de dichos documentos en otros Estados miembros, lo que permitiría ahorrar tiempo en probar la identidad personal de los ciudadanos que se muden al extranjero.

En este contexto, la cooperación entre las autoridades públicas de cada país es crucial para reducir los posibles costes y la carga de trabajo vinculados a la verificación de los documentos dudosos. Este efecto positivo se debe lograr por el Sistema IMI, que permite un diálogo rápido y eficaz entre las autoridades administrativas nacionales pertinentes en los casos de solicitudes de información, consolidando la confianza mutua entre los Estados miembros y evitando el fraude.

Este mecanismo se podría mejorar aún más a través de la utilización de ciertos formularios normalizados multilingües, destinados a la estandarización de la forma y detalles contenidos en el documento; éstos deben ser bien recibidos en la medida en la que suprimen o reducen los requisitos de traducción, lo que supone un ahorro de tiempo y dinero en el proceso de traducción. Originalmente se había propuesto que estos formularios estándar tuviesen el mismo valor probatorio formal que los documentos nacionales de dicho Estado miembro. Sin embargo, recientemente se ha preferido simplemente adjuntar el formulario a los documentos nacionales originales con el fin de evitar la creación de formularios independientes traducidos con valor probatorio propio.

²⁰ La Convención de la apostilla se seguirá aplicando en todos los Estados miembro en relación con los documentos públicos salientes, emitidos en un tercer Estado y documentos entrantes, expedidos en un tercer Estado miembro.

A pesar de esto, el siguiente inconveniente no debe ser subestimado.

En primer lugar, debido a su alcance limitado (por razón de materia y ámbito territorial), la propuesta de Reglamento se limita a añadir otro régimen uniforme para el sistema de autenticación existente de los documentos públicos extranjeros (es decir, un control a posteriori dentro la UE, la utilización de la apostilla entre países de la UE y no-UE, la legalización tradicional entre la UE y todos los demás Estados, y cualquier otro régimen especial que pueda aplicarse sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales).

En segundo lugar, es dudoso que las soluciones previstas por el Reglamento en cuestión podrían de alguna manera mejorar la portabilidad transfronteriza de una situación jurídica vinculada a un certificado de estado civil. Como ya se ha señalado, el objetivo general de la Propuesta es simplemente el reducir los trámites transfronterizos adicionales. Ni armoniza el Derecho sustantivo de los Estados miembros en los campos, ni requiere a un Estado miembro a reconocer los efectos de un certificado de estado civil expedido en otro Estado miembro. En consecuencia, las cuestiones de reconocimiento de la condición personal y/o familiar establecido en virtud de la ley de otro Estado miembro todavía entran en juego y las llamadas “situaciones claudicantes” están lejos de ser resueltas. En este sentido, los matrimonios homosexuales transfronterizos podrían ser un buen ejemplo del impacto (nulo) que la propuesta de Reglamento (im)probablemente pueda tener sobre la portabilidad de estatuto personal²¹.

En virtud de la legislación nacional de un número creciente de países, las parejas del mismo sexo tienen derecho a contraer matrimonio. La situación jurídica derivado de esa relación es lícita y puede tener efectos jurídicos. Al trasladarse a un país donde el matrimonio entre personas del mismo sexo sea también legal, las autoridades administrativas y los tribunales del Estado de acogida reconocerán por completo el estado civil válidamente establecido en el extranjero, colocando tal pareja homosexual y a las parejas casadas nacionales en una situación equivalente. Los problemas pueden surgir en aquellos Estados en los que el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido.

Por ejemplo, Italia no ha aprobado por el momento una legislación sustantiva sobre parejas del mismo sexo²². Una vez que una pareja del mismo sexo se case

²¹ J. Borg-Barthet, “The Principled Imperative to Recognize Same-sex Unions in the EU”, *Jour. Priv. int. law*, 2012, pp. 359 ss; K. Boele-Woelki, “The Legal Recognition of Same-sex Relationship within the European Union”, *Tulane L. Rev.*, 2008, p. 1949 ss; A. Tryfonidou, “EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: the case for Mutual Recognition”, en C. Casonato y A. Schuster (eds.), *Rights on the move: rainbow families in Europe: proceedings of the conference: Trento, 16–17 October 2014*, 2014, e-book ISBN: 978–88–8443–591–0, pp. 137 ss.

²² Un cambio legal en este tema no parece viable en Italia, dado que el contexto político no es favorable.

en el extranjero y busque la actualización de su estado civil (transcripción del acta de matrimonio extranjero en el registro civil italiano), es probable que el Registrador civil italiano pueda evaluar si el registro de un matrimonio extranjero del mismo sexo esté permitido por la ley italiana. Del mismo modo, es probable que la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero se considere dudosa bajo el ordenamiento jurídico italiano, puesto que bajo la aplicación del ordenamiento italiano, tal matrimonio implicaría una violación del orden público (siempre que uno de los miembros sea italiano)²³.

Según la antigua jurisprudencia italiana, los matrimonios homosexuales extranjeros no pueden equipararse con un matrimonio convencional, debido a la falta del requisito esencial del sexo opuesto de los cónyuges²⁴. Por lo tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo extranjero, debe ser considerado como “inexistente” en el ordenamiento jurídico italiano y contrario al orden público italiano. De acuerdo con ello, la denegación de inscripción del matrimonio es lícita²⁵.

Más recientemente, a la luz de la jurisprudencia del TEDH²⁶, la Corte de Casación sostuvo que, aunque los matrimonios del mismo sexo ya no podían ser considerados como “inexistente” en el ordenamiento jurídico italiano, estas relaciones son, sin embargo, “no aptos para producir efectos bajo el Derecho italiano”²⁷. Los miembros de la pareja serán cónyuges en el Estado miembro de origen, pero no existirán vínculos familiares en Italia²⁸. En consecuencia, la falta

²³ Art. 18, D.p.r. 3.11.2000, n. 396 (Gazz. Uff. n. 303, 30.12.2000, Suppl. Ordinario n. 223); Circolare del Ministero degli interni 18.10.2007 n. 55.

²⁴ Corte costituzionale, 15.04.2010, n. 138; Corte costituzionale, 11.06.2014, n. 170.

²⁵ Tribunale di Latina, decreto 10.06.2005; Tribunale di Treviso, decreto 19.05.2010.

²⁶ TEDH, 24.06.2010, *Schalk e Kopf c. Austria*.

²⁷ Cass. civ., 15.03.2012, n. 4184; Cass. civ., 9.02.2015, n. 2400/15; Tribunale di Milano, decreto 17.07.2014; Tribunale di Pesaro, decreto 21.10.2014, n. 1428; *contra* Tribunale Grosseto, decreto 9.04.2014, *vid.* H. J. Sonnenberger, “Transkription einer von zwei Italienern in den USA –New York– geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe in das italienische Personenstandsregister”, *IPrax*, 2014, pp. 547 ss. En toda la jurisprudencia italiana mencionada, las reglas de conflicto fueron totalmente obviadas o brevemente referenciadas.

²⁸ G. Biagioni, “On recognition of foreign same-sex marriages and partnerships”, en Gallo, Paladini, Pustorino (eds.), *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions*, Berlino, 2014, pp. 359 ss; E. de Götzen, “Rainbow Families e Diritto Internazionale Privato: Conflitti di Norme e Conflitto di Valori nella Circolazione degli Status Personali”, en C. Casonato, A. Schuster (eds.), *Rights on the move ...*, *op. cit.*, p. 175; F. Mosconi, C. Campiglio, “Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce di recenti pronunce”, *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2012, pp. 73 ss.; A. Schuster, “Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio”, en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012; M. Meli, “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l’incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali”, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, pp. 451 ss; E. Bergamini, “Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana”, *ibid.*, pp. 461 ss; L. Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell’Unione europea*, Pádua,

de reconocimiento del estado civil de los cónyuges del mismo sexo dificulta en el extranjero los derechos y libertades garantizados por la legislación comunitaria. Huelga decir que este criticable resultado afecta tanto a la paternidad por personas del mismo sexo (afectando a la relación de filiación y la guarda, custodia y adopción) como a los menores nacidos o criados dentro de este tipo de uniones, quienes pueden verse privados del establecimiento de una filiación legal con respecto a uno o a ambos progenitores, teniendo, en consecuencia, un estatus diferente en los Estados Miembros²⁹.

XII. Conclusiones

El breve análisis efectuado en los epígrafes anteriores permite algunas conclusiones que ahora siguen.

Se espera que la Propuesta aporte un valor añadido mediante el establecimiento de principios horizontales sobre el uso y la aceptación de los documentos públicos en materia de estado civil entre los Estados miembros. Por lo tanto, debe ser funcional para establecer un espacio jurídico y judicial común, mediante el cual los ciudadanos puedan presentar pruebas de cierto estatus sin que haya necesidad de realizar largos y costosos procedimientos burocráticos.

Sin embargo, el establecimiento del reconocimiento automático de estado civil (registros) no era factible ya que no ha habido suficiente apoyo político para un proyecto de este tipo. En consecuencia, la propuesta de Reglamento no se ocupa de las complejidades legales y dificultades que surgen inevitablemente de acuerdo con la (negada) continuidad del estatuto personal en toda la UE, dada la existencia de diferentes leyes y políticas. Por lo tanto, la incertidumbre que rodea todavía a la portabilidad de los elementos del estatuto personal en toda la UE se prevé que socave gravemente los beneficios previstos para los ciudadanos de la UE, a la vez que la existencia de situaciones claudicantes no contribuye a lograr el deseado objetivo de seguridad jurídica a nivel transfronterizo.

En vista de lo anterior, es dudoso que el nuevo Reglamento, una vez adoptado, pueda realmente tener éxito a la hora de marcar una diferencia real en la vida de los ciudadanos.

2007, pp. 217 ss. Vid también TEDH, caso n. 26413/12, 20 abril 2012, *Orlandi e altri c. Italia*; n. 18766/11, 21.03.2011, *Oliari e Longhi c. Italia*; n. 36030/11, 10 junio 2011, *Felicetti e altri c. Italia*, pendiente de resolución.

²⁹ *Contra* Tribunale di Roma, 30 julio 2014, n. 299. Vid G. Rossolillo, “Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell’ordinamento italiano”, *CDT*, 2014, p. 245 ss. Sobre el reconocimiento en supuestos de maternidad subrogada, vid. TEDH, 26 junio 2014, *Mennesson v. Francia* e *Labassee v. Francia*; 27 enero 2015, *Paradiso e Campanelli v. Italia*. Vid. también Corte di appello di Torino, decreto 29 octubre 2014.

Bibliografía

- Baratta, R.: “Problematic Elements of an Implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Personal and Family Status in the EC”, *IPrax*, 2007, pp. 6–11.
- Beaumont, P.: “A Critical Analysis of the Judicial Activism of the Court of Justice of the European Union in Opinion 1/13”, *Working Paper Series 2015*, disponible en <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>.
- Bergamini, E.: “Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, pp. 461 ss.
- Biagioni, G.: “On recognition of foreign same-sex marriages and partnerships”, en Gallo, Paladini, Pustorino (eds.), *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions*, Berlino, 2014, pp. 359 ss.
- Boele-Woelki, K.: The legal recognition of same-sex relationship within the European Union, en *Tulane L. Rev.*, 2008, pp. 1949 ss.
- Borg-Barthet, J.: The principled imperative to recognize same-sex unions in the EU, en *Jour. Priv. int. law*, 2012, pp. 359 ss.
- Buschbaum, M.: “La reconnaissance de situations juridiques fondées sur les actes d'état civil ? – Réflexions critiques sur l'abandon de la méthode résultant des règles de conflit de lois”, *Recueil Dalloz*, 2011, pp. 1094–1100.
- Callè, P.: *Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents within and outside the European Union (proposal for a regulation, COM(2013)228)*, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf).
- Clancy, M.P.: *Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the EU and beyond*, disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf).
- de Götzen, E.: “Rainbow Families e Diritto Internazionale Privato: Conflitti di Norme e Conflitto di Valori nella Circolazione degli Status Personali”, en C. Casonato, A. Schuster (eds.), *Rights on the move: rainbow families in Europe: proceedings of the conference: Trento, 16–17 October 2014*, 2014, e-book ISBN: 978–88–8443–591–0, p. 175.
- Duintjer Tebbens, H.: “Vers une ‘libre circulation’ des actes authentiques dans l'Union Européenne. Reflexions à propos d'un arrêt du tribunal Supremo d'Espagne du 19 juin 2012”, en J. Forner Delagüa, C. González Beilfuss, R. Viñas Farré (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, 2013, pp. 316 ss.
- Fitchen, J.: “Recognition, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation”, *J. Priv. Int'l law*, 2012, pp. 323 ss.
- Kohler, C.: “Towards the Recognition of Civil Status in the European Union”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2013/2014, pp. 13–30.
- Lagarde (ed.), P.: *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013.
- Lagarde, P.: The Movement of Civil-Status Records in Europe, and the European Commission's Proposal of 24 April 2013, *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2013/2014, pp. 1–12.

- Lehmann, M.: "Recognition as a substitute for conflict of laws?", en S. Leible, *Principles of European Private International Law*, forthcoming.
- Meli, M.: "Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: l'incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, pp. 451 ss.
- Mosconi, F. y Campiglio C.: "Il riconoscimento del matrimonio omosessuale alla luce di recenti pronunce", en *Diritto, Immigrazione, Cittadinanza*, 2012, pp. 73 ss.
- Rossolillo, G.: "Spunti in tema di riconoscimento di adozioni omoparentali nell'ordinamento italiano", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, pp. 245 ss.
- Schuster, A.: "Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio", *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012.
- Tomasi, L.: *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Pádua, 2007.
- Tryfonidou, A.: "EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: the case for Mutual Recognition", en C. Casonato y A. Schuster (eds.), *Rights on the move: rainbow families in Europe: proceedings of the conference: Trento, 16-17 October 2014*, 2014, e-book ISBN: 978-88-8443-591-0, pp. 137 ss.

LA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA, ¿PUNTO FINAL O PUNTO Y SEGUIDO? *

Josep M. FONTANELLAS MORELL **

SUMARIO: I. Introducción. II. Las características principales del CESL bajo la óptica del DIPr. III. Naturaleza jurídica de las disposiciones del CESL. IV. El CESL como regulación opcional. V. Ámbito material de aplicación del CESL. VI. Ámbito territorial de aplicación del CESL. VII. Ámbito personal de aplicación del CESL. VIII. Perspectivas de futuro.

RESUMEN: La propuesta de reglamento comunitario concerniente a una normativa común sobre compraventa europea, hecha pública por la Comisión Europea en octubre de 2011, parece haber agotado su recorrido en diciembre de 2014, cuando, en el calendario de trabajo para el siguiente ejercicio, la propia Comisión anuncia su transformación en una iniciativa legislativa más amplia dirigida a regular, desde diversos puntos de vista, el mercado único digital. Esta reconducción se ha confirmado en mayo de 2015, al haberse comprometido la Comisión a presentar antes de que finalice el año una propuesta para armonizar las reglas europeas relativas al comercio electrónico transfronterizo de contenidos digitales. Queda por ver si este renovado proyecto será una simple adaptación del anterior a las características de la contratación en línea o, si al menos en parte, se tratará de un articulado de nueva factura. Tanto en uno como en otro caso, sin embargo, el texto resultante debería incorporar diversas mejoras técnicas que, en aspectos como la opcionalidad de la regulación o los ámbitos de aplicación de la misma, evitaran la reaparición de algunas de las deficiencias que eran perceptibles en la normativa común de compraventa europea.

PALABRAS CLAVE: DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA – DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO – PRO-
PUESTA DE REGLAMENTO COMUNITARIO – NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA – RASGOS
PRINCIPALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – MERCADO ÚNICO DIGITAL.

ABSTRACT: *The common european sales law. The End point or point and followed?*

The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, released by the European Commission in October 2011, seems to have run its course in December 2014, when, in the Work Programme for 2015, the Commission announced its transformation into a wider legislative initiative to regulate, from various points of view, the Digital Single Market. This readjusting was confirmed in May 2015, when the Commission has undertaken to submit before the end of the year a proposal to harmonise the European rules on cross-border e-commerce of digital content. It remains to be seen whether

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación MINECO DER2012–37898–C02–01.

**Profesor agregado de Derecho internacional privado de la Universidad de Lleida.

this renewed project will be a mere adaptation of the former to the characteristics of online purchases or if, at least in part, it will be a brand new regulation. In either case, the resulting text should incorporate several technical improvements concerning issues such as the optional character of the regulation or its scope of application, in order to avoid the reiteration of some of the deficiencies that were noticeable in the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law.

KEY WORDS: EUROPEAN LAW – CONTRACT LAW – PROPOSAL FOR A EUROPEAN REGULATION – COMMON EUROPEAN SALES LAW – MAIN FEATURES FROM THE PERSPECTIVE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW – DIGITAL SINGLE MARKET.

I. Introducción

Propiamente hablando, el trayecto vital de la Normativa Común de Compra-venta Europea [en adelante, CESL, por las siglas de la denominación en inglés del proyectado instrumento (*Common European Sales Law*)] puede ser comprimido en tres fechas: nace el 11 de octubre de 2011¹, decrece el 28 de febrero de 2014² y muere el 16 de diciembre de 2014³. Sin embargo, el CESL ni surge de la nada ni se desvanece por completo, pues, por un lado, el texto es el resultado de un largo proceso de maduración legislativa en el seno de las instituciones comunitarias⁴; y, por el otro, todo hace pensar que la propuesta ahora abandonada se reconvertirá en una iniciativa centrada en el comercio electrónico, como parte de un amplio paquete normativo dirigido a regular el mercado único digital, que es uno de los sectores a los que la nueva Comisión quiere prestar especial atención⁵.

¹ El 11 de octubre de 2011, la Comisión Europea hace pública la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* [(PRCESL); COM(2011) 635 final. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:ES:PDF>)].

² Una significativa reducción del alcance material de la PRCESL se produce con ocasión de la aprobación en primera lectura, el 26 de febrero de 2014, de la *Posición del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* [(PPECESL); vid. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0159&language=ES&ring=A7-2013-0301>].

³ En una *Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, el 16 de diciembre de 2014, la Comisión presenta su Programa de trabajo para el año 2015: *Un nuevo comienzo* [COM(2014) 910 final (http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_es.pdf)]. Entre las retiradas o modificaciones legislativas previstas en el Anexo 2 de la *Comunicación*, la número 60 contempla una reorientación de la PRCESL “para liberar plenamente el potencial del comercio electrónico en el mercado único digital” (http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_withdrawals_es.pdf, p. 14).

⁴ Vid. los tres apartados siguientes.

⁵ El Anexo 1 de la citada *Comunicación* de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014, menciona como una las prioridades (la número 4) para el ejercicio 2015 el *Paquete del Mercado Único Digital*, con el objetivo de “garantizar que los consumidores disfruten de acceso transfronterizo a los servicios digitales, crear unas condiciones equitativas para las empresas y sentar las bases del dinamismo de la economía y la sociedad digitales” (http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2015_new_initiatives_es.pdf, p. 2). La voluntad de llevar a cabo esta reformulación ha sido reiterada por la Comisión en la *Comunicación al*

Rehuyendo la crónica completa –que desbordaría el objeto del presente trabajo–, debe reseñarse que la idea de confeccionar una normativa común europea en materia de contratos aparece, por vez primera, en una Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989⁶ –seguida por otra en el mismo sentido de 6 de mayo de 1994⁷–, en donde, para lograr la deseable armonización regulatoria en este terreno, se aboga –con ligereza no exenta de ingenuidad– por explorar la viabilidad de un “Código europeo de Derecho privado”. Los efectos de esta petición del Parlamento son más bien limitados, ya que no empiezan a tomarse cartas en el asunto hasta el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, en el que, a la hora de diseñar un verdadero espacio de justicia en la Unión Europea, entra en la agenda comunitaria la necesidad de avanzar en la confluencia de las reglamentaciones civiles nacionales⁸. La Comisión, por su parte, no interviene directamente en el debate hasta el 11 de julio de 2001, en que hace pública una Comunicación sobre Derecho contractual europeo⁹, que, partiendo de la normativa –material y conflictual– existente, sugiere –sin pretenderlas exhaustivas ni excluyentes– diversas alternativas –la inacción, la definición de unos principios comunes, la mejora de la legislación vigente y la adopción de nuevos instrumentos– para superar los obstáculos que, en la contratación transfronteriza, dificultan el correcto funcionamiento del mercado interior. En el plano institucional¹⁰, la Comunicación de la Comisión es replicada

Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 6 de mayo de 2015, que lleva por título *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, y cuyo apartado 2.1 explicita la intención de dar cauce, antes de que finalice el año, a una propuesta de regulación sobre esta problemática que contenga “normas de la UE armonizadas para compras en línea de contenidos digitales” [COM(2015) 192 final (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&rid=1>, p. 5)].

⁶ En la primera de sus conclusiones, la Resolución sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros decía que el Parlamento “Solicita que se dé comienzo a los trabajos de preparación indispensables para la elaboración de un Código europeo común de Derecho privado” (DO C 158 de 26.6.1989, p. 401).

⁷ Nuevamente, en el punto primero de la Resolución sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros (DO C 205 de 25.7.1994, p. 519).

⁸ La conclusión 39, incluida en el apartado VIII que hacía referencia a la “Mayor convergencia en Derecho civil”, señalaba: “Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles” (http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm).

⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo [COM(2001) 398 final (DO C 255 de 13.9.2001, pp. 1–12; anexos, pp. 13–44)].

¹⁰ En el campo académico –enormemente activo en el período en el que la publicación de los Principios de Derecho Europeo de Contratos encara la recta final [O. Lando/H. Beale (ed.), *The Principles of European Contract Law. Part I. Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht–Boston–Londres, 1995; O. Lando/H. Beale (ed.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, La Haya, 2000; O. Lando/E. Clive/A. Prüm/R. Zimmermann (ed.), *Principles of European Contract Law, Part III*, La Haya, 2003]–, la respuesta más influyente a la consulta de la Comi-

por la Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001¹¹, en la que éste insta a aquélla a presentar, en el marco del proceso de aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, un Plan de Acción, que la Comisión da a conocer en la Comunicación de 12 de febrero de 2003¹², al proponer una combinación de medidas –regulatorias y no regulatorias– tendentes a incrementar la coherencia del acervo comunitario en materia de contratos, promover la redacción de cláusulas contractuales tipo de alcance comunitario y estudiar la conveniencia de adoptar un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo. En este contexto y a modo de “paso intermedio” en la evolución de la reglamentación comunitaria, entra en escena el Marco Común de Referencia [MCR], concebido a la vez como utensilio de mejora cualitativa del *acquis communautaire* en lo correspondiente a los contratos y como base de un eventual instrumento opcional europeo relativo a los mismos¹³. El propósito de la Comisión de escalar temporalmente estos dos objetivos –ya presente en la Comunicación de 2003– se evidencia más nítidamente en la siguiente, la de 11 de octubre de 2004¹⁴, puesto que, en ella, aun cuando se persevera en la idea de llegar a adoptar un instrumento facultativo en el dominio contractual –fijando incluso los parámetros a partir de los cuales debatir sobre su oportunidad¹⁵–, su progreso parece quedar supeditado a los resultados que, en la mejora de la cali-

sión es la conjuntamente formulada por la Commission on European Contract Law y por el Study Group on a European Civil Code (http://www.sgecc.uos.de/media/downloads/stellungnahme_kommision_5_final1.pdf), porque, pese a las discrepancias de fondo con respecto a la codificación del Derecho europeo, ambos grupos coinciden en una serie de apreciaciones fundamentales –no dejar la solución de los problemas detectados en manos de unos mercados incapaces de brindar protección adecuada a los consumidores y de proporcionar una regulación consistente de la teoría general del contrato, mejorar la legislación actual con vistas a inducir de ella unos principios generales y una terminología uniforme susceptibles de integrarse en la reglamentación venidera, preparar un *restatement* del Derecho patrimonial europeo que constituya la base de un futuro instrumento comunitario, primero aplicable voluntariamente y más tarde de observancia obligatoria– mayoritariamente compartidas por los especialistas.

¹¹ En su extensa Resolución sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros, el Parlamento, tras felicitar a la Comisión por su toma de posición, que encuentra, empero, demasiado limitada (punto 9), se muestra partidario de la implantación, en un acto que debería revestir la forma de un reglamento (punto 20), de un estatuto contractual europeo de carácter optativo (punto 11), por lo que “pide [a la Comisión] que en el proceso de aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros presente ... un plan de acción”, cuyos pasos pauta con detalle (punto 14) (DO C 140E de 13.6.2002, pp. 538–542).

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción [COM(2003) 68 final (DO C 63 de 15.3.2003, pp. 1–18; anexo, pp. 19–43)].

¹³ Especialmente ilustrativo sobre el particular el Resumen de la Comunicación de 2003 (DO C 63 de 15.2003, p. 1).

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro [COM(2004) 651 final (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0651&from=ES>, pp. 1–14; anexos, pp. 15–23)].

¹⁵ COM(2004) 651 final, anexo II, pp. 18–23.

dad y la coherencia del acervo comunitario, arroje el MCR, del que, por otra parte, la Comunicación esboza los criterios de preparación y elaboración, la estructura y el contenido¹⁶.

Alumbrado el MCR por la Comunicación 2003 y perfilado por la subsiguiente de 2004, la Comisión encomienda¹⁷ su redacción a la red de excelencia europea CoPECL¹⁸ que, constituida en mayo de 2005, debe entregar su trabajo a finales de 2007. Para velar por el cumplimiento de las medidas establecidas en el Plan de Acción, la Comisión emite dos informes, uno el 23 de septiembre de 2005¹⁹ y otro el 25 de julio de 2007²⁰, en los que verifica los avances producidos en su implementación, sin dejar de poner de relieve en el segundo de ellos que el MCR tiene que responder al designio inicial de ser una “caja de herramientas” puesta a disposición del legislador comunitario para que, en el Derecho de contratos, revise la normativa vigente y prepare la futura²¹. Las restantes instituciones de la Unión concernidas por la iniciativa no pierden ocasión, durante la etapa de confección y difusión del MCR –que se prolonga hasta 2009– de manifestar su posición al respecto. Así lo hace el Parlamento Europeo en sus resoluciones de 23 de marzo de 2006²² –en la que solicita ser tenido en cuenta en el desarrollo del proceso, petición que reitera en todos sus pronunciamientos posteriores–, de 7 de septiembre de 2006²³ –en donde defiende un MCR que no se limite al Derecho del consumo y sea consciente de que a la larga puede desembocar en un instru-

¹⁶ COM(2004) 651 final, pp. 10–14, y anexo I, pp. 15–17.

¹⁷ El encargo se formaliza por medio del contrato n° CIT3–513351, que la red CoPECL (*Joint Network on European Private Law–CoPECL*) firma después de que su proyecto *Towards a European Contract Law* merezca financiación (ftp://ftp.cordis.lu/pub/citizens/docs/kickoff_p7_p8_2004.pdf, pp. 153–157) dentro del “VI Programa Marco de Investigación de la Unión Europea” –en el campo de investigación prioritario “Los ciudadanos y la gobernanza en una sociedad del conocimiento”– aprobado por Decisión del Consejo de 30 de septiembre de 2002 (2002/834/CE) (DO L 294 de 29.10. 2002).

¹⁸ Toda la información relativa a los integrantes, actividades y documentación de CoPECL se puede hallar en <http://www.copeccl.org>. Para un breve pero excelente resumen de su método de trabajo, *vid.* H. Schulte–Nölke, “Vor– und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht”, en H. Schulte–Nölke *et al.* (ed.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, München, 2012, pp. 10–12.

¹⁹ Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo [COM(2005) 456 final].

²⁰ *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia* [COM(2007) 447 final].

²¹ La caracterización del MCR como “caja de herramientas” (“*tool box*”) ya figura en la Comunicación de 2004 [COM(2004) 651 final, p. 15] y es reiterada en el Informe de 2007 [COM(2007) 447 final, p. 11].

²² Punto 23 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro (DO C 292E de 1.12.2006, p. 111).

²³ Puntos 3 y 5 de la Resolución del Parlamento Europeo sobre el Derecho contractual europeo (DO C 305E de 14.12.2006, p. 248).

mento vinculante—, de 12 de diciembre de 2007²⁴ —en la cual se congratula por la conclusión de la tareas investigadoras, insiste en una visión amplia del MCR y apunta a su posible naturaleza optativa— y de 3 de septiembre de 2008²⁵ —donde, una vez presentado el proyecto de los expertos y en espera de la reacción de la Comisión al mismo, reclama a ésta un plan de trabajo cuyo horizonte último sea la adopción de un instrumento comunitario caracterizado por la amplitud y la opcionalidad. Igualmente, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea, en la reunión celebrada en Luxemburgo en abril de 2008, muestra su parecer respecto del MCR reputándolo una herramienta de mejora legislativa, construida a partir de definiciones, principios generales y reglas modelo pertenecientes al Derecho contractual general —incluyendo los contratos de consumo—, y de eficacia jurídica reducida al consistir en orientaciones no vinculantes utilizables voluntariamente por el legislador comunitario como fuente de inspiración y de referencia²⁶. Finalmente, en la cumbre de Bruselas de junio de 2008, el Consejo Europeo también expresa su opinión sobre la iniciativa en curso cuando “subraya la necesidad de continuar rápidamente los trabajos sobre el proyecto para establecer un marco común de referencia para el Derecho contractual europeo”²⁷.

La publicación, escalonada²⁸, de los resultados alcanzados por los investigadores de CoPECL supone un hito en el desarrollo del Derecho privado europeo, porque nunca hasta entonces se había acometido —y culminado— una obra de tanta envergadura²⁹. Más allá de las críticas razonables de las que la misma pue-

²⁴ Resolución del Parlamento Europeo sobre el Derecho contractual europeo (que puede localizarse en la web del Parlamento, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0615+0+DOC+XML+V0//ES>, puntos 1, 7 y 9).

²⁵ Resolución de Parlamento Europeo sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo (consultable en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0397+0+DOC+XML+V0//ES>, puntos 1, 2, 8, 11 y 13).

²⁶ Press Release, 2863rd Council meeting, Justice and Home Affairs, Luxembourg, 18 April 2008, disponible en http://www.eu2008.si/en/News_and_Documents/Council_Conclusions/April/0418_JHA.pdf, p. 18.

²⁷ Consejo Europeo, Bruselas 18-20 de junio de 2008, Conclusiones de la Presidencia, conclusión n° 20 (http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/101352.pdf, p. 5).

²⁸ En primer lugar, sale a la luz una edición provisional [C. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke *et al.* (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR), Interim Outline Edition*, Munich, 2008]; el año siguiente, aparece la versión definitiva del texto articulado [C. von Bar/E. Clive/H. Schulte-Nölke *et al.* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR), Outline Edition*, Munich, 2009]; y, muy poco después, la edición completa comentada [C. von Bar/E. Clive (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DFCR), Full Edition*, Munich, 2009].

²⁹ El Marco Común de Referencia solamente admite comparación con los Principios de Derecho Europeo de Contratos, pero no cabe duda de que los supera en extensión —y ambición— [H. Schulte-Nölke, “Contract Law or Law of Obligations? – The Draft Common Frame of Reference (DFCR) as a multi-

da ser objeto³⁰, lo cierto es que, al constituir el texto de los especialistas un mero borrador científico –denominado “Marco Común de Referencia académico”³¹–, que la Comisión no estaba obligada a adoptar –ni como un todo ni siquiera por partes–, su eco ha sido limitado, pues, cuando ésta empieza a plantearse qué posición tomar al respecto, sus pasos no están a la altura de la ambición del MCR académico. En efecto, como complemento de la regulación sobre Derecho del consumo, en la Comunicación de 3 de marzo de 2010³², se declara la intención de dotarse de una normativa opcional en materia contractual, que, con todo, la Comunicación de 19 de mayo del mismo año³³, parece querer acotar a los contratos celebrados en línea. Entre medias y por conducto de la Decisión de 26 de abril, se constituye un Grupo de expertos sobre Derecho contractual europeo³⁴, para asesorar a la Comisión en esta materia³⁵. No es, sin embargo, hasta el

function tool”, en R. Schulze (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Múnich, 2008, pp. 54–55].

³⁰ De entre la copiosa literatura que ha examinado minuciosamente el *Draft CFR*, sobresale el artículo de seis prestigiosos profesores alemanes [H. Eidenmüller *et al.*, “Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfrage und Kodifikationsprobleme”, *JuristenZeitung*, 63 (2008), pp. 529–550] que formulan al borrador una serie de objeciones de calado como la desatención a los conflictos que puedan surgir entre los principios fundamentales sobre los que se asienta el MCR, el excesivo recurso a conceptos jurídicos indeterminados, el desequilibrio entre la vertiente social y la liberal de la regulación, la ausencia de sistemática y coherencia interna o un uso poco riguroso de la terminología jurídica.

³¹ Sobre este nombre, *vid.* R. Schulze, “The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law”, en R. Schulze (ed.), *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2008, p. 3.

³² Comunicación de la Comisión Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, en cuyo apartado 3.1 –“Un mercado único para el siglo XXI”– se recomienda, como medida para solventar los problemas detectados en el mercado único, el “[f]acilitar y abaratar que las empresas y consumidores concluyan contratos con terceros de otros países de la UE, especialmente mediante la oferta de soluciones armonizadas en los contratos de consumo, modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la UE y *avanzando hacia una legislación europea sobre contratos que sería opcional*” [COM(2010) 2020 final (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=ES>, p. 25, cursivas nuestras)].

³³ Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Digital para Europa, que, en su apartado 2.1.3 menciona, entre las acciones dirigidas a “Crear confianza en el mundo digital”, la propuesta de implementar “un instrumento opcional de Derecho contractual que complement[e] la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho contractual, en particular en lo que se refiere al entorno en línea” [COM(2010) 245 final (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0245&from=EN>, p. 15)].

³⁴ En concreto, Decisión por la que se crea un Grupo de expertos para un marco común de referencia en el ámbito del Derecho contractual europeo [Decisión 2010/233/UE (DO L 105 de 27.4.2010, pp. 109–111)].

³⁵ Al Grupo –cuya composición está expuesta en la página http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/expert-group/index_en.htm– se le encargó la realización de un estudio, que, tomando como punto de partida los resultados –una vez seleccionados, reestructurados, revisados y completados (DO L

lanzamiento, el 1 de julio de 2010, del Libro Verde sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas³⁶, que tenemos un pronunciamiento amplio de la Comisión sobre el tema, en el que ésta, al igual que había hecho en la Comunicación de 2001, vuelve a sugerir diversas opciones a contemplar a la hora de plantearse la armonización o la unificación del Derecho europeo de contratos –divulgación de los resultados obtenidos por el grupo de expertos, adopción de un acto institucional no normativo, adopción de una recomendación, promulgación de un instrumento de naturaleza opcional, aprobación de una directiva, promulgación de un reglamento obligatorio, aprobación de un reglamento creador de un Código civil europeo–, las cuales, por distintos motivos –no aportan mejoras significativas en el funcionamiento del mercado interior, implican considerables costes de transposición, ponen en cuestión los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad–, son descartadas a excepción de la que prevé la elaboración de un instrumento no vinculante, que parece ser la solución preferida por la Comisión Europea³⁷. En las conclusiones del propio documento, se pone en marcha una “consulta pública para recabar orientación y opiniones sobre actuaciones posibles en materia de Derecho contractual europeo”³⁸, que recibe, como respuesta, más de trescientas contribuciones provenientes de todos los sectores interesados en la iniciativa. La fecha fijada como límite para la remisión de las mismas, el 31 de enero de 2011, sólo es tres meses anterior a la finalización de los trabajos del Grupo de Expertos³⁹, el cual, a finales de abril, presenta el *feasibility study*⁴⁰, con el tiempo justo para que el Parlamento Europeo lo tenga en cuenta en la Resolución de 8 de junio, en donde muestra su apoyo a un instrumento opcional que incremente la eficiencia del mercado interior y redunde en beneficio de comerciantes y consumidores⁴¹. Con estos mimbres y sobre la base del art. 114 TFUE⁴², la Comisión redacta la

105, p. 110)– del MCR, debía pronunciarse sobre la “viabilidad” o “factibilidad” –de ahí el nombre de “*feasibility*”– de un Derecho europeo de contratos.

³⁶ El Libro Verde [documento COM(2010) 348 final] se puede consultar en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0348&from=ES>.

³⁷ COM(2010) 348 final, pp. 7–11.

³⁸ COM(2010) 348 final, pp. 13–14.

³⁹ Todas las reuniones mensuales celebradas por los integrantes del Grupo de Expertos pueden encontrarse en http://ec.europa.eu/justice/contract/cesl/expert-group/index_en.htm.

⁴⁰ Para acceder al estudio, entrar en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf.

⁴¹ Resolución sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0262+0+DOC+XML+V0//ES>, *vid.*, singularmente, punto 7).

⁴² La invocación del Art. 114 TFUE como fundamento para la elaboración de la PRCESL ha sido muy discutida. Frente a quienes, como H.-W. Micklitz y N. Reich [“The Commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL) – Too Broad or Not Broad Enough?”, *EUI Working Papers*, LAW 2012/04 (http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20485/LAW_2012_

Propuesta de Reglamento relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea, que se da a conocer el 11 de octubre de 2011 y cuyos aspectos de DIPr pasamos a analizar a continuación.

II. Las características principales del CESL bajo la óptica del DIPr

El repaso –no exhaustivo, pero sí detallado– de los antecedentes del CESL está, a nuestro juicio, justificado por la repercusión que el prolongado debate en las instituciones comunitarias sobre el Derecho contractual europeo ha tenido en cuestiones esenciales de la Propuesta como la naturaleza de la reglamentación o su ámbito material de aplicación. La PRCESL se estructura en dos partes perfectamente diferenciadas: unas disposiciones introductorias de índole general –usualmente conocidas como *chapeau rules* o *chapeau-Verordnung*– y un anexo conteniendo el texto articulado sobre compraventa europea –el CESL, propiamente dicho–. El meollo de nuestro estudio se limitará a las primeras, que son las encargadas de establecer las condiciones a las que se supedita la aplicación de la normativa común. Para realizar una exposición sistemática de las mismas, es pertinente, desde nuestro punto de vista, partir de un concepto –genérico, descriptivo e instrumental– del CESL, que incluya sus características fundamentales. A tal efecto, puede definirse a grandes rasgos el CESL como un *conjunto normativo aplicable con carácter opcional a determinados contratos transfronterizos en los que intervengan comerciantes*. Dado que todos los elementos que integran esta noción deben ser objeto de matización y comentario, procedemos

04_ERPL_03.pdf?sequence=3, p. 5], piensan que, en supuestos de comercio transfronterizo –cuya regulación descansa en una combinación de normas materiales y conflictuales–, la aproximación de legislaciones a la que alude el citado precepto ha de ser entendida “*in a dynamic sense*”, que permitiría recurrir a ella como base competencial, parece más convincente la opinión, ya expresada en su día por el Max Planck Institute for Comparative and International Law [“Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM(2010) 348 final”, *RabelsZ*, 75, 2011, p. 388], de que “*an optional instrument on contract law does not entail an ‘approximation’ of national contracts law [because] [i]t merely creates an independent regime as an alternative for the parties*”. Como, a la vista de este razonamiento, concluye P.-C. Müller-Graff [“Ein fakultatives europäisches Kaufrecht als Instrument der Marktordnung”, en H. Schulte-Nölke *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 35], la inidoneidad del art. 114 TFUE obliga a buscar para la iniciativa comunitaria otro anclaje legal, que, a su juicio, solamente puede ser el art. 352 TFUE –que está pensado para “[c]uando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto” y que se ha utilizado con éxito en materia societaria [verbigracia, el Cdo. 28 del Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)]–. En el dictamen del Instituto Max Planck, la apelación al art. 352 TFUE sería la única solución aceptable para un instrumento que aspirase a disciplinar tanto los contratos internos como los internacionales; en cambio, si el mismo se limitase a regular las relaciones contractuales transfronterizas, la competencia debería resultar primordialmente del art. 81 TFUE (Max Planck Institute for Comparative and International Law, *loc. cit.*, p. 395).

sin más al examen de cada uno de ellos por su orden: primeramente [III], la naturaleza jurídica de las normas contenidas en el CESL; luego [IV], su carácter opcional; acto seguido, los ámbitos de aplicación material [V], territorial [VI] y personal [VII] del proyectado instrumento; por último [VIII], haremos unas breves consideraciones de cara al futuro.

III. Naturaleza jurídica de las disposiciones del CESL

El CESL no es un código⁴³, tampoco un *restatement*⁴⁴, ni menos aún la opinión de reputados expertos, sino una *normativa* sobre algunos contratos. En el Cdo. 8⁴⁵ –y en la Exposición de Motivos– de la Propuesta se desliza la palabra *corpus*, pero no así en el Art. 1 PRCESL, que, a diferencia de otras versiones lingüísticas⁴⁶, habla de “conjunto ... de normas”⁴⁷, lo que solamente puede entenderse como un cuerpo de reglas materiales, pues, de acuerdo con el Cdo. 10 PRCESL *in fine*, “[e]l presente Reglamento no afectará ... a ninguna de las normas en materia de conflictos de leyes en vigor”⁴⁸. Siendo el CESL una normativa de naturaleza sustantiva potencialmente aplicable a determinados contratos transfronterizos, tiene que esclarecerse con cuál de las técnicas de reglamentación de las que se dota el DIPr se corresponde. En este punto, parece claro que las disposiciones del CESL se pueden adscribir sin dificultades a la categoría de las *normas materiales especiales*⁴⁹, o sea, a la de aquellas reglas que, estando

⁴³ Lo argumenta muy bien E. Arroyo Amayuelas [“¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho del consumo*, 11, 2014, pp. 209–213], al achacarle incompletitud y deficiencias de contenido.

⁴⁴ Como podrían serlo los Principios de Derecho Europeo de Contratos, a los cuales el propio O. Lando [“Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium”, *Scandinavian Studies in Law*, 40 (2000), pp. 360–361], comparaba con “the American Restatements of the law, such as the Restatement of the Law of Contracts”, porque “they might provide solutions for national courts in cases where their own law is silent or where their law is in need of reform, and such reform may be brought about by the courts”.

⁴⁵ Cdo. 8 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 18].

⁴⁶ En el texto francés y en el italiano se insiste en el vocablo “*corps*” y “*corpus*”, respectivamente, en tanto que el inglés se refiere a “*set of ... rules*” y el alemán prefiere el término compuesto *Vertragsrecht*.

⁴⁷ Curiosamente, en el ap. 1 –de alcance general–, el conjunto de normas es adjetivado de “uniforme”, mientras que el ap. 2 –relativo a los contratos entre comerciantes– lo tilda de “común” y el apartado 3 –tocante a los contratos de consumo– lo califica de “completo” [COM(2011) 635 final, pp. 24–25].

⁴⁸ Cdo. 10 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 19].

⁴⁹ En este sentido, S. Sánchez Lorenzo, “La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 36–37. En inglés, estas reglas reciben la denominación de “*special substantive rules*” [S. Sánchez Lorenzo, “Common European Sales Law and Private International Law: Some Critical Remarks”, *J. Priv. Int'l L.*, vol., 9, 2013, p. 192], y en alemán de “*Sondersachrecht für grenzüberschreitende Sachverhalte*” [P. Man-

pensadas para las especificidades de las relaciones privadas internacionales, “dan una respuesta directa y material a un supuesto de tráfico externo (...) [que es] distinta a la propia del Derecho material de foro para supuestos de tráfico interno”⁵⁰. La propia Propuesta recoge la idea, cuando, en su Cdo. 9, establece que la normativa común pretende crear “dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros un segundo régimen de Derecho contractual (...) [el cual] debe ser idéntic[o] en toda la Unión y coexistir con las normas del Derecho contractual nacional en vigor”⁵¹.

En su calidad de normas materiales especiales de DIPr, los preceptos del CESL muestran dos rasgos definitorios que pueden ser inherentes a esta clase de disposiciones. En primer lugar, son *normas no necesariamente especiales*, lo cual resulta obvio desde el momento en que *no* son “normas materiales que regulan realidades incomprensibles fuera de su dimensión internacional, sin parangón posible con situaciones de tráfico interno”⁵², sino que, por el contrario, están concebidas como un “segundo régimen” dirigido a regir –con parecidas o distintas soluciones– una realidad –ciertos tipos de contratos– presente en las relaciones privadas internas y para la que las legislaciones de los Estados miembros ya disponen de una ordenación estatal –el “primer régimen”–. La nota de especialidad no necesaria de la reglas del CESL es confirmada por el art. 13.a) PRCESL, que, al facultar a los Estados miembros para aplicar también la normativa común a los contratos internos⁵³, está reconociendo –por si hiciera falta– que la realidad jurídica regulada por el CESL es idéntica a la que abordan los ordenamientos nacionales. En este contexto de una posible proyección de la normativa común relativa a la compraventa a los contratos domésticos, cabe preguntarse por el paralelismo que una situación como ésta guarda con las denominadas “situaciones subjetivamente internacionales”, es decir, aquéllas en las que el único factor de internacionalidad del supuesto es la elección de una ley que no es la que gobernaría el contrato en ausencia de dicha elección. Como es bien conocido y lo mismo que hacía su precedente en el Convenio de Roma, el art. 3.3º Reglamento

kowski, “Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht”, *RIW*, 58, 2012, p. 98].

⁵⁰ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, 2013, p. 136.

⁵¹ Cdo. 9 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 19]. Este considerando fue modificado –aunque no en la parte transcrita– por la enmienda nº 2 admitida por el Parlamento Europeo.

⁵² J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 1996, pp. 318–319.

⁵³ Establece el Art. 13: “Un Estado miembro podrá decidir que se pueda recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular: a) los contratos en los que la residencia habitual de los comerciantes o, en caso de un contrato entre un comerciante y un consumidor, la residencia habitual del comerciante, la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación estén localizadas en dicho Estado miembro” [COM(2011) 635 final, p. 31].

(UE) n° 593/2008, Reglamento Roma I [RR I], autoriza a las partes que intervienen en un contrato en el que todos los elementos presentan vínculos objetivos con un solo país a sujetarlo a la ley de otro Estado, sin que puedan, no obstante, impedir la aplicación de las leyes imperativas del Derecho que hubiera sido aplicable en defecto de elección. El RR I no proscribe, por tanto, estas conductas, pero sí que limita sus efectos, hasta el punto de que la autonomía conflictual consagrada por el Reglamento deviene, en estas hipótesis, una autonomía meramente material⁵⁴. Pues bien, con respecto a lo que aquí nos ocupa, si en el sistema del CESL, un Estado miembro aceptara que en los contratos internos fuera observada la normativa común, sucedería que, al ser ésta aplicable *in toto* –incluidas sus reglas imperativas–, el *ius cogens* nacional no correría el riesgo de ser sustituido por uno extranjero sino que, en el caso, se daría un reemplazo *dentro de las normas imperativas del foro*, las del “segundo régimen” –el instaurado por el CESL– serían las aplicadas en detrimento de las del “primer régimen” –el de fuente estatal–⁵⁵.

En segundo lugar y como ya se ha destacado oportunamente⁵⁶, las disposiciones del CESL son *normas materiales especiales dependientes*, que los tribunales del foro sólo aplican “si la ley designada por la norma de conflicto es la ley del foro o, tratándose de normas ... de origen convencional, la ley de un Estado parte del Convenio”⁵⁷. Esto último es lo que, paradigmáticamente, acontece con el Convenio de Viena, el cual, sin embargo, tolera, asimismo, una aplicación directa de sus preceptos, con absoluta independencia de lo que decrete la norma de conflicto⁵⁸. No sería éste el caso de la normativa común, que, debido a su dependencia de la solución conflictual, sólo entraría en liza cuando resultara “aplicable, *qua lex contractus*, la ley de un Estado miembro”⁵⁹. Consiguientemente, las

⁵⁴ Con relación a estas situaciones, *vid., per omnia*, U. Magnus, “Art 3 Rom I-VO”, en J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zur Rom I-VO; Art 1–10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)*, Neubearbeitung 2011, Berlin, 2011, pp. 174–180, n°s 130–148.

⁵⁵ Este inédito modo de funcionamiento es explicado minuciosamente por S. Corneloup (“Entre autonomie conflictuelle et autonomie substantielle: le choix du futur droit commun européen de la vente. À propos de la Proposition de règlement de la Commission européenne du 11 octobre 2011”, en M. Kohen y D. Bontolila (dirs.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, París, 2013, p. 381).

⁵⁶ S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.* en nota 49 [AEDIPr], pp. 37–38; *id.*, *loc. cit.* en nota 49 [JPIL], pp. 192–193; *id.*, “De Bruselas a La Haya, pasando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea”, J. Forner Delagüa *et al.* (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, p. 824.

⁵⁷ J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *op. cit.* en nota 50, p. 136.

⁵⁸ Es la solución recogida en el art. 1.1º.a) del Convenio de Viena, que supedita su aplicación al hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes que sean contratantes.

⁵⁹ S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.* en nota 49 [AEDIPr], p. 38.

reglas del CESL vendrían a ser unas «normas materiales cuya aplicación se define en el “segundo escalón”, a saber, “[u]na vez que la norma de conflicto ha determinado la ley nacional aplicable, y advertida la circunstancia de que se trata de un Estado miembro”. La concurrencia de estas dos premisas daría lugar a que, si las partes hubieran elegido el CESL, las normas materiales internas de dicho Estado fueran absolutamente desplazadas por las normas materiales del instrumento, que serían las únicas aplicables⁶⁰.

A manera de síntesis, debe retenerse que la normativa común sobre compraventa europea es un corpus de normas materiales –dado que regulan directa y sustantivamente las cuestiones que caen dentro de su radio de acción–, especiales –aunque no lo sean por necesidad, porque los temas que disciplinan ya están cubiertos por el Derecho nacional–, y doblemente dependientes –habida cuenta de que su aplicabilidad está subordinada a la norma de conflicto y al hecho de que ésta designe como ley rectora del contrato la de un Estado miembro de la Unión Europea–.

IV. El CESL como regulación opcional

Uno de los rasgos principales de la normativa común, enunciado en el art. 3 de la Propuesta⁶¹, es su opcionalidad, es decir, el hecho de que la aplicación de la misma a un contrato reposa en la voluntad de las partes, las cuales, en ejercicio de la autonomía de la que gozan, pueden apelar al CESL para regular su relación contractual. En este caso, con todo, el arbitrio privado tiene incidencia por duplicado: por un lado, al operar como *condición o presupuesto* de aplicabilidad de la normativa común; por el otro, al asumir el *resultado o la consecuencia* de tal aplicación⁶². Acto seguido, procedemos a desarrollar estas ideas conjuntamente, porque, como se podrá comprobar, son interdependientes.

Como expresa con rotundidad el Cdo. 22 PRCESL, “[e]l acuerdo entre las partes contratantes es indispensable para la aplicación de la normativa común de compraventa europea”⁶³. Esta característica del CESL, que contrasta con el ré-

⁶⁰ S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.* en nota 56, p. 824.

⁶¹ Después de haber pasado por el Parlamento, el precepto resultante estatuye que “[l]as partes podrán acordar, a condición de que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 8 y en el artículo 9, que la normativa común de compraventa europea regule sus contratos transfronterizos de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados que entren dentro de su ámbito personal, material y territorial, tal como se establece en los artículos 4 a 7” [COM(2011) 635 final, p. 28 (en cursiva los cambios producto de la aceptación por el Parlamento Europeo de la enmienda n° 59)].

⁶² Primera frase del Cdo. 22 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 21].

⁶³ Tomamos la distinción y parte de la explicación que la acompaña de S. Corneloup (*loc. cit.* en nota 55, pp. 370 ss).

gimen instaurado por el Convenio de Viena⁶⁴, nos obliga a plantear, cuando menos, dos cuestiones: el alcance de la autonomía reconocida a las partes y los requisitos que deber concurrir en su ejercicio. La primera de ellas nos enfrenta a la clásica distinción, propia del DIPr –e inimaginable en Derecho interno– entre *autonomía material* –por medio de la cual las partes de una relación jurídica, tanto de tráfico interno como externo, pueden establecer el contenido sustantivo de la misma en sus pactos, cláusulas y condiciones– y *autonomía conflictual* –gracias a la que los sujetos de una situación privada internacional pueden designar la ley que debe regularla–⁶⁵. En ocasiones, la diferenciación entre ambas categorías no es fácil⁶⁶, pero resulta de enorme trascendencia hacerla, porque el valor de una y otra ante las *leges cogentes* es bien distinto: la remisión material sólo puede operar en el dominio de las reglas dispositivas, mientras que la remisión conflictual es capaz de desplazar incluso las normas imperativas de la legislación que hubiera sido aplicable en ausencia de elección. Tratándose del CESL, los contratantes solamente pueden escoger la normativa común al amparo de un ordenamiento –siempre el de un Estado miembro– previamente individualizado por las soluciones –subjettiva u objetiva– conflictuales⁶⁷. En consecuencia, optando por el CESL, las partes no hacen uso de su autonomía conflictual –que, si fuera el caso, ya habrán ejercitado con anterioridad–, sino que actúan *dentro* del Derecho material competente, ya designado conflictualmente, por lo que su apelación a la normativa común no puede merecer otra consideración que la de una incorporación por referencia a la ley material⁶⁸. Sin embargo y a causa precisa-

⁶⁴ El modelo del Convenio de Viena es el *opt-out*, es decir, si los contratantes no disponen lo contrario, el texto convencional es el encargado de regir el contrato; mientras que el sistema del CESL es de *opt-in*, esto es, las partes han de pactar la aplicación de la normativa común [para más detalles sobre esta solución, *vid.* O. Lando, “Comments and Questions Relating to the European Commission’s Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, *ERPL*, 19, 2011., pp. 719–720].

⁶⁵ La distinción, focalizada en el ámbito obligacional, es obra de E. Zitelmann (*Internationales Privatrecht*, vol. II, München–Leipzig, 1912, p. 374), quien especifica que “[d]ie gedachte Klausel [la cláusula en que los contratantes fijan la competencia de una ley] kann in doppeltem Sinn aufgefasst sein. Sie kann gemeint sein als ein Satz des internationalen Privatrechts (...) das von den Parteien gekürte Recht würde Kraft ihrer als das massgebende Obligationsstatut zu gelten haben. Oder sie ist nur als ein Bestandteil der materiellen Rechtsordnung eines einzelnen Staats gemeint”.

⁶⁶ Como demostrara W. Haudek (*Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931, pp. 3–5), al enunciar su conocida distinción entre la remisión contractual a un derecho determinado como expresión de la voluntad de las partes de incorporarlo al contrato –*materiellrechtliche Verweisung*– y la remisión a una ley en concreto con el propósito de que rija el contrato –*kollisionsrechtliche Verweisung*–. Aun así, esta terminología no es originalmente suya, pues J. Zimmermann [“Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht”, *Zentralblatt für die juristische Praxis*, XLIV, 1926, pp. 882–887] parece haber sido el primero en hablar de “*materiellrechtliche Parteiverweisung*” (p. 883) y “*kollisionsrechtliche Parteiverweisung*” (p. 885).

⁶⁷ S. Corneloup, *loc. cit.* en nota 55, pp. 371–372.

⁶⁸ <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2012/12/sobre-la-propuesta-de-normativa-comun.html>, en el apartado “La normativa común como elemento de complejidad e inseguridad jurídica”.

mente de su relación con las normas imperativas, la *materiellrechtliche Verweisung* diseñada por el CESL tiene una fisonomía particular, como pasamos a demostrar. Ha quedado dicho que, por definición, la remisión material no puede afectar al normal funcionamiento de las reglas perentorias de la legislación a la que conflictualmente se ha encomendado la regulación del contrato, las cuales han de ser respetadas bajo cualquier circunstancia⁶⁹. Ello no obstante, el primer inciso del art. 11 PRCESL afirma que “[c]uando las partes hayan acordado válidamente utilizar la normativa común de compraventa europea para regular el contrato, las cuestiones abordadas en sus normas se regirán *exclusivamente* por dicha normativa”⁷⁰, lo cual comporta que, en los contratos que las partes hayan sometido al CESL, las disposiciones imperativas que éste incorpore, por ejemplo en defensa de los consumidores, serán las únicas aplicables con independencia de que la *lex contractus* contemple otras con mayor nivel de protección⁷¹. De resultados de los anterior, hay que concluir que la autonomía que la normativa común confiere a los contratantes que decidan acogerse a ella viene a ser una especie de *tertium genus*, porque, a pesar de no tener naturaleza conflictual, goza de prerrogativas que trascienden la dimensión meramente material⁷².

En cuanto a las condiciones de ejercicio de la autonomía, haremos referencia sucintamente a varias cuestiones que les incumben. En primer lugar, por lo que respecta a la forma en que debe manifestarse la voluntad de querer gobernarse

⁶⁹ Por citar tres referencias clásicas –un manual, una enciclopedia y un ensayo especializado–, *vid.*, al respecto, G. Kegel y K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9ª ed., Múnich, 2004, pp. 654–655; O. Lando, “Contracts”, *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, *Private International Law*, cap. 24, Tübingen, 1976, pp. 13–14, n.ºs. 25–26; A. Curti Gialdino, “La volonté des parties en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 137, 1972–III, pp. 762–764.

⁷⁰ Art. 11 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 31 (cursivas nuestras)]. La enmienda n.º 73 admitida por el Parlamento Europeo ha agregado al precepto una coletilla –innecesaria– que reza “... en lugar de por el régimen de Derecho contractual que, a falta de un acuerdo de este tipo, regiría el contrato en el ordenamiento jurídico elegido como legislación aplicable”.

⁷¹ El Cdo. 12 PRCESL no permite albergar dudas sobre este punto, ya que puntualiza: “Habida cuenta de que la normativa común de compraventa europea contiene un conjunto *detallado* de normas obligatorias de protección de los consumidores plenamente armonizadas *de manera uniforme*, cuando las partes hayan optado por utilizar la normativa común de compraventa europea no habrá disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito. Por consiguiente, el artículo 6, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 593/2008, que se basa en la existencia de diferentes niveles de protección de los consumidores en los Estados miembros, no reviste relevancia práctica en relación con las cuestiones reguladas por la normativa común de compraventa europea, ya que ello supondría una comparación entre las disposiciones obligatorias de dos segundos regímenes de Derecho contractual idénticos” [COM(2011) 635 final, p. 19 (en cursiva, los cambios derivados de la admisión de la enmienda n.º 6 por parte del Parlamento Europeo)]. Una concisa y lúcida exposición de las consecuencias que implica, en relación con el Derecho de consumo, la vocación omnireguladora del CESL, puede leerse en el apartado “Normativa común y desprotección de los consumidores”, en la entrada relativa a la normativa común del blog del profesor P. de Miguel Asensio, mencionado *supra*, nota 68.

⁷² S. Corneloup, *loc. cit.* en nota 55, p. 379.

por la normativa común, la redacción del CESL da pie a vacilaciones interpretativas, ya que, por una parte, tras señalar el art. 8.1º PRCESL en su encabezamiento que el recurso a dicha normativa requiere “un acuerdo al efecto entre las partes”⁷³, el ap. 2 del mismo artículo y a propósito de los contratos celebrados por consumidores, se muestra más estricto al precisar que, en estos contratos, el acuerdo sobre la utilización del CESL “sólo será válido si el consentimiento del consumidor se expresa mediante una *declaración explícita* independiente de la declaración por la que se indica el acuerdo para celebrar un contrato”⁷⁴; por otra parte, la frase final del Cdo. 9 PRCESL apunta que “[l]a normativa común de compraventa europea debe aplicarse a los contratos transfronterizos sobre una base voluntaria, previo *acuerdo expreso* de las partes”⁷⁵. Del análisis conjunto de las tres disposiciones, se colige que, en los contratos de consumo, la elección *expressis verbis* es indiscutible –como, además, exige una adecuada tutela de los consumidores– y que, por lo que atañe a los contratos comerciales, la solución puede ser fuente de controversia; sin embargo, frente a quienes defienden para estos contratos la posibilidad de una elección implícita⁷⁶, somos de la opinión que, al no hacer distinciones contractuales, el Cdo. 9 insta al acuerdo expreso en toda clase de contratos. En segundo lugar, en lo que concierne al momento de la elección, la Propuesta de nuevo se preocupa únicamente por los consumidores, a quienes, conforme al art. 9 PRCESL, el profesional deberá advertir “antes del acuerdo, acerca de la intención de aplicar dicha normativa”⁷⁷. Queda claro, por tanto, que en los contratos de consumo no será factible optar por el CESL después de la conclusión del contrato⁷⁸; en cambio, nada se dice con respecto a los contratos entre comerciantes, en los que esta posibilidad permanece abierta⁷⁹. En última instancia, se ha debatido si, en relación con la normativa común, los contratantes podían someter a la misma una parte del contrato, quedando el resto regido por la ley material designada por la norma de conflicto. Es el problema que, en el argot del DIPr, se conoce como *dépeçage*, y que, después del tránsito de la Propuesta de Reglamento por el Parlamento Europeo, genera pocas incerti-

⁷³ Art. 8.1º PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 30].

⁷⁴ Art. 8.2º PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 30 (cursivas nuestras)]. La enmienda nº 71 admitida por el Parlamento Europeo, añade al párrafo transcrito: “y si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 9”.

⁷⁵ Cdo. 9 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 19 (cursivas nuestras)]. Este considerando fue retocado –bien que no en la parte reproducida– por la enmienda nº 2 introducida por el Parlamento Europeo.

⁷⁶ En este sentido, *vid., per omnia*, M.W. Hesselink, “How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission's Proposal for a Regulation”, *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper No. 2011-15* (disponible en la web <http://ssrn.com/abstract=1950107>), p. 8.

⁷⁷ Art. 9 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 30].

⁷⁸ Aunque M.W. Hesselink (*loc. cit.* en nota 76, p. 11) no descarta una selección válida del CESL después del nacimiento de litigio, siempre que con ello no se menoscaben los intereses del consumidor.

⁷⁹ S. Corneloup, *loc. cit.* en nota 55, p. 375.

dumbres. En efecto, por un lado, el art. 8.3º PRCESL ya preveía que “[e]n las relaciones entre un comerciante y un consumidor no se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea parcialmente, sino únicamente en su integridad”⁸⁰; por el otro, en el nuevo art. 8.3º PPECESL se ha añadido que, “[e]n las relaciones entre comerciantes sólo se podrá recurrir parcialmente a la normativa común de compraventa europea, a condición de que no se prohíba en la misma la exclusión de las disposiciones respectivas”⁸¹. De este modo, la interdicción del *dépeçage* en los contratos de consumo no se extiende a los contratos entre profesionales, cuyo régimen regulador podrá fragmentarse en aquellas materias en las que el CESL no lo impida.

Como acabamos de ver, la naturaleza opcional del CESL faculta a las partes para ejercitar una autonomía carente de precedentes en la ciencia internacional-privatística, ya que, aun desenvolviéndose dentro del marco que fija el Derecho material designado por la norma de conflicto, tiene la potestad de relegar las disposiciones imperativas de la ley rectora del contrato en provecho del *ius cogens* de la normativa común. Por lo demás, las condiciones de ejercicio de dicha autonomía están pensadas para la protección de los consumidores, en interés de los cuales se establece que, en los contratos de consumo, la elección del CESL se pacte de forma expresa, nunca con posterioridad a la celebración del contrato y afecte a la totalidad de éste.

V. Ámbito material de aplicación del CESL

Uno de los puntos más decepcionantes de la Propuesta de normativa común es el del campo material cubierto. Basta echar un poco la vista atrás para darse cuenta de hasta qué punto las aspiraciones de llevar a cabo una amplia codificación del Derecho contractual europeo se han ido evaporando. Si comparamos el alcance *ratione materiae* de la PRCESL con el que se había llegado a barajar en algunos de los textos más ambiciosos –como la Comunicación de la Comisión de 2001⁸² o el *draft* del CFR⁸³– difundidos a lo largo del proceso de armoniza-

⁸⁰ Art. 8.3º PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 30].

⁸¹ Inciso final del art. 8.3º, incorporado al admitir el Parlamento Europeo la enmienda nº 72.

⁸² Con carácter previo a la exclusión completa de lo tocante al Derecho laboral y al Derecho de familia, en el ap. 13 de la Comunicación de 11 de julio de 2001 se especificaba que las áreas concernidas por la misma “abarcan los contratos de compraventa y toda clase de contratos de servicios, incluidos los servicios financieros. Las normas generales sobre el cumplimiento, incumplimiento y las vías de recurso constituyen una base indispensable para estos contratos, por lo que también son objeto de la presente Comunicación. Además, también son esenciales las normas sobre cuestiones generales, como la formación de los contratos y su validez e interpretación. Por otro lado, teniendo en cuenta el contexto económico, también podrían estar concernidas las normas en materia de garantías de crédito relativas a bienes mobiliarios y la normativa de enriquecimiento indevido. Por último, también se deberían tener en cuenta

ción a escala europea de este sector del Derecho privado, observamos una sustancial rebaja de planteamientos. Efectivamente, pasar de iniciativas regulatorias, que *—ex profeso*⁸⁴— comprendían además de una buena parte del Derecho de contratos otras importantes parcelas del Derecho patrimonial, a una Propuesta limitada a pautar los contratos “de compraventa de bienes”⁸⁵, de suministro de contenidos digitales⁸⁶ y de prestación de servicios relacionados^{87,88}, supone acotar —y mucho— las pretensiones.

los aspectos de la normativa de responsabilidad civil vinculados a los contratos y sus restantes características pertinentes para el mercado interior, en la medida en que ya formen parte de la normativa comunitaria existente” [Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo, COM(2001) 398 final (DO C 255 de 13.9. 2001, p. 7)].

⁸³ El borrador del *CFR* se compone de diez libros y un anexo de definiciones. El Libro I está consagrado a las disposiciones generales; el Libro II y el Libro III regulan lo que puede denominarse la teoría general del contrato y la teoría general de la obligación, respectivamente; el Libro IV se preocupa de los contratos en particular (la compraventa, el arrendamiento de bienes muebles, el contrato de servicios, el mandato, la agencia, la franquicia y la distribución, las garantías personales, el préstamo y la donación); en el Libro V, se trata la intervención benevolente; y, sucesivamente, en el Libro VI, la responsabilidad extracontractual; en el Libro VII, el enriquecimiento injusto; en el Libro VIII, la transmisión de la propiedad de los bienes muebles; en el Libro IX, las garantías reales; y en el Libro X, el *trust*. Para una explicación de esta estructura, *vid.* E. Clive, “An Introduction to the Common Frame of Reference”, *ERA-Forum, special issue*, 2008, pp. 18–19.

⁸⁴ Para el *DCFR*, una voz tan autorizada como la de E. Clive (*loc. cit.* en nota anterior, p. 14) reconoce —y justifica— esta amplitud de miras.

⁸⁵ El art. 2 (k) PRCESL define la compraventa como todo “contrato en virtud del cual el comerciante (“el vendedor”) transfiere o se compromete a transferir a otra persona (“el comprador”) la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública” [COM(2011) 635 final, p. 26].

⁸⁶ La PRCESL realiza una doble precisión: por una parte, su art. 5.b) especifica que incorpora dichos contratos con independencia de que los contenidos digitales “se suministren en un soporte material o por otros medios, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio o a cambio de otra contraprestación distinta al pago de un precio como si no”; por otra parte, en el art. 2 (j), se determina que por “contenidos digitales” tienen que entenderse “los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos; y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes; con exclusión de: i) los servicios financieros, incluidos los servicios bancarios en línea; ii) el asesoramiento jurídico o financiero prestado por vía electrónica; iii) los servicios sanitarios electrónicos; iv) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados; v) los juegos de azar; vi) la creación de nuevos contenidos digitales y la modificación de los ya existentes por los consumidores o cualquier otra interacción con las creaciones de otros usuarios” [COM(2011) 635 final, pp. 29 y 26 (en cursiva los cambios dimanantes de la enmienda n° 62 admitida por el Parlamento Europeo)].

⁸⁷ La figura más “*enigmatische*” [M. Schmidt-Kessel, “Artikel 5”, en M. Schmidt-Kessel (ed.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, München, 2014, p. 96] de las contempladas por la PRCESL, descansa sobre dos premisas: primera, considerar que son “servicios relacionados” los que lo estén “con bienes o contenidos digitales, como el *almacenamiento o cualquier*

Por lo demás, al no proponerse la normativa común abarcar todo lo relativo a los tipos contractuales incluidos dentro de su radio de acción, conviene “hacer una referencia clara tanto a aquellas cuestiones que se abordan en ella como a las que no”⁸⁹. Es por ello que la PRCESL inventaría –no muy rigurosamente– los aspectos de los contratos concernidos que deben entenderse contemplados en la Propuesta y los que quedan al margen de la misma. Los primeros son seleccionados –valiéndose de una frase críptica– por su “pertinencia práctica durante el ciclo de vida” de las relaciones contractuales que caen dentro de su órbita material y personal⁹⁰; mientras que los segundos, periféricos con respecto al núcleo obligacional del contrato⁹¹, se someten a las disposiciones nacionales designadas por la vigente normativa conflictual⁹², la cual, dada la naturaleza contractual o

otro tratamiento, incluidos la instalación, el mantenimiento o la reparación, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contrato de compraventa de bienes o el contrato de suministro de contenidos digitales, o previstos, aunque solo sea como opción, en el contrato de compraventa o en el contrato de suministro de contenidos digitales, con exclusión de: i) los servicios de transporte; ii) [suprimido]; iii) los servicios de apoyo a las telecomunicaciones; iv) los servicios financieros, *incluidos los servicios de pago y la emisión de dinero electrónico y los seguros de cualquier tipo para bienes y contenidos digitales u otros*” [Art. 2 (m)]; segunda, reputarlos como tales “tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no” [art. 5.b)] [COM(2011) 635 final, pp. 26 y 29 (en cursiva los cambios que son producto de las enmiendas n^{os} 44, 45 y 46 aceptadas por el Parlamento Europeo)].

⁸⁸ Art. 1 PRCESL [COM(2011) 635 final, pp. 24–25].

⁸⁹ Frase final del Cdo. 27, añadida tras la enmienda n^o 14 del Parlamento Europeo.

⁹⁰ Cdo. 26 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 22]. En esta categoría se integrarían los derechos y las obligaciones de las partes, los remedios en caso de incumplimiento, las obligaciones de información precontractual, la celebración del contrato incluidos los requisitos formales, el derecho de desistimiento y sus consecuencias, la anulación del contrato por motivo de error, dolo, amenazas o explotación injusta y las consecuencias de dicha anulación, la interpretación, el contenido y los efectos del contrato, la evaluación y las consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, la restitución después de la anulación o resolución y la prescripción y extinción de los derechos, al igual que las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de todos los deberes y obligaciones que deriven de su aplicación (Cdo. 26).

⁹¹ En este grupo se engloban “la personalidad jurídica, la invalidez de un contrato por falta de capacidad, ilegalidad o inmoralidad, *salvo que las razones de dicha ilegalidad o inmoralidad se traten en la normativa común de compraventa europea*, la determinación de la lengua del contrato, la lucha contra la discriminación, la representación, la pluralidad de deudores y acreedores, la sustitución de las partes incluida la asignación, la compensación y la concentración, el Derecho de propiedad, incluida la *transmisión* de la propiedad, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho de faltas y la cuestión de si pueden acumularse reclamaciones simultáneas por responsabilidad contractual y extracontractual” [Cdo. 27 PRCESL, COM(2011) 635 final, pp. 22–23 (en cursiva los cambios introducidos a raíz de la aceptación por parte del Parlamento Europeo de la enmienda n^o 14)].

⁹² Parecer unánime de la doctrina especializada, *vid.*, a título solamente ejemplificativo, M. W. Heselink, *loc. cit.* en nota 76, p. 5; C. Busch, “Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht”, *EuZW*, 22, 2011, p. 660; S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.* en nota 49 [AEDIPr], p. 54; *loc. cit.* en nota 49 [J. Priv. Int’l L.], p. 214; G. Palao Moreno, “Some Private International Law Issues”, en J. Plaza Penadés/L. M. Martínez Velencoso (ed.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham–Heidelberg–New York–Dordrecht–Londres, 2015, p. 21.

extracontractual de la mayoría de las cuestiones que se sitúan extramuros del CESL, se identificará con el RR I o con el Reglamento (UE) nº 864/2007, Reglamento Roma II (RR II)⁹³. Durante el paso del texto por el Parlamento Europeo, esta contraposición entre las materias incluidas y las materias excluidas ha sido recogida por el articulado, concretamente, por los aps. 1 y 2 del art. 11 *bis* PPECESL, cuyo contenido es prácticamente idéntico al de los considerandos de los que traen causa⁹⁴.

El catálogo de contratos que constituyen el objeto de la normativa común no ha contado con el beneplácito de la doctrina que, en el perfil y en la configuración de los tres tipos contractuales elegidos, ha hallado muchos motivos para la crítica. Para no hacer una larga y prolija relación de las deficiencias y disfunciones detectadas, nos centraremos en dos baterías de argumentos contrarios a la solución de política legislativa reflejada en la Propuesta, que nos parecen sumamente acertadas. Por un lado y con visión de conjunto, se ha discutido la necesidad del instrumento –la compraventa, ya reglamentada, para las operaciones comerciales, en el Convenio de Viena, y, para los contratos de consumo, en varias directivas comunitarias, ¿precisaba de una nueva regulación (opcional) obligada a cohabitar con las existentes?– y su proyección material –¿tiene sentido que las numerosas disposiciones de Derecho privado general contenidas en el CESL no se aprovechen para otros contratos por razón de que la Propuesta tiene un ámbito material de aplicación tan reducido como el previsto?–⁹⁵. Por otro lado y entrando más en detalle, se han puesto en cuestión diversos extremos de la regulación –la definición de los contratos afectados está (mal) repartida entre los arts. 2 y 5 PRCESL, lo cual es un foco notable de confusión; la diferenciación entre la compraventa de bienes y el suministro de contenidos digitales, cuando esta última figura podría haberse subsumido sin apenas problemas en la anterior; la obligación de abonar un precio por los bienes recibidos, lo que deja fuera del CESL el suministro gratuito de teléfonos móviles tan frecuente en las prácticas comerciales; la expulsión de los servicios de transporte o de apoyo a las telecomunicaciones de la noción de “servicios relacionados”, cosa que, en relación con ellos, comporta el recurso a las legislaciones nacionales con el consiguiente incremento de las dificultades para culminar las transacciones y de los costes de la mismas– que la hacen complicada, inoperativa y, a la postre, desincentivan su adopción por las partes⁹⁶.

⁹³ Cdo. 27 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 22].

⁹⁴ Enmiendas nºs 75 y 76 admitidas por el Parlamento Europeo.

⁹⁵ S. Corneloup, “Der Anwendungsbereich des Optionalen Instruments, die Voraussetzungen seiner Wahl und das Verhältnis zur Rom I-VO”, *ZEuP*, 20, 2012, p. 708.

⁹⁶ C. Wendehorst, “Article 5”, en R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary*, Baden-Baden, 2012, pp. 48–49.

Otras trascendentes reglas alusivas al ámbito material de la normativa común eran las que acogía el art. 6 PRCESL, por mor de las cuales quedaban excluidos de la esfera de influencia de la Propuesta de Reglamento los contratos mixtos y los contratos vinculados a créditos al consumo⁹⁷. De las reprobaciones que este doble descarte ha cosechado, nos fijaremos en tres. En primer lugar, se ha puesto ingeniosamente de manifiesto que, si se tomara la prohibición al pie de la letra, sería imposible aplicar el CESL, pues el contrato por el que las partes acuerdan la observancia de la normativa común no forma parte de la tríada de figuras reconocidas por el art. 5, y el art. 6 no le ofrecería resquicio alguno para guarecerse en la PRCESL⁹⁸; en segundo término, una exclusión de los contratos mixtos, aparte de plantear serios problemas de delimitación de la categoría⁹⁹, generaría una gran incertidumbre ante la total falta de garantía de que, en el curso de un eventual litigio, un tribunal no detectara un elemento –por ínfimo que fuera– ajeno a los contratos tipificados y desestimara la aplicación del CESL¹⁰⁰; en tercer lugar, la exceptuación de los contratos ligados a créditos al consumo, basada en argumentos formales, carecería de justificación teórica o sistemática¹⁰¹. Estas críticas hicieron mella en el legislador comunitario, porque, después de someter la Propuesta al Parlamento, la segunda regla ha sido lisa y llanamente suprimida¹⁰² y la primera reconvertida¹⁰³, en la línea reclamada por la

⁹⁷ En consonancia con el primer párrafo de dicho artículo, “[n]o se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados a tenor del art. 5”. A su vez, el apartado segundo añadía que “[n]o se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que el primero concede o se compromete a conceder al segundo un crédito en forma de pago aplazado, de préstamo o cualquier otra facilidad de financiación similar”, si bien es cierto que terminaba concediendo que “[s]e podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular los contratos entre un comerciante y un consumidor en los que se suministran o se prestan bienes, contenidos digitales o servicios relacionados del mismo tipo de forma continuada y el consumidor paga por ellos de manera escalonada mientras dura dicho suministro o prestación” [art. 6 PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 29].

⁹⁸ G. Dannemann, “Choice of CESL and Conflict of Laws”, en G. Dannemann/S. Vogenauer (ed.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013, p. 42. Como es natural, el autor alemán rechaza esta lectura, que sería contraria a toda lógica y desvirtuaría el efecto útil de las normas comunitarias.

⁹⁹ C. Schuller y A. Zenefels, “Obligations of Sellers and Buyers”, en G. Dannemann y S. Vogenauer (ed.), *op. cit.* en nota 98, pp. 590–591.

¹⁰⁰ C. Wendehorst, “Article 6”, en R. Schulze (ed.), *op. cit.* en nota 96, p. 52.

¹⁰¹ Postura defendida con énfasis por H. Eidenmüller *et al.*, “Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts”, *JuristenZeitung*, 67 (2012), p. 275.

¹⁰² Enmienda n° 69 admitida por el Parlamento Europeo.

¹⁰³ Con todas las adiciones, el alambicado redactado del art. 6 PPECESL reza como sigue: “1. Se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea también para regular: a) los casos en los que un contrato que se rija por la normativa común de compraventa europea esté vinculado a un contrato distinto de un contrato de ventas, un contrato para el suministro de contenidos digitales o un contrato de

doctrina de tratar a los contratos mixtos como contratos vinculados en los que el elemento extraño quede a merced, no del CESL, sino del Derecho nacional competente en virtud de las normas de conflicto¹⁰⁴.

Por último, resta por abordar un tema, que, aun cuando no concierne propiamente al ámbito material de la normativa común –puesto que *se desenvuelve en el plano de las modalidades contractuales y no en el de los tipos de contrato* cubiertos por el CESL–, sí que afecta a la aplicabilidad del proyectado instrumento, que se ha visto progresivamente reducida. Se trata del papel de la contratación a distancia, que, a lo largo del proceso de gestación de la iniciativa legislativa, ha ido ganando protagonismo. A pesar de que, en el texto original, los contratos a distancia ya aparecían definidos en el art. 2 (p) PRCESL¹⁰⁵, la principal preocupación existente acerca de ellos era de orden sustantivo y se reflejaba en las disposiciones encaminadas a asegurar que, en la celebración de tales contratos, al consumidor le fuera facilitada la información precontractual y adicional suficiente y que se le garantizara plenamente el ejercicio del derecho de desistimiento¹⁰⁶. No obstante, a raíz de la aprobación de la Propuesta por el Parlamento

prestación de servicios relacionados, o b) los casos en los que un contrato incluya cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenidos digitales y la prestación de servicios relacionados a tenor del artículo 5 a condición de que dichos elementos sean divisibles y de que se le pueda asignar un precio. 1 *bis*. En los casos indicados en el apartado 1, letra a), el contrato vinculado se registrará por otro tipo de legislación aplicable. 1 *ter*. En los casos indicados en el apartado 1, letra a), y a) cuando, en el marco de un contrato regido por la normativa común de compraventa europea, una de las partes ejerza un derecho, remedio o defensa, o el contrato sea nulo o no vinculante, la legislación nacional aplicable al contrato vinculado determinará los efectos en el contrato de este tipo; b) Cuando, en el marco de un contrato vinculado, una de las partes ejerza un derecho, remedio o defensa, o cuando el contrato sea nulo o no vinculante en virtud de la legislación nacional aplicable a dicho contrato, las obligaciones de las partes en el contrato regido por la normativa común de compraventa europea no sufrirán ningún cambio salvo que una parte no hubiera celebrado el contrato regido por la normativa común de compraventa europea sino para el contrato vinculado, o lo hubiera hecho exclusivamente con unas cláusulas contractuales básicamente diferentes, en cuyo caso dicha parte estará facultada para poner fin al contrato regido por la normativa común de compraventa europea. 1 *quater*. En los casos indicados en el apartado 1, letra b), los demás elementos incluidos en el contrato se considerarán acordados en el marco de un contrato vinculado” (enmiendas núms. 64, 65, 66, 67 y 68; téngase en cuenta, igualmente, la enmienda n° 11, que introduce el Cdo. 19 *bis* PPECSL).

¹⁰⁴ C. Wendehorst, *loc. cit.* en nota 100, p. 52.

¹⁰⁵ “Contrato a distancia” era “todo contrato entre el comerciante y el consumidor u otro comerciante en el marco de un régimen organizado de compraventa a distancia celebrado sin la presencia física simultánea del consumidor y del comerciante o, en el caso de que este sea una persona jurídica, una persona física que represente *al comerciante y al consumidor o al otro comerciante*, por medio del uso exclusivo de uno o más medios de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento” [art. 2 (p) PRCESL, COM(2011) 635 final, p. 27 (en cursiva los cambios derivados de la admisión de la enmienda n° 49 por parte del Parlamento Europeo)].

¹⁰⁶ Primordialmente, arts. 13, 17 y 19 CESL [COM(2011) 635 final, pp. 43–48]. Sobre la *ratio* que hay detrás de este interés, *vid.* C. Wendehorst, “Article 2”, en R. Schulze (ed.), *op. cit.* en nota 96, pp. 23–24.

Europeo, los contratos a distancia se convierten en el *único* objeto regulado. En el Preámbulo, lo anuncia el Cdo. 9 PPECESL al proclamar sin ambages que “[e]l presente Reglamento establece una normativa común de compraventa europea *para los contratos a distancia y, en particular, los contratos en línea*”¹⁰⁷. En el articulado, la idea vertebrada las disposiciones introductorias desde el art. 1 PPECESL, que circunscribe el alcance del programado instrumento a dichos contratos¹⁰⁸; pasando por el art. 4.1º PPECESL, que deja bien claro que *solamente* “[s]e podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular *los contratos a distancia*”¹⁰⁹; hasta el art. 5 PPECESL, que, de buen principio, reproduce la frase anterior añadiéndole la coletilla “*incluidos los contratos en línea*”¹¹⁰.

De lo expuesto se desprende que la Propuesta sobre una normativa común siempre ha delimitado su ámbito material de aplicación de manera poco convincente¹¹¹. En efecto, la apuesta por disciplinar únicamente tres contratos —a veces, difíciles de identificar y de deslindar¹¹²—, la errante y contradictoria actitud ante los contratos mixtos y los vinculados a créditos al consumo, y la reconversión final del CESL en un instrumento sólo elegible en casos de contratación a distancia demuestran, por una parte, la creciente tendencia de las instituciones comunitarias a empequeñecer sus actuaciones en el terreno del Derecho contractual europeo; por la otra, la pulsión casi irresistible de quienes gobiernan Europa de concentrar sus esfuerzos regulatorios en la mejora del comercio electrónico. En este sentido, el comienzo del Cdo. 8 PPECESL¹¹³ puede considerarse toda una declaración de principios que anticipaba el camino que la Comisión se dispone a emprender.

¹⁰⁷ Inciso inicial del Cdo. 9 PPECESL [COM(2011) 635 final, p. 19 (en cursiva los cambios que se deben a la enmienda nº 2 aceptada por el Parlamento Europeo)].

¹⁰⁸ Al decir: “La finalidad del presente Reglamento es mejorar las condiciones para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, estableciendo para ello, *en el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro*, un conjunto uniforme de normas de Derecho contractual (“la normativa común de compraventa europea”). Estas normas pueden utilizarse para regular las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados *a distancia, sobre todo en línea*, cuando así lo acuerden las partes contratantes” [art. 1.1º PPECESL, COM(2011) 635 final, pp. 24–25 (en cursiva los cambios que son consecuencia de la admisión por parte del Parlamento Europeo de la enmienda nº 26)].

¹⁰⁹ Art. 4.1º PPECESL [COM(2011) 635 final, p. 28 (en cursiva los cambios causados por la aceptación por parte del Parlamento Europeo de la enmienda nº 60)].

¹¹⁰ Enmienda nº 61 admitida por el Parlamento Europeo.

¹¹¹ S. Corneloup, *loc. cit.* en nota 95, p. 708.

¹¹² Ni que decir tiene que, como da a entender el Cdo. 29 PPECESL [COM(2011) 635 final, p. 23)], las nociones contractuales utilizadas por la Propuesta son autónomas y su interpretación corresponde al Tribunal de Justicia (G. Palao Moreno, *loc. cit.* en nota 92, p. 20).

¹¹³ Que afirma que “[l]os obstáculos relacionados con el Derecho contractual impiden a los consumidores y los comerciantes aprovechar plenamente el potencial del mercado interior y son particularmente importantes en el sector de la venta a distancia, que debería ser uno de los resultados tangibles del mercado interior. En particular, la dimensión digital del mercado interior se está convirtiendo en algo vital tanto para los consumidores como para los comerciantes, ya que cada vez son más los consumidores que

VI. Ámbito territorial de aplicación del CESL

Aun cuando deja abierta la posibilidad de que los Estados miembros extiendan la aplicación de la normativa común a los contratos internos¹¹⁴, la PRCESL aspira a regular básicamente las transacciones transfronterizas¹¹⁵. Su Art. 3 y el apartado inicial del art. 4, estatuyen que para recurrir al CESL debe estarse ante un contrato transfronterizo¹¹⁶. Para cerciorarse del cumplimiento de esta condición, que se apreciará “en el momento en que se acuerde la utilización de la normativa común de compraventa europea”¹¹⁷, diferencia la Propuesta los contratos entre comerciantes –B2B– de los contratos de consumo –B2C–. En orden a los primeros, la pauta de aplicabilidad, tributaria del Convenio de Viena¹¹⁸, es bien sencilla: basta con que las partes tengan su residencia habitual en países distintos¹¹⁹, de los cuales al menos uno sea un Estado miembro¹²⁰. Además, el

compran en Internet y los comerciantes que venden en línea. Habida cuenta de que los instrumentos tecnológicos de información y comunicación están en continuo desarrollo y son cada vez más accesibles, el potencial de crecimiento de las ventas en Internet es muy elevado. En esta situación, y para superar estos obstáculos relacionados con el Derecho contractual, las partes deben tener la posibilidad de acordar que los contratos que se celebren a distancia y, en particular, en línea, se rijan por un único corpus uniforme de normas de Derecho contractual europeo, la normativa común de compraventa europea” [Cdo. 8 PRCESL, COM(2011) 635 final, pp. 18–19 (en cursiva los cambios –prácticamente todo el párrafo es de nueva creación– originados por la enmienda nº 1 admitida por el Parlamento Europeo)].

¹¹⁴ Art. 13.a) PRCESL. *Vid. supra*, nota 53.

¹¹⁵ Vistos los obstáculos con los que topan los particulares y los profesionales que pretenden contratar fuera de su mercado nacional, “[e]l objetivo general de la propuesta consiste en mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior facilitando la expansión del comercio transfronterizo a las empresas y las compras transfronterizas a los consumidores” [COM(2011) 635 final, p. 4 (cursivas nuestras)]. Tras la revisión del texto por el Parlamento Europeo (enmienda nº 60), la iniciativa ha quedado circunscrita, como antes se ha puesto de relieve, a los contratos transfronterizos “a distancia” (art. 4.1 PPECESL; *vid.*, asimismo, los Cdos. 8 y 9 PPECESL; una vez incorporadas las enmiendas núms. 1 y 2).

¹¹⁶ Como indica S. Corneloup (*loc. cit.* nota 55, p. 372), “la notion de [situation] transfrontière n'est pas employée pour départager l'empire de lois des États membres, mais pour justifier que l'Union européenne s'empare d'une situation et adopte des règles la régissant”; es, por tanto, terminología propia del Derecho primario europeo y no del Derecho internacional privado, porque cuando las instituciones comunitarias se proponen delimitar el alcance espacial de las legislaciones de los Estados miembros se valen, como en los Reglamentos Roma, de la expresión “situaciones que impliquen un conflicto de leyes”.

¹¹⁷ Art. 4.6º PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 29].

¹¹⁸ Las similitudes –y disimilitudes– entre el art. 1 del Convenio de 1980 y el Art. 4 PRCESL han interesado, entre otros, a S. Leible [“Der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts”, en O. Remien *et al.* (ed.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, München, 2012, p. 32; C. Wendehorst [“Article 4”, en R. Schulze (ed.), *op. cit.* en nota 96, p. 35], M. Schmidt-Kessel [“Artikel 4”, en M. Schmidt-Kessel (ed.), *op. cit.* en nota 87, p. 90] y G. Palao Moreno (*loc. cit.* en nota 92, p. 22).

¹¹⁹ En este apartado –así como en el resto del Art. 4 y, en general, en toda la PRCESL–, el término “país” o “Estado” debe interpretarse en el sentido del Derecho internacional público, por lo que una

criterio de la residencia habitual es objeto de varias precisiones que facilitan su determinación: si el comerciante es una persona jurídica, la residencia será “el lugar en que se encuentra su administración central”¹²¹; si es una persona física, “el lugar en el que ejerce su actividad principal”¹²²; y si en la celebración del contrato el comerciante actúa a través de una sucursal, agencia u otro establecimiento secundario, se considerará que su residencia habitual es “el lugar en que esté situado dicha sucursal, agencia o establecimiento”¹²³. En general, estas soluciones han merecido una valoración positiva, no exenta, con todo, de algunas críticas centradas en dos puntos en particular: primeramente, la falta de consistencia que supone el empleo de un criterio como la residencia habitual en relación con los comerciantes, cuando en el cuerpo normativo que constituye el CESL el uso del término parece haberse reservado a los consumidores¹²⁴; segundamente, la limitación de la posibilidad de sujetarse al CESL a las transacciones transfronterizas, cosa que obligaría a las empresas a manejar regímenes legales distintos según concluyeran contratos internos o contratos internacionales¹²⁵, con la circunstancia agravante de que, a través de su red de establecimientos secundarios, las *large companies*, estarían, a diferencia de las PYME, en condiciones de “create a cross-border situation” a su conveniencia, lo que les reportaría la ventaja de poder unificar su marco contractual al amparo del CESL¹²⁶. A estas objeciones, cabe replicar, por un lado, que la utilización del criterio de la “residencia habitual” de los empresarios, discutible en el plano del Derecho sustantivo, no es en absoluto extraña a instrumentos fundamentales del DIPr comunitario, como el RR I y el RR II –no así el RB I–, en los que la localización de dicha

aplicación del CESL a transacciones entre contratantes residentes en diversas unidades territoriales de un mismo Estado plurilegislativo únicamente podría sustentarse en el juego del art. 13.a) PRCESL [M. Schmidt-Kessel, *loc. cit.* en nota 118, p. 92].

¹²⁰ Art. 4.2º PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 28].

¹²¹ Art. 4.4º PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 28].

¹²² Art. 4.4º PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 28].

¹²³ Art. 4.5º PRCESL [COM(2011) 635 final, pp. 28–29].

¹²⁴ C. Wendehorst, *loc. cit.* en nota 118, p. 35. El comentarista cita como ejemplos de esta incongruencia los arts. 10.4(b), 93, 102, 125 y 144 CESL.

¹²⁵ Especialmente beligerante en este tema se ha mostrado O. Lando, *loc. cit.* en nota 64, p. 721; “CESL or CISG? Should the proposed EU Regulation on a Common European Sales Law (CESL) replace the United Nations Convention on International Sales (CISG)?”, en O. Remien *et al.* (ed.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, Múnich, 2012, p. 20; “CISG and CESL: Simplicity, Fairness and Social Justice”, en L. Gullifer/S. Vogenauer (ed.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford–Portland, 2014, p. 243.

¹²⁶ En esta línea, C. Wendehorst, *loc. cit.* en nota 118, pp. 38–39; igualmente, E. Rodríguez Pineau, “El ámbito de aplicación del Reglamento de Derecho Común Europeo de Ventas (CESL)”, en A. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, t. I, Cizur Menor, 2013, p. 264; y G. Palao Moreno, *loc. cit.* en nota 92, p. 24.

residencia se acaba confundiendo, lo mismo que en el art. 4.4º PRCESL, con el lugar en donde está emplazada la administración central de la sociedad o con aquél en el que se encuentra el establecimiento principal del profesional –arts. 19.1º RR I y 23.1.1 y 2 RR II–¹²⁷; por otro lado, que la previsión –ya referida– del art. 13.a), en la que se faculta a los Estados miembros para irradiar el CESL a las operaciones exclusivamente nacionales, podría mitigar el desequilibrio entre empresas de tamaño diverso a la hora de incorporar la normativa común a sus operaciones, pero no eliminarlo de raíz, porque la separación que puede representar el CESL entre la regulación de los negocios puramente estatales y los de naturaleza transfronteriza descansa seguramente en la creencia –infundada– de las instituciones comunitarias de que carecen de competencia para proyectar un eventual Derecho contractual europeo a las relaciones internas, al no presentar éstas ninguna conexión con el mercado interior¹²⁸.

En cuanto a los contratos entre un comerciante y un consumidor, la aplicación del CESL requiere que el primero tenga su residencia habitual en un país diferente de aquél en el que está ubicada “la dirección indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación”¹²⁹ y que “al menos uno de dichos países [sea] un Estado miembro”¹³⁰. Pese a ser tan válido para los contratos B2B como para los contratos B2C, no cabe repetir aquí lo que se ha comentado en el apartado anterior a propósito de la concreción de la residencia habitual del empresario, por lo que consagraremos nuestra exposición al hecho de que, “*überraschenderweise*”¹³¹, la PRCESL no siga en lo atinente a los consumidores el mismo criterio, primordial en el RR I, y se incline por adoptar una solución que presenta múltiples problemas de interpretación. Veamos alguno de ellos. En primer lugar, cuesta hallar razones convincentes que justifiquen la regla¹³², porque las que se aducen están lejos de ser satisfactorias¹³³. En

¹²⁷ G. Palao Moreno, *loc. cit.* en nota 92, pp. 22–23. Para los contratos que se lleguen a celebrar en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia u otro establecimiento análogo, el art. 4.5º PRCESL tiene como paralelos el art. 19.2º RR I y el art. 23.1.2 RR II.

¹²⁸ Argumento esgrimido elocuentemente por S. Perner, “Zum Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (Art 1 – Art 16 VO–Entwurf)”, en C. Wendehorst/B. Zöchling–Jud (ed.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011*, Wien, 2012, p. 25.

¹²⁹ Art. 4.3º.a) PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 28].

¹³⁰ Art. 4.3º.b) PRCESL [COM(2011) 635 final, p. 28].

¹³¹ A. Stadler, “Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des *Common European Sales Law*”, *AcP*, 212, 2012, p. 485.

¹³² En opinión de M. Schmidt–Kessel [*loc. cit.* en nota 118, p. 93], para un replanteamiento de las conexiones en materia de consumo como el llevado a cabo por la PRCESL, “*besteht ... rechtspolitisch kein Grund*”.

¹³³ Rebatibles parecen los motivos sugeridos por C. Wendehorst [*loc. cit.* en nota 118, p. 37] y G. Dannemann (*loc. cit.* en nota 98, p. 41), que son básicamente tres: incrementar las probabilidades de que las partes opten por el CESL en la mayoría de casos –¿a cualquier precio? podría contestarse–; propor-

segundo término, es notable la oscuridad con la que está redactado el precepto, singularmente acerca de si, para el reconocimiento de la cualidad transfronteriza del contrato, es –o no– indiferente que sea la residencia del comerciante o una de las direcciones señaladas por el consumidor las que como mínimo estén situadas en un Estado miembro. Tolerando el art. 4.3º PRCESL ambas lecturas, parece que, frente a los que colocan los cuatro criterios en pie de igualdad¹³⁴, es preferible preconizar, buscando apoyo en el inciso final del Cdo. 13 PRCESL¹³⁵, que el requisito de transnacionalidad se cumple *solamente* cuando al menos una de las señas facilitadas por el consumidor es la que se localiza en un país de la Unión Europea¹³⁶. En última instancia, se recrimina a la disposición que, en contraste con lo que la Propuesta prevé respecto de los empresarios, recurra a *criterios estrictamente subjetivos* para con los consumidores¹³⁷, de quienes a la postre depende, sobre la base de la información –tanto da verdadera que falsa¹³⁸– que brinden a los comerciantes, la aplicabilidad del CESL *ratione territorii*¹³⁹. Esta prerrogativa conferida a los consumidores tiene dos consecuencias que saltan a la

cionar al comerciante la certeza de que la normativa común se aplicará con independencia de la declaración veraz o mendaz del consumidor –¿no aportaría mucha más seguridad tomar en cuenta su residencia y no sus manifestaciones?–; la dificultad de acreditar la residencia habitual –¿no es ésta una objeción clásica que nunca ha impedido su utilización creciente como punto de conexión, incluso en la esfera patrimonial, por parte de los Convenios de La Haya y de los Reglamentos Europeos?–.

¹³⁴ Entre nosotros, S. Sánchez Lorenzo [*loc. cit.* en nota 49 (*AEDIPr*), p.40]; quien, sin embargo, da la impresión de haber matizado posteriormente su posición [*loc. cit.* en nota 49 (*J. Priv. Int' L.*), p. 195].

¹³⁵ El Cdo. 13 acaba afirmando que un contrato B2C es transfronterizo “cuando la dirección general indicada por el consumidor, la dirección de entrega de los bienes o la dirección de facturación indicada por el consumidor estén situadas en un Estado miembro, pero no en el Estado del lugar en que el comerciante tiene su residencia habitual” [COM(2011) 635 final, p. 20].

¹³⁶ C. Wendehorst, *loc. cit.* en nota 118, p. 37. Naturalmente, ello puede suceder tanto si el consumidor reside en la Unión Europea como si no lo hace. Pensando en esta segunda hipótesis, el Cdo. 14 PRCESL establece en su punto final que “[e]n caso de que intervengan consumidores de terceros países, el acuerdo sobre la utilización de la normativa común de compraventa europea, que supondría la elección de una ley extranjera para ellos, debe estar sujeto a las normas de conflicto de leyes aplicables”; frase, necesitada de mayor desarrollo, que da a entender que “la protección que otorga a los consumidores el Derecho europeo posee un sello regional que lo limita al mercado europeo” [F. Esteban de la Rosa y O. Olariu, “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *InDret*, 2013–1, p. 21].

¹³⁷ Dan especial relevancia a esta característica, entre otros, E. Fernández Masiá [“Optando por la normativa común de compraventa europea”, *REEL*, 23, 2012, p. 9], S. Leible [*loc. cit.* en nota 118, p. 29], H.–W. Micklitz y N. Reich [*loc. cit.* en nota 42, p. 15], E. Rodríguez Pineau (*loc. cit.* en nota 126, p. 265), G. Palao Moreno (*loc. cit.* en nota 92, p. 23).

¹³⁸ A efectos del cumplimiento del requisito, es irrelevante que el consumidor haya hecho un señalamiento que se corresponda –o no– con la realidad (C. Wendehorst, *loc. cit.* en nota 118, p. 37). Después de examinar ciertas discrepancias lingüísticas entre la versión alemana y la inglesa de la Propuesta, S. Leible [*loc. cit.* en nota 118, p. 29] llega a la misma conclusión.

¹³⁹ E. Fernández Masiá, *loc. cit.* en nota 137, p. 9; H.–W. Micklitz y N. Reich, *loc. cit.* en nota 42, p. 15; G. Palao Moreno, *loc. cit.* en nota 92, p. 23.

vista: por un lado, consigue diluir aún más –recuérdese que el art. 13.a) PRCESL ya se aviene a que *los Estados* puedan hacerlo– la línea divisoria entre los contratos nacionales y los transfronterizos, pues, mediante la designación de cualquiera de las direcciones retenidas por el precepto, el consumidor siempre tendrá en sus manos la proyección internacional del contrato¹⁴⁰; y, por otro lado, se reducen los supuestos en los cuales la elección de la normativa común puede devenir ineficaz por haberse rebasado los límites territoriales de actuación previstos¹⁴¹.

La valoración de las reglas que fijan el ámbito territorial de aplicación del CESL no puede ser positiva, porque, si bien es verdad que, en relación con los comerciantes, el criterio de la residencia habitual empleado, con sus respectivas especificaciones para los casos en los que los contratantes sean personas físicas o personas jurídicas, o en los que se haya operado a través de un establecimiento secundario están bastante asentadas en el DIPr comunitario, por lo que concierne a los consumidores, la Propuesta de normativa común apuesta por unos criterios de carácter subjetivo que están fuera de lugar, ya que, sin reportar ventaja apreciable alguna, se prestan a toda suerte de especulaciones, que van en detrimento de la seguridad jurídica. La única recomendación que cabe hacer al respecto es la que ya se formuló autorizadamente cuando parecía que el CESL acabaría por ser aprobado, pero que debe tenerse presente en toda futura tentativa legislativa: “*sollte ... auch für den Verbraucher zur Anknüpfung an dessen gewöhnlichen Aufenthalt zurückgekehrt werden*”¹⁴².

VII. Ámbito personal de aplicación del CESL

Según la PRCESL¹⁴³, la normativa común podía escogerse para regir los contratos en los cuales al menos una de las partes –el vendedor de los bienes o el suministrador de los contenidos digitales– fuera un comerciante¹⁴⁴, que contratara con otro comerciante o con un consumidor¹⁴⁵. Por tanto, en virtud de su ámbi-

¹⁴⁰ S. Leible, *loc. cit.* en nota 118, p. 29.

¹⁴¹ G. Dannemann, *loc. cit.* en nota 98, p. 41.

¹⁴² M. Schmidt-Kessel, *loc. cit.* en nota 118, p. 93.

¹⁴³ Art. 7 PRCESL [COM(2011) 635 final, pp. 29–30].

¹⁴⁴ Definido en el Art. 2.e) PRCESL como “toda persona física o jurídica que actúa con fines relacionados con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión” [COM(2011) 635 final, p. 25]. Por su parte, en la enmienda nº 32 introducida por el Parlamento, se hacen un par de adiciones: primera, que es comerciante la persona física o jurídica “ya sea privada o pública”; segunda, que solamente cuenta la actuación con fines relacionados con sus actividades “en relación con contratos”. Destaca G. Dannemann (*loc. cit.* en nota 98, p. 40, nota 78) que en este concepto difícilmente pueden hallar acomodo las personas jurídicas que no son comerciantes como las *charities*.

¹⁴⁵ Definido en el art. 2.f) PRCESL como “toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión” [COM(2011) 635 final, p. 25]. Digno de reseña es que esta noción no coincide exactamente con la empleada por algunas de las directivas sobre Derecho del con-

to de aplicación personal, el CESL se proponía disciplinar tanto los contratos conocidos como B2C –contratos de consumo– como los denominados B2B –contratos entre empresas–¹⁴⁶, si bien, respecto de éstos, era necesario que, salvo en los supuestos en los que operara el art. 13.b) PRCESL¹⁴⁷, una de las empresas fuera una PYME, entendiendo por tal la que empleara menos de doscientas cincuenta personas y tuviera un volumen de negocios anual no superior a 50 millones de euros o un balance anual no superior a 43 millones de euros –para una PYME que tuviera su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no fuera el euro o en un tercer país, cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país–¹⁴⁸.

De los diversos desajustes que, por acción u omisión, causaba el art. 7 PRCESL, revisaremos dos. En cuanto a los contratos B2C, el precepto sólo exigía que el vendedor de bienes o el suministrador de contenidos fuera un comerciante, remitiendo al art. 2.f) para la concreción de la noción de consumidor. Sin embargo, la Propuesta nada aclaraba sobre si cabía o no reputar contratos de consumo los que tenían una doble finalidad, a la vez privada y profesional, porque una persona los había celebrado con un comerciante y el objeto sólo estaba parcialmente relacionado con su actividad comercial. El silencio de la PRCESL al respecto era llamativo, porque, en su Sentencia de 20 de enero de 2005 (as. C-464/01, *J. Gruber c. Bay Wa AG*)¹⁴⁹, el Tribunal de Justicia, interpretando las

sumo ni por la recogida en las legislaciones nacionales que las han traspuesto. Valga como muestra elocuente el art. 3.2º del texto refundido de la Ley General española para la Defensa de Consumidores y Usuarios, que luego de la modificación efectuada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, continúa incluyendo dentro de la categoría a “las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial” (BOE, 28-III-2014).

¹⁴⁶ En cualquier caso, quedarían fuera del radio de acción *ratione personae* del CESL, los contratos en que ambas partes sean particulares que intervengan sin propósito comercial (S. Corneloup, *loc. cit.* en nota 95, p. 709). Esta limitación carece de justificación cuando las transacciones electrónicas entre consumidores a través de portales como *eBay* han cobrado un protagonismo impensable hace pocos años (F. Esteban de la Rosa y O. Olariu, *loc. cit.* en nota 136, p. 16). Como se pregunta T. Pfeiffer [“Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand”, en O. Remien *et al.* (ed.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, Múnich, 2012, pp. 39–40], ¿por qué no ha de existir un mercado interior para los negocios entre consumidores?; o, en otras palabras, ¿por qué ha de ser de peor condición la venta de un vehículo realizada por un particular al margen de toda actividad profesional que la hecha por una gran empresa de automoción?

¹⁴⁷ Entre las opciones reconocidas a los Estados miembros, el art. 13 contempla la de “recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular: (...) b) los contratos en los que todas las partes sean comerciantes pero ninguno de ellos sea una PYME a tenor del art. 7 apartado 2” [COM(2011) 635 final, p. 31].

¹⁴⁸ Art. 7.2 PRCESL [COM(2011) 635 final, pp. 29–30]. La noción de PYME proviene del Art. 2 del anexo de la *Recomendación de la Comisión sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas* (2003/361/CE), de 6 de mayo de 2003 (DO L 124 de 20.5.2003, p. 39).

¹⁴⁹ Esta decisión puede encontrarse, como es habitual, en la página web del TJ (<http://curia.europa.eu>). Para un completo comentario de la misma, *vid.* B. Añoveros Terradas, “Nota a

reglas de competencia judicial del Convenio de Bruselas, había fijado su posición con respecto a estos contratos y la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores –sólo dos semanas posterior a la PRCESL–, los había contemplado en uno de sus considerandos –el 17–¹⁵⁰. Con buen criterio, la PPECESL colma la laguna de la Propuesta y lo hace por partida doble: por un lado, añadiendo al concepto de consumidor del art. 2.f) un segundo inciso¹⁵¹, que reproduce lo establecido en la Directiva de 2011; y, por el otro, incorporando un nuevo considerando –el 11 bis– que, además de hacer lo mismo, enfatiza, en la línea de lo dictaminado por el TJ, la importancia que para la categorización de estos contratos tiene la conducta de la persona que actúa como consumidor y profesional a la vez¹⁵². En una primera impresión, podría parecer que, con relación a este tema, no se ha producido cambio de orientación alguno y que se mantiene intacta la solución de la última década, cuya aplicación al CESL había sido reclamada por parte de la doctrina¹⁵³, pero, como han hecho notar diversos especialistas¹⁵⁴, hay indicios que apuntan a un cierto replanteamiento de la cuestión, como se explica a continuación. Recordemos que en la Sentencia *Gruber*, el Tribunal había determinado, a propósito de las reglas europeas de competencia judicial internacional¹⁵⁵, que, en los contratos con doble finalidad, el hipotético consumidor no se podía amparar en esta condición a excepción de “que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse *marginal* y, por tanto, sólo tuviera un papel *insignificante*

la Sentencia del TJCE (Asunto C-464/01) de 20 de enero de 2005”, *REDI*, vol. LVII, 2005, pp. 936–940.

¹⁵⁰ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2011/83/UE), de 25 de octubre de 2011 (*DOUE*, L 304, de 22 de noviembre de 2011, p. 66). Posteriormente, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 se ha vuelto a referir, en su Cdo. 12, a estos contratos en términos similares a los de la Directiva 2011/83/UE (*DOUE*, L 60, de 28 de febrero de 2014, p. 36).

¹⁵¹ Enmienda n° 32 admitida por el Parlamento Europeo.

¹⁵² Enmienda n° 5 admitida por el Parlamento Europeo.

¹⁵³ Entre nosotros, especialmente F. Esteban de la Rosa y O. Olariu (*loc. cit.*, en nota 136, p. 15), quienes, sin embargo, eran conscientes de las dificultades de su acomodo a la contratación electrónica.

¹⁵⁴ Aquí, cabe mencionar a H.-W. Micklitz y N. Reich (*loc. cit.*, en nota 42, pp. 11–12), A. Stadler (*loc. cit.*, en nota 131, p. 488) y C. Wendehorst [*loc. cit.* en nota 106, p. 20]. Advuértase que todos escriben antes de la aprobación en primera lectura de la PPECESL, en la que, a nuestro juicio, afloran nuevos elementos de debate.

¹⁵⁵ A despecho de haberse originado en el seno del Derecho procesal europeo, la doctrina sentada por el TJ con ocasión del caso *Gruber* es de alcance general y, por tanto, extrapolable al Derecho sustantivo sin que ello redunde en un detrimento de la tutela de los consumidores [S. Cámara Lapuente, “El concepto legal de “consumidor” en el Derecho europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *CDT*, 3 (2011–1), p. 113].

en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato”¹⁵⁶, correspondiendo “a la persona que pretenda invocar [las prerrogativas de los consumidores] acreditar que, en el contrato con doble finalidad de que se trata, el uso profesional solamente tiene un papel insignificante”¹⁵⁷, para que “[a] la luz de los elementos de prueba que le sean presentados ... el órgano jurisdiccional que conoce del asunto [pueda] decidir ... si el contrato tenía por objeto satisfacer, en gran medida, necesidades relacionadas con la actividad profesional de la persona interesada o si, por el contrario, el uso profesional apenas revestía importancia (...), [debiendo] tener en cuenta no solamente el contenido, la naturaleza y la finalidad del contrato, sino también las circunstancias objetivas que rodearon su celebración”¹⁵⁸. “Si ... las circunstancias objetivas de los autos no permiten demostrar de modo suficiente ... que la operación que dio lugar a la celebración del contrato con doble finalidad perseguía un objetivo profesional que no era insignificante, deberá considerarse que, en principio, dicho contrato fue celebrado por un consumidor”¹⁵⁹, en cuyo caso, “el órgano jurisdiccional que conoce del asunto deberá ... comprobar si, además, la otra parte contratante podía ignorar legítimamente la finalidad privada de la operación debido a que ... el supuesto consumidor dio la impresión [al cocontratante] de que, en realidad, actuaba con fines profesionales”¹⁶⁰. En resumidas cuentas, el TJ es del parecer que los denominados contratos mixtos no son contratos de consumo a reserva de que de las circunstancias del caso resulte lo contrario. Como con razón se ha resaltado¹⁶¹, el rechazo a un criterio de delimitación cuantitativo¹⁶², la prueba del propósito no comercial de la relación contractual –cuya carga corresponde al pretendido consumidor– y la apariencia con que éste contrata –ponderable cuando los elementos probatorios de índole objetiva no bastan para descartar la finalidad privada del contrato– son los puntos clave de la construcción del TJ. La dicción de la PPECESL –y de la Directiva 2011/83/UE– es ligeramente distinta, porque, en ambos textos, los contratos de doble uso se reputan celebrados por consumidores cuando el “objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato”¹⁶³, precisando la Posición del Parlamento que, “[p]ara determinar si una persona física actúa total o parcialmente con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profe-

¹⁵⁶ Sentencia *Gruber*, ap. 39 (cursivas nuestras).

¹⁵⁷ *Ibid.*, ap. 46 de la Sentencia *Gruber*.

¹⁵⁸ *Ibid.*, ap. 47 de la Sentencia *Gruber*.

¹⁵⁹ *Ibid.*, ap. 50 de la Sentencia *Gruber*.

¹⁶⁰ *Ibid.*, ap. 51 (cursivas nuestras).

¹⁶¹ B. Añoveros Terradas, *loc. cit.* en nota 149, p. 939.

¹⁶² Téngase presente la rotundidad del TJ al declarar que es “irrelevante a este respecto [el de determinar el motivo particular o comercial de un contrato de doble finalidad] el hecho de que predomine el aspecto no profesional” (Sentencia *Gruber*, ap. 54, recogido en la parte dispositiva; también, ap. 42).

¹⁶³ Cdo. 11 bis y Art. 2 (f) PPECESL (cursivas nuestras).

sión, debe tenerse en cuenta la conducta de dicha persona frente a la otra parte”¹⁶⁴. Aunque sutiles, las diferencias entre la visión del Tribunal de Justicia y la del Parlamento son perceptibles. Por una parte, el enfoque *negativo* que, desde el punto de vista de los consumidores, recibe la cuestión en la Sentencia Gruber [los contratos con doble finalidad *no son* contratos de consumo *a menos que* la vertiente profesional sea residual] pasa a ser *positivo* en la PPECESL [los contratos mixtos *son* contratos de consumo *siempre que* el componente comercial no sea preponderante], por mucho que esta variación de perspectiva no afecte al *onus probandi* –continúa recayendo en el supuesto consumidor la acreditación de la concurrencia de las circunstancias que posibilitan el encuadramiento de los contratos de doble uso dentro de los contratos de consumo–. Por otra parte, a la hora de discernir los contratos comerciales de los contratos celebrados por consumidores, hay cambios en la valoración de la prueba, tanto en la fundada en elementos fácticos –con respecto a los cuales el “*negligible test*” realizado por el TJ se convierte en el “*predominant test*” de la PPECESL¹⁶⁵, que conlleva el recurso a una evaluación cuantitativa¹⁶⁶, desechada en su momento por el TJ¹⁶⁷–, como en la basada en la conducta del contratante con doble propósito –en la Sentencia Gruber, el criterio de la apariencia negocial sólo entra en liza cuando los resultados de la prueba objetiva son insuficientes para demostrar la intrascendencia de la dimensión profesional del contrato, y lo hace a modo de coadyuvante en la determinación del perfil comercial o particular del mismo; mientras que, del Cdo. 11 *bis* PPECESL, se deduce una incidencia directa del proceder del contratante en la consideración de la relación contractual mixta como total o parcialmente ajena a su actividad empresarial, asignándose a dicho proceder un valor probatorio equivalente al que se atribuye a los factores puramente objetivos¹⁶⁸–. En suma, parece que en el Derecho comunitario va ganando ente-

¹⁶⁴ Inciso final de Cdo. 11 *bis* PPECESL. Este párrafo no aparece en la Directiva 2011/83/UE.

¹⁶⁵ Las expresiones son de C. Wendehorst [*loc. cit.* en nota 106, p. 20], quien contrapone los términos contenidos en la Sentencia Gruber con los que emplea la Directiva 2011/83/UE, a su juicio más adecuados, estos últimos, para llenar el vacío de la PPECESL.

¹⁶⁶ La sustitución de palabras con un alto grado de imprecisión, como “marginal” e “insignificante” –propias de la Sentencia Gruber–, por otras que son susceptibles de mayor concreción numérica o porcentual, como “limitado” y “predomina” –manejadas por la PPECESL–, refleja una voluntad de cuantificar qué parte de la operación mixta guarda relación –y qué parte no– con la actividad profesional del contratante con doble finalidad.

¹⁶⁷ *Vid. supra*, nota 162. La hostilidad, sobre todo por motivos de seguridad jurídica (B. Añoveros Terradas, *loc. cit.* en nota 149, p. 939), a una utilización de parámetros cuantitativos para decantar la adscripción de los contratos de doble uso hacia el ámbito del comercio o el del consumo tiene sentido cuando son imposibles de calcular, pero si no es así y la primacía de la faceta privada es ostensible (como, por ejemplo, sucedía en el caso Gruber), su exclusión generalizada no parece razonable.

¹⁶⁸ Para caracterizar el objetivo del contrato, decae el método de “un test objetivo, con una excepción” (M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación*

ros una concepción más abierta de los contratos con doble finalidad¹⁶⁹, que propicia su calificación como contratos de consumo cuando así resulte de una estimación conjunta y equitativa de la prevalencia del aspecto privado del contrato sobre el profesional y del comportamiento del presunto consumidor a la hora de contratar.

En lo que concierne a los contratos B2B, el primordial reproche que se hacía a la Propuesta era el de que condicionaba el empleo del CESL a que como mínimo una de las partes contratantes –ambas comerciantes– fuera una PYME. Ciertamente, este requisito podía inferirse de la Exposición de Motivos de la Propuesta que, al enumerar las razones de la iniciativa acometida, situaba en primer término la diversidad legislativa existente en los Estados miembros acerca del Derecho contractual que tenía “un efecto disuasorio en los comerciantes, *en particular en las pequeñas y medianas empresas* (PYME), a la hora de emprender actividades de comercio transfronterizo”¹⁷⁰. Resulta evidente que, con esta medida de discriminación positiva en favor de las PYME, se quería hacer patente que la protección de éstas constituye, para las autoridades comunitarias, una prioridad política¹⁷¹. Por loable que sea este propósito, su concreción en la PRCESL en la forma mencionada acarrea, junto a complicaciones innecesarias, importantes mermas en la seguridad y la previsibilidad de las relaciones comerciales que los estudiosos han puesto de relieve. En primer lugar, se ha señalado que, si la razón de ser de la medida era la “protección de la parte compradora débil”¹⁷² –asimilando las PYME a los consumidores, pues, al igual que éstos, “por su menor poder económico, pueden estar en una situación de inferioridad ... frente a otros empresarios o comerciantes de mayores dimensiones”¹⁷³–, debería hacerse lo mismo con las grandes empresas que contratan con otras de tamaño equivalente fuera de su ámbito profesional¹⁷⁴. En segundo término, un

internacional, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, p. 169) siendo reemplazado por un sistema que integra un test objetivo y un test subjetivo.

¹⁶⁹ El Cdo. 17 de la Directiva 2011/83/UE –fuente de inspiración de la PPECESL– es reputado por H.–W. Micklitz y N. Reich (*loc. cit.* en nota 42, p. 12) una “*opening clause*” que, en su opinión, da pie para superar la rigidez interpretativa de la doctrina Gruber.

¹⁷⁰ COM(2011) 635 final, p. 2 (cursivas nuestras), igualmente, pp. 3–4. La misma idea aparece en los Cdos. 2 y 7 PRCESL [COM(2011) 635 final, pp. 17 y 18].

¹⁷¹ Muy claro en este sentido, C. Wendehorst [“Article 7”, en R. Schulze (ed.), *op. cit.* en nota 96, p. 53].

¹⁷² E. Valpuesta Gastaminza, “La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor”, *CDT*, 5, 2013–1, p. 207.

¹⁷³ L. A. Velasco San Pedro, “La propuesta de reglamento de compraventa europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación”, *CDT*, 5, 2013–2, p. 478.

¹⁷⁴ O. Lando, *loc. cit.* en nota 125 [Essays Beale], p. 242. El profesor danés, que en trabajos anteriores (*loc. cit.* en nota 64, p. 721; *loc. cit.* en nota 125, p. 20) ya se había opuesto a esta restricción, ilustra

esquema normativo como el del art. 7 PRCESL implicaba que, antes de contratar, las grandes empresas tendrían que realizar complejas –cuando no imposibles– labores de indagación de las características –número de empleados y cifras de negocio–¹⁷⁵ que, según la Propuesta, había de reunir la sociedad cocontratante¹⁷⁶, con el riesgo de que un error en la apreciación convirtiera en ineficaz la elección del CESL¹⁷⁷. En última instancia, la dualidad de regulaciones obligaría a los *big traders* a “manejar un régimen normativo diferenciado, diversificando sus condiciones en función de la naturaleza de la contraparte”¹⁷⁸. Es cierto que, al abrir la posibilidad de que los Estados Miembros expandieran la aplicabilidad del CESL a todos los contratos entre empresas sin necesidad de que ninguna de ellas fuera una PYME, el art. 13.b) PRCESL mitigaba el alcance de la limitación del art. 7 PRCESL, pero la misma era tan contraria a cualquier lógica jurídica o económica que su supresión por parte del Parlamento Europeo es merecedora de aplauso.

En resumidas cuentas, el ámbito personal de aplicación de la normativa común de compraventa europea queda mejor definido tras el paso de la PRCESL por el Parlamento Europeo, puesto que, por un lado y en lo concerniente a las relaciones entre empresarios y consumidores, la PPECESL incluye una referencia a los contratos con doble finalidad, en la cual, siguiendo la estela de las directivas más recientes en la materia, se suaviza la lectura restrictiva del TJ al objeto de favorecer la aplicación de las reglas de consumo en esta clase de transacciones; por otro lado y acerca de la contratación entre comerciantes, la

su posición con el ejemplo de una gran firma de abogados que adquiere su sistema informático a una multinacional del sector.

¹⁷⁵ La verificación de estos criterios plantearía dificultades patentes como, particularmente, qué empleados habría que tener en cuenta en el recuento (¿se incluirían, por ejemplo, los trabajadores temporales, los que estuvieran en formación o los que hicieran prácticas?) o cuál sería el día determinante para llevar a efecto el cómputo (¿el de la celebración del contrato o el de la presentación oficial del último balance anual?, por poner dos fechas significativas precisas), porque podría suceder que durante los tratos preliminares una de las empresas concernidas cumpliera los requisitos exigidos por la Propuesta para ser reputada una PYME, pero que en el momento de concluir el contrato hubiera dejado de satisfacerlos por haber sobrepasado los topes establecidos [vid., al respecto, T. Pfeiffer, *loc. cit.* en nota 146, pp. 38–39; A. Stadler, *loc. cit.* en nota 131, pp. 489–490; C. Wendehorst, *loc. cit.* en nota 171, p. 56].

¹⁷⁶ Los escollos de una investigación de este tipo han sido subrayados por autores como O. Lando, *loc. cit.* en nota 64, p. 721; *idem*, *loc. cit.* en nota 125 [*Essays Beale*], p. 242; S. Corneloup, *loc. cit.* en nota 95, pp. 709–710; E. Fernández Masiá, *loc. cit.* en nota 137, p. 11; T. Pfeiffer, *loc. cit.* en nota 146, pp. 38–39; A. Stadler, *loc. cit.* en nota 131, pp. 489–490; C. Wendehorst, *loc. cit.* en nota 171, p. 57; G. Dannemann, *loc. cit.* en nota 98, p. 40.

¹⁷⁷ En palabras de M. Schmidt-Kessel [“Artikel 7”, en M. Schmidt-Kessel (ed.), *op. cit.* en nota 87, p. 101], en los supuestos en los que la ausencia de una PYME diera lugar a una selección improcedente del CESL, cabe sostener que “*die Wahl in Leere geht*”.

¹⁷⁸ E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.* en nota 126, p. 264. El problema ya había sido puesto de manifiesto por P. de Miguel Asensio en la entrada de su blog citada *supra*, nota 68, en el apartado “La normativa común como elemento de complejidad e inseguridad jurídica”.

Posición del Parlamento elimina las trabas que la Propuesta ponía a la aplicación de la normativa común a los contratos entre grandes empresas. Ambas enmiendas deben valorarse positivamente, porque mejoran notablemente la proyección *ratione personae* del CESL.

VIII. Perspectivas de futuro

Al analizar las condiciones de aplicación del proyectado Reglamento referente a una Normativa Común sobre Compraventa Europea, el presente estudio ha querido poner de relieve algunas de las principales deficiencias técnicas de la PRCESL. Una regulación que se sitúa en el plano material –porque el Derecho conflictual de la Unión Europea ya está unificado–, tratando de disciplinar a la vez los contratos de consumo y los contratos comerciales, tiene de entrada un mal pronóstico. Si a lo anterior le sumamos el carácter facultativo del instrumento, en principio aceptable para las transacciones empresariales, mas de asunción problemática por parte de un Derecho como el de consumo, plagado de normas imperativas de talante protector, difícilmente la iniciativa legislativa podía haber llegado a buen puerto. El examen de los distintos ámbitos de aplicación previstos por la Propuesta no contribuye a mejorar la anterior valoración, porque, por un lado, el campo de actuación material, mal definido, es excesivamente reducido, y, por el otro, el alcance espacial del instrumento se deja, en los contratos de consumo, en manos del consumidor de manera totalmente injustificada. Sólo en la esfera personal de aplicación del CESL se aprecia algún indicio de revisión de los actuales planteamientos que parece ir en la buena dirección, como el que apunta a una concepción más flexible y abierta de los contratos con doble finalidad, que posibilitaría su adscripción al Derecho de consumo con mayor facilidad.

De resultas de la retirada, a finales de 2014, de la PRCESL, podría entenderse que nos hallamos ante otro episodio del fracaso con el que, hasta ahora, se han saldado todas las tentativas de unificar el Derecho contractual europeo. No obstante, como avanzábamos al comienzo de este artículo¹⁷⁹, la idea de reconvertir la Propuesta relativa a la Normativa Común de Compraventa Europea en una iniciativa de amplio espectro tendente a regular el Mercado Único Digital¹⁸⁰, va tomando cuerpo al haberse comprometido la Comisión a presentar, antes de que finalice 2015, una propuesta para armonizar las normas europeas concernientes a la contratación transfronteriza en línea de contenidos digitales¹⁸¹. Queda por ver si este anunciado proyecto consistirá en una simple adaptación del anterior –que

¹⁷⁹ *Vid.*, *supra*, nota 5.

¹⁸⁰ Apuntada en el Anexo 1 de la Comunicación de la Comisión de 16 de diciembre de 2014.

¹⁸¹ Ap. 2.1 de la Comunicación de la Comisión de 6 de mayo de 2015.

renacería de sus cenizas— a las características del comercio electrónico, o si, al menos en parte, incorporará un articulado de nuevo cuño. Tanto en uno como en otro caso, empero, el texto resultante debería introducir diversas mejoras técnicas que, en aspectos como la opcionalidad de la reglamentación o los ámbitos de aplicación de la misma, impidieran la reaparición de algunas de las disfunciones detectadas en la PRCESL.

Aparte de las diferencias entre las instituciones comunitarias en cuanto al alcance de la unificación del Derecho de contratos en Europa y a las vías para lograrla¹⁸², una de las explicaciones más plausibles de su poco éxito es el denominado “mal germánico”; o sea, el “empeño de unificar el régimen de los contratos celebrados entre consumidores y los contratos comerciales [pese a que,] [e]n estos últimos, (...) no parece que encajen las normas intervencionistas y muy tuitivas que son propias de los contratos celebrados por consumidores”¹⁸³. De ahí que se haya sostenido que solamente “si se separan ambos tipos de contratos cabe hallar propuestas de armonización mucho más cabales y ajustadas a los objetivos de dinamización de la relaciones contractuales”¹⁸⁴. Sin embargo, por lo que se intuye, la regulación que se prepara no va a ir en esta línea, pues todo da a entender que, en lo que hace referencia al comercio electrónico transfronterizo de contenidos digitales, la normativa en ciernes aspira a establecer el régimen jurídico tanto de los contratos B2C como de los contratos B2B¹⁸⁵, de

¹⁸² Sobre esta controversia, sigue siendo sumamente recomendable leer el trabajo de S. Sánchez Lorenzo, “Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: *“soft law versus hard law”* o “Comisión contra Parlamento””, en M. del R. Díaz Romero *et al.* (coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre 2007), Cizur Menor, 2008, pp. 377-405.

¹⁸³ S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.* en nota 49 [AEDIPr], p. 59.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ Los párrafos de la Comunicación que aluden al tema no dejan lugar a dudas: “En un mercado único, las empresas deben ser capaces de gestionar sus ventas en el marco de un conjunto de normas comunes. Algunos aspectos del Derecho de los consumidores y contractual ya han sido objeto de una armonización completa para las ventas en línea (por ejemplo, la información que debe proporcionarse a los consumidores antes de celebrar un contrato o el conjunto de normas que regulan su derecho a rescindir el acuerdo si cambian de parecer). Sin embargo, otros aspectos del contrato (como, por ejemplo, qué soluciones existen en el caso de que los bienes materiales no sean conformes con el contrato de venta) sólo están sujetos a las normas de la UE que proporcionan una armonización mínima, con la posibilidad de que los Estados miembros las amplíen. Cuando se trata de medidas que afectan al contenido digital defectuoso comprado en línea (v.gr., los libros electrónicos) no existe ninguna norma específica de la UE, solo algunas nacionales. Unas normas modernas y simplificadas para las compras transfronterizas en línea y digitales animarán aún más a las empresas a vender en línea por encima de las fronteras e incrementará la confianza de los consumidores en el comercio electrónico transfronterizo. Si se aplicaran en todos los Estados miembros de la UE las mismas normas para el comercio electrónico, el 57 % de las empresas afirman que iniciarían o aumentarían sus ventas en línea a otros Estados miembros de la UE. Para conseguir las condiciones adecuadas que permitan que prospere el comercio electrónico transfronterizo, la Comisión, tal como anunció en su programa de trabajo para 2015, efectuará una propuesta legislativa modificada que permita a los vendedores basarse en su legislación nacional, mediante una

suerte que el virus de la “*german disease*”¹⁸⁶ continuará inoculado en el modelo contractual comunitario.

Si los planes legislativos de la Comisión Europea no son nada claros y lo que de ellos se vislumbra tampoco parece satisfactorio, siempre queda la posibilidad de plantear alternativas que resulten más convincentes. Una buena solución para eliminar los costes y las trabas originados por las diferencias existentes entre las normativas de los Estados miembros que impiden el correcto funcionamiento del mercado interior, “sería alcanzar una unificación completa de las normas sobre protección de los consumidores mediante un Reglamento UE”, al amparo de cuyas disposiciones los empresarios serían “libres de elegir la ley de cualquier Estado miembro –que incluiría la aplicación de ese Reglamento– sin que resultara necesario mantener en tales situaciones la salvaguarda ahora prevista en el art. 6.2º [RRI] a favor de la eficacia de las normas de protección del país de la residencia habitual del consumidor, de modo que, por ejemplo, los empresarios establecidos en un Estado miembro podrían eficazmente someter todos los contratos que concluyeran –incluidos los celebrados con consumidores– a la ley del país de su establecimiento”¹⁸⁷. Esta opción –que los precedentes no avalan, habida cuenta de los escollos infranqueables con los que se han topado todos los intentos de unificar por entero las normas de defensa de los consumidores en la Unión Europea– podría encontrar acogida en la iniciativa que está en marcha sobre el Mercado Único Digital¹⁸⁸, pero la críptica redacción de lo hasta ahora difundido no permite hacer pronósticos mínimamente consistentes¹⁸⁹.

Asimismo, como remedio –si se quiere utópico– a más largo plazo, puede volver a ponerse sobre la mesa –de la que nunca ha estado totalmente ausente– la conveniencia de que algún día –esperemos que no muy lejano– la Unión Eu-

mayor armonización de los principales derechos y obligaciones de las partes de los contratos de compraventa. Esto se llevará a cabo principalmente ofreciendo soluciones a los incumplimientos y unos plazos adecuados para el derecho a una garantía jurídica. El objetivo consiste en garantizar que los agentes económicos en el mercado interior no se vean disuadidos de participar en las transacciones transfronterizas por las diferencias entre las legislaciones contractuales nacionales de los consumidores obligatorias, o las diferencias resultantes de las reglas específicas de los productos, como el etiquetado” [COM(2015) 192 final, pp. 4–5].

¹⁸⁶ S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit.* en nota 49 [JPIL], p. 215.

¹⁸⁷ Apartado “Valoración crítica del proceso de elaboración y posibles alternativas”, en la entrada sobre la normativa común en el blog del profesor P. de Miguel Asensio, citada *supra*, nota 68.

¹⁸⁸ Así cabría deducirlo de una lectura bienintencionada del primero de los compromisos del apartado 2.1 de la Comunicación: “La Comisión presentará una propuesta modificada antes de finales de 2015 i) que incluirá normas de la UE armonizadas para compras en línea de contenidos digitales, y ii) que permitirá a los comerciantes apoyarse en su legislación nacional basada en un conjunto específico de derechos contractuales clave obligatorios de la UE para las ventas nacionales y transfronterizas en línea de bienes materiales” [COM(2015) 192 final, p. 5].

¹⁸⁹ *Vid.* la entrada de blog <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/05/sobre-la-estrategia-para-el-mercado.html>, apartado III, “Contratación electrónica de consumo”.

ropea se dote de un Código civil propio. Obviamente, no vamos a entrar ahora en el debate, sobradamente conocido, acerca de las ventajas e inconvenientes que supondría la adopción de un cuerpo legal de esta naturaleza, ni de los obstáculos de todo orden que la impiden. Solamente queremos poner de manifiesto que, *en última instancia*, la decisión de promulgar un Código civil europeo –que en el tema que nos incumbe podría ser una solución tan válida o más que cualquier otra– es esencialmente *política*. Si en algún momento existe en la Unión Europea la voluntad institucional suficiente para proceder a una codificación del Derecho civil –y los contratos serán su punta de lanza–, las razones técnicas o prácticas que generalmente se aducen para oponerse a ella serán incapaces de neutralizarla, porque la codificación se convertirá, como ha ocurrido en procesos semejantes, en elemento constituyente de una entidad política y, por tanto, en nuestro caso, devendrá “*necessary in order to create a European political community*”¹⁹⁰.

Bibliografía

- Arroyo Amayuelas, E.: “¿Es el CESL legislación inteligente?”, *Revista CESCO de Derecho del consumo*, 11, 2014, pp. 209–213], al achacarle incompletitud y deficiencias de contenido.
- Busch, C.: “Kollisionsrechtliche Weichenstellungen für ein Optionales Instrument im Europäischen Vertragsrecht”, *EuZW*, 22, 2011, p. 660.
- Cámara Lapuente, S.: “El concepto legal de ‘consumidor’ en el Derecho europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *CDT*, 3, 2011–1, p. 113].
- Clive, E.: “An Introduction to the Common Frame of Reference”, *ERA–Forum, special issue*, 2008, pp. 18–19.
- Corneloup, S.: “Der Anwendungsbereich des Optionalen Instruments, die Voraussetzungen seiner Wahl und das Verhältnis zur Rom I–VO”, *ZEuP*, 20, 2011, p. 708.
- Corneloup, S.: “Entre autonomie conflictuelle et autonomie substantielle: le choix du futur droit commun européen de la vente. À propos de la Proposition de règlement de la Commission européenne du 11 octobre 2011”, en M. Kohen/D. Bentolila (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean–Michel Jacquet. Le droit des rapports internationaux économiques et privés*, París, LexisNexis, 2013, p. 381.
- Curti Gialdino, A.: “La volonté des parties en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 137 (1972–III), pp. 762–764.
- Dannemann, G.: “Choice of CESL and Conflict of Laws”, en G. Dannemann/S. Vogenauer (ed.), *The Common European Sales Law in Context. Interactions with English and German Law*, Oxford, 2013.

¹⁹⁰ P. van den Berg, “Constitutive Rhetoric: the Case of the ‘European Civil Code’”, en J. M. Milo *et al.* (ed.), *Tradition, Codification and Unification. Comparative–Historical Essays on Developments in Civil Law*, Cambridge, 2014, p. 70.

- Eidenmüller, H. *et al.*: “Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Defizite der neuesten Textstufe des europäischen Vertragsrechts”, *JuristenZeitung*, 67, 2012, p. 275.
- Esteban de la Rosa, F. y Olariu, O.: “La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo”, *InDret*, 2013–1, p. 21].
- Fernández Masiá, E.: “Optando por la normativa común de compraventa europea”, *REEL*, 23, 2012, p. 9.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 1996, pp. 318–319.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, 2013, p. 136.
- H.-W. Micklitz y N. Reich [«The Commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL)” – Too Broad or Not Broad Enough?», *EUI Working Papers*, LAW 2012/04 (http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/20485/LAW_2012_04_ERPL_03.pdf?sequence=3, p. 5)],
- Haudek, W.: *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1931.
- Hesselink, M.W.: “How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission’s Proposal for a Regulation”, *Centre for the Study of European Contract Law, Working Paper No. 2011–15* (disponible en la web <http://ssrn.com/abstract=1950107>), p. 8.
- Kegel, G. y Schurig, K.: *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9ª ed., München, 2004, pp. 654–655.
- Lando, O. y. Beale, H. (eds.): *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, La Haya, 2000.
- Lando, O. y. Beale, H. (eds.): *The Principles of European Contract Law. Part I. Performance, Non-Performance and Remedies*, Dordrecht–Boston–London, 1995.
- Lando, O.: “Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium”, *Scandinavian Studies in Law*, 40, 2000, pp. 360–361.
- : “CESL or CISG? Should the proposed EU Regulation on a Common European Sales Law (CESL) replace the United Nations Convention on International Sales (CISG)?”, en O. Remien *et al.* (ed.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, München, 2012, p. 20;
- : “Comments and Questions Relating to the European Commission’s Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law”, *ERPL*, 19, 2011, pp. 719–720].
- : “Contracts”, *Int. Enc. Comp. L.*, vol. III, *Private International Law*, cap. 24, Tübingen, 1976, pp. 13–14, n.ºs 25–26.
- : “CISG and CESL: Simplicity, Fairness and Social Justice”, en L. Gullifer/S. Vogenauer (ed.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Oxford–Portland, 2014, p. 243.
- Lando, O., Clive, E., Prüm, A. y. Zimmermann, R. (eds.): *Principles of European Contract Law. Part III*, La Haya, 2003]
- Leible, S.: “Der räumlich–persönliche Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts”, en O. Remien *et al.* (ed.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, München, 2012, p. 32;

- Magnus, U.: "Art 3 Rom I-VO", en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zur Rom I-VO; Art 1-10 Rom I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)*, Neubearbeitung 2011, Berlin, 2011, pp. 174-180, n^{os} 130-148.
- Mankowski, P.: "Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht", *RIW*, 58, 2012, p. 98.
- Palao Moreno, G.: "Some Private International Law Issues", en J. Plaza Penadés/L. M. Martínez Velenoso (ed.), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, p. 21.
- Perner, S.: "Zum Anwendungsbereich des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (Art 1 – Art 16 VO-Entwurf)", en C. Wendehorst/B. Zöckling-Jud (ed.), *Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts. Zum Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011*, Wien, 2012, p. 25.
- Pfeiffer, T.: "Anwendungsbereich: Vertragsparteien und Vertragsgegenstand", en O. Remien et al. (ed.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU? Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, München, 2012, pp. 39-40.
- Rodríguez Pineau, E.: "El ámbito de aplicación del Reglamento de Derecho Común Europeo de Ventas (CESL)", en A. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, tomo I, Cizur Menor, 2013, p. 264.
- Sánchez Lorenzo, S.: "Common European Sales Law and Private International Law: Some Critical Remarks", *J. Priv. Int'l L.*, 9, 2013, pp. 192 ss.
- Sánchez Lorenzo, S.: "De Bruselas a La Haya, pasando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea", J. Forner Delagüa et al. (coord.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, p. 824.
- Sánchez Lorenzo, S.: "La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea y el Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 36-37.
- Sánchez Lorenzo, S.: "Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: "soft law versus hard law" o "Comisión contra Parlamento", M. del R. Díaz Romero et al. (coord.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro* (Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre 2007), Cizur Menor, 2008, pp. 377-405.
- Schmidt-Kessel, M.: "Artikel 5", en M. Schmidt-Kessel (ed.), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, München, 2014, p. 96.
- Schulze, R.: "The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law", en R. Schulze (ed.), *The Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2008, p. 3.
- Stadler, A.: "Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des Common European Sales Law", *AcP*, 212, 2012, p. 485.
- Valpuesta Gastaminza, E.: "La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del Derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor", *CDT*, 5, 2013-1, p. 207.
- Velasco San Pedro, L.A.: "La propuesta de reglamento de compraventa europea: cuestiones generales, en especial su ámbito de aplicación", *CDT*, 5, 2013-2, p. 478.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2^a ed., Cizur Menor, 2007, p. 169.

-
- Wendehorst, C.: “Article 2”, en R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary* –, Baden–Baden, 2012, pp. 23–24.
- Wendehorst, C.: “Article 4”, en R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary* –, Baden–Baden, 2012, p. 35.
- Wendehorst, C.: “Article 5”, en R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) – Commentary* –, Baden–Baden, 2012, pp. 48–49.
- Zimmermann, J.: “Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht”, *Zentralblatt für die juristische Praxis*, XLIV, 1926,, pp. 882–887.
- Zitelmann, E.: *Internationales Privatrecht*, vol. II, München–Leipzig, 1912, p. 374.

PROBLEMÁTICA EN LA COORDINACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS APLICABLES A LA SUSTRACCIÓN DE MENORES Y EN PARTICULAR A LA INTERPRETACIÓN DE LA RESIDENCIA HABITUAL

Montserrat GUZMÁN PECES *

SUMARIO: I. Planteamiento del trabajo. II. Los mecanismos previstos en el Convenio de la Haya de 1980. 1. Objetivos y principios informadores. 2. El procedimiento articulado en el Convenio de la Haya de 1980 y en el Reglamento Bruselas II bis: A) La coordinación de actuaciones entre Autoridades administrativas y judiciales; B) La oposición a la restitución. III. Problemática en la Jurisprudencia: 1. Alcance del carácter provisional de las medidas o resoluciones en materia de responsabilidad parental. A) Asunto *Povse*; B) Asunto *C contra M*. 2. Conflicto de competencia entre Autoridades: Asunto *Aguirre Zarraga*. 3. Apreciación de la residencia habitual: A) Asunto C–523/07; B) Asunto *Mercredi*; C) Casos paradigmáticos de la Jurisprudencia Norteamericana. IV. El procedimiento de retorno. V. Conclusiones y propuestas.

RESUMEN: Este trabajo analiza los problemas prácticos de la sustracción civil de niños y el modo en que la normativa de la Unión Europea, Reglamento UE 2201/2003 y el Convenio de la Haya de 1980 abordan estas cuestiones. Se trata especialmente el tema de los conceptos de “sustracción o retención ilícita”, la determinación de la residencia habitual del menor que es trasladado a otro Estado y, las causas de oposición al retorno tanto en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como en la Jurisprudencia internacional. Finalmente la autora opta por acudir a nociones que establezcan unos parámetros básicos para cada caso en concreto, dada la abundante casuística planteada en función de las edades de los menores y de las circunstancias familiares diversas.

PALABRAS CLAVE: SUSTRACCIÓN CIVIL DE MENORES – REGLAMENTO UE 2201/2003 – CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 – RESIDENCIA HABITUAL – PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

ABSTRACT: *Problems in the Coordination of Regulatory Instruments Applicable to the Child Abduction, in Particular the Interpretation of the Habitual Residence.*

This paper analyzes the practical problems of child abduction and the way in which the rules of the European Union, EU Regulation 2201/2003 and the Hague Convention of 1980 address these issues. The subject of the concepts of “wrongful removal or retention”, the determination of “habitual resi-

* Profesora contratada doctora interina. Universidad de Alcalá.

dence” of the child who is moving to another state and causes of opposition to return both the jurisprudence of European Court of Justice is specially treated as in international jurisprudence. Finally the author chooses to go to notions that establish basic parameters for each particular case, given the abundant casuistry raised depending on the ages of the children and the various family circumstances.

KEY WORDS: CHILD ABDUCTION – EU REGULATION 2201/2003 – HAGUE CONVENTION OF 1980 – HABITUAL RESIDENCE – JUDGMENTS PRACTICES.

I. Planteamiento del trabajo

El notable aumento de las relaciones jurídicas privadas internacionales en el ámbito familiar como consecuencia de los fenómenos migratorios trae consigo un incremento en la rupturas de parejas y de los casos de sustracción de menores¹. Con la entrada en vigor del Reglamento Bruselas II bis, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental² (en adelante RB II bis) que sustituyó al Reglamento 1347/2000³, se amplió el ámbito de eficacia material de éste instrumento⁴ a las cuestiones relativas al traslado o retención ilícitos de un menor, en particular a la determinación de la competencia y al procedimiento a seguir en caso de sustracción civil de menores⁵ (arts. 10 y 11). Se parte de una calificación autónoma de los conceptos traslado o retención “ilícitos”⁶ (de contenido muy

¹ Según los datos facilitados por la Autoridad Central española desde 1998 a 2008, España ha tenido un incremento del 145% en solicitudes de retorno respecto de estudios anteriores y se sitúa como el tercer país (de 45 analizados) solo por detrás de Reino Unido y Gales (11%) y EE UU (23%). Hasta el año 2008 nuestro país recibía más solicitudes de la Unión Europea que del resto del mundo, en cambio ha enviado más solicitudes a Latinoamérica. A partir de 2008 la tendencia cambia y ha solicitado el retorno en mayor medida a países de la UE que del resto del mundo.

² DO L 338 de 23.12.2003.

³ DO L 160 de 30.6.2000.

⁴ En este ámbito el objetivo principal era la uniformización de reglas de Derecho internacional privado entre los Estados miembros en materia de competencia judicial y la mejora del reconocimiento y ejecución de las decisiones relativas a la disolución conyugal y a la custodia de los hijos comunes. Pues bien, en el año 2000 la República francesa presentó una iniciativa para la adopción de un Reglamento comunitario relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos comunes, que no prosperó pero que constituyó el banco de pruebas para los trabajos preparatorios que concluyeron en la aprobación del Reglamento UE 2201/2003 que ampliaría su marco de aplicación al derecho de visita y a la sustracción civil de menores.

⁵ Además a raíz del Dictamen emitido por el Tribunal de Justicia (Gran Sala) 1/13 de 14 octubre 2014, la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980 corresponde de forma exclusiva a la Unión Europea, atendiendo a que el Reglamento y el Convenio cubren el mismo ámbito de materias y deben aplicarse de forma simultánea.

⁶ Aunque el objeto de este análisis es la ilicitud del traslado o retención en el ámbito civil, hay que señalar que en muchos países está tipificado como delito penal. En nuestro sistema se contempla el delito de sustracción de menores previsto y penado en el art. 225 bis 1 y 3 del Código Penal. Y así se apreció por parte del TC (Sala Segunda) en la Sentencia nº 196/2013 de 2 de diciembre. RTC/2013/196, en la

similar al Convenio de la Haya de 1980) de manera que resulta necesario la conjunción de dos factores: por un lado, que se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido mediante una resolución judicial, por ministerio de la ley⁷ o, por un acuerdo con eficacia jurídica de acuerdo con la legislación del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención y, por otro lado, que el derecho de custodia aludido se ejerciera de manera efectiva (en sus dos modalidades –separada o conjuntamente–) antes de producirse el traslado o retención.

Pues bien, aunque el balance desde la entrada en vigor del RB II bis es bastante positivo⁸, intentaré aproximarme a una serie de problemas detectados en la coordinación de actuaciones de estos dos instrumentos normativos, especialmente a la hora de garantizar la restitución de los menores y que, inciden directamente en los problemas que plantea la determinación de la residencia habitual para delimitar la competencia judicial en este ámbito, dado que el paso del tiempo desde el traslado o retención ilícito del menor, puede contribuir a la adquisición de una nueva residencia habitual como consecuencia de la integración del menor en el lugar al que ha sido trasladado ilícitamente.

Para la determinación de la residencia habitual, a diferencia de lo que sucede con el concepto de traslado o retención ilícita en el RB II bis,⁹ no contamos con una calificación que permita delimitar su alcance, lo que conlleva innumerables problemas en los supuestos de traslado del menor de un Estado miembro a otro, por parte de uno de los progenitores cuando todavía no existe una resolución judicial firme de atribución de la guardia y custodia¹⁰. También, en los casos de

que se condenó a un padre por retención de un menor en el extranjero durante más de 5 años. Al acusado se le había atribuido el régimen de visitas y desde el año 2002 al 2006 se traslada con el menor a México sin que durante todo ese tiempo la madre tuviera ningún conocimiento del estado y la situación del menor. Aranzadi, aranzadidigital.es

⁷ En sentido amplio, se podría entender que si los progenitores no están privados de la patria potestad o, no se ha dictado una resolución en materia de responsabilidad parental, corresponde su ejercicio conjuntamente, por lo que en caso de desplazamiento de un progenitor con el hijo sin el consentimiento del otro, se estaría dentro del ámbito de aplicación del Convenio y se podría calificar como sustracción o retención ilícita.

⁸ P. Orejudo Prieto de los Mozos, “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5–22. La autora analiza a lo largo de estos diez años desde su entrada en vigor, la aplicación de este instrumento en relación con las crisis matrimoniales y la sustracción de menores fundamentalmente en relación con la competencia judicial internacional. Pone el acento en la interpretación del TJ en asuntos paradigmáticos y avanza algunas soluciones de cara a una reforma del citado Reglamento.

⁹ B. Ancel y H. Muir Watt, “L’*intérêt supérieur de l’enfant* dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 94, 2005, pp. 580 ss.

¹⁰ Sería interesante profundizar en determinadas medidas preventivas para excluir el riesgo de la sustracción. A estos efectos traemos a colación la SAP Tarragona (Sección Primera) nº 232/2014 de 4 julio

cambio de residencia de alguno de los progenitores con carácter provisional o, sin el consentimiento del otro progenitor. Así cuando el art.11 RB II bis atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor, inmediatamente ante del traslado o retención ilícitos, hasta que el menor adquiriera la residencia habitual en otro Estado miembro (*prorogatio fori* limitada) siempre que se den una serie de condiciones, está partiendo de la base de que las autoridades más vinculadas son las de la residencia habitual del menor.

Pero a partir de este planteamiento habría que determinar dos cuestiones primordiales: en primer lugar, si es posible adquirir una nueva residencia habitual con infracción de un derecho de custodia legalmente establecido y, en segundo lugar, si la respuesta anterior es positiva, se concebiría la residencia habitual como una mera situación de hecho con un índice temporal prolongado en el tiempo, en cuyo caso, habría que delimitar dicho alcance y, ponerlo en conexión con el plazo temporal previsto en torno a un año previsto en el Convenio de la Haya de 1980 y, deslindarlo a su vez, de los plazos previstos por las legislaciones de los Estados miembros para considerar que los progenitores adquieren su residencia habitual en un determinado Estado (a partir de los 6 meses).

Por tanto, el objetivo del análisis se centraría en una reflexión sobre la posibilidad de introducir una calificación autónoma de la residencia habitual en los instrumentos normativos aplicables –RB II bis y Convenio de la Haya – (examinando el encaje y coordinación entre ambos) para facilitar la labor del operador jurídico en este ámbito. La multiplicidad de situaciones, puestas de manifiesto a través de una selección de casos paradigmáticos de la práctica jurisprudencial, complica la vía de prospección del estudio dado que dependerá de la edad de los menores; de su grado de madurez; de si inmediatamente antes del traslado su residencia habitual era estable o temporal; de la existencia de una perspectiva de cambio permanente, relaciones personales y familiares, etc.

II. Los mecanismos previstos en el Convenio de la Haya de 1980

1. Objetivos y principios informadores

La incorporación de determinadas reglas y valores para la consecución material de determinados resultados, alcanza su máximo exponente en los Convenios

2014, en la que se prohíbe la expedición de pasaporte a la menor o la retirada del mismo si estuviera expedido así como la posibilidad de solicitar un duplicado. Se prohíbe al padre la obtención de certificado literal de nacimiento de la menor en el Registro Civil donde consta inscrita a los efectos de que no pueda obtener el pasaporte argelino en la Embajada argelina en España. Aranzadi.aranzadidigital.es

de la Conferencia de la Haya de cooperación de autoridades¹¹, en particular en el de protección de menores y adopción internacional de 1993 y, en éste que abordamos¹². Aunque con importantes diferencias, en los dos Convenios se busca la protección internacional de los menores¹³ a través de la designación de una Autoridad Central¹⁴ (o varias en Estados Federales o con unidades territoriales autónomas –art.6 CH 1980) por parte de cada Estado firmante del Convenio para proteger al menor de los efectos perniciosos relacionados con el traslado o retención ilícita. El objetivo es garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en los Estados contratantes y velar por el respeto de los derechos de custodia y visita, adoptando todas las medidas para el cumplimiento de la finalidad del Convenio¹⁵.

El Convenio resulta de aplicación cuando un menor (hasta los 16 años de edad) haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o visita¹⁶. El derecho de custodia incluye el derecho relativo al cuidado del menor y a decidir sobre su lugar de residencia. Por su parte el derecho de visita, se define como el derecho a llevar al menor por un período de tiempo limitado a un lugar distinto al de su residencia habitual. El Convenio prevé tanto la restitución del menor en caso de traslado o retención ilícita como el respeto de los derechos de visita mediante la presentación de una demanda ante la Autoridad Central conforme al art. 21 que tenga como fin la organización o garantía del ejercicio efectivo del citado derecho¹⁷.

Aunque tradicionalmente se ha venido sosteniendo que el Convenio de la Haya pertenece a los instrumentos convencionales de “cooperación de autoridades”, en los últimos tiempos se insiste en una conceptualización de “carácter mixto”, por cuanto combina las actuaciones llevadas a cabo por las Autoridades

¹¹ Como pone de manifiesto M. Herranz Ballesteros, *El interés de menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Lex Nova, 2004, pp. 194–196.

¹² E. Pérez Vera, “El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993–I, pp. 101–114. *Vid.* También M. Aguilar Benítez de Lugo, “La familia en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993–I, pp. 7–37.

¹³ En el Convenio de la Haya de 1980, se establece un límite de 16 años de edad (art.4).

¹⁴ A. Borrás, “El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España”, *REDI*, 1993–I, pp. 64–79.

¹⁵ E. Pérez Vera, “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980”, *BIMJ*, nº 1895, de 15 marzo 2000. Resulta especialmente destacable la utilidad y actualidad de este Informe en la aplicación del Convenio y, como en la reuniones periódicas que se han organizado en el seno de la Conferencia de la Haya y, en los encuentros de Jueces y Autoridades Centrales en diversos foros se siguen las recomendaciones y se adoptan las propuestas del Informe.

¹⁶ P. Jiménez Blanco, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

¹⁷ P.P. Miralles Sangro, *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989.

Centrales y prevé la participación de autoridades judiciales para garantizar el retorno inmediato del menor al lugar donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado¹⁸.

Entre las funciones más destacables asignadas a las Autoridades Centrales se encuentra la localización de los menores para “garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable”, incluso la de tomar la iniciativa para incoar o promover la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objetivo de conseguir la restitución y posibilitar la regulación o, el ejercicio de manera efectiva del derecho de visita¹⁹. No obstante, en este ámbito si no existe colaboración por parte de los progenitores resultará imposible que la restitución se puede llevar a cabo sin una ruptura total de las relaciones existentes y, sin que el menor sufra daños psicológicos, en particular me refiero al protocolo general articulado a estos efectos: una vez localizado el menor, agentes de la Policía se personarán en el domicilio del progenitor infractor y, el menor será llevado a las dependencias de un centro de protección de menores hasta que el otro progenitor se haga cargo del menor. En esta fase, sin restar agilidad o inmediatez al procedimiento previsto, sería necesario que se explorasen otras vías alternativas de solución para evitar sumar más daños a los ya probablemente existentes. Además considero que el mecanismo previsto en el Convenio de la Haya facilitaría la intervención de mediadores familiares como paso previo a la judicialización de las relaciones jurídicas familiares.

La pieza clave y el principal logro, a mi juicio, del procedimiento articulado en el Convenio de la Haya es la agilidad e inmediatez en las adopción de medidas garantes de la restitución. En este sentido, se insta a las autoridades judiciales o administrativas a actuar con urgencia en estos procedimientos, de tal manera que una vez iniciado el procedimiento de restitución conforme al art. 8 del Convenio, si las citadas autoridades no adoptan una decisión en el plazo de seis semanas (plazo que como señalaremos a continuación en la práctica casi siempre se incumple), el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido, podrá exigir una declaración sobre las razones de la demora, que en su caso, deberá transmitir a la Autoridad Central del Estado requirente o al demandante. La rapidez en la adopción de medidas juega un papel clave para garantizar la restitución

¹⁸ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)”, en M.D. Adam Muñoz y S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 33–50.

¹⁹ C. González Beilfuss, “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional...*, *op. cit.*, pp. 89–114. La autora analiza la práctica de los derechos de visita y aboga por una solución material de mediación a los conflictos familiares, como respuesta a la excesiva proliferación de normas en el ámbito institucional y convencional.

y la consecución de los objetivos del Convenio²⁰, dado que en este instrumento el plazo de referencia aproximado está limitado a un año con carácter general.

En efecto, si en la fecha de iniciación del procedimiento, ante la autoridad judicial o administrativa del Estado donde se encuentra el menor, no hubiera transcurrido un año desde que el menor fue trasladado o retenido ilícitamente, la autoridad competente debe ordenar la restitución inmediata del menor, incluso si hubiera transcurrido más de un año, salvo en el caso de que quede demostrado que el menor se ha integrado en el nuevo entorno²¹. Por tanto, si bien se tiene en cuenta donde tenía el menor su residencia habitual antes del traslado o retención para considerarlo ilícito, todas las medidas tendentes a establecer el orden anterior, se basan en la localización efectiva del menor en el lugar donde se encuentra, lo que se podría calificar de criterios fácticos. Aun en el supuesto de que hubiera transcurrido más de un año, en el Convenio se prescinde de utilizar la conexión residencia y, se alude a la “integración en el nuevo medio” para justificar la negativa a la restitución. A nuestro juicio, este es otro ejemplo de norma materialmente orientada atendiendo al “interés superior del menor”, para evitar fundamentalmente que una autoridad judicial o administrativa deniegue el retorno, amparándose en la obtención de la residencia habitual a estos efectos (a partir de 6 meses), conforme a la legislación del Estado al que ha sido trasladado de forma ilícita.

No obstante, como tendremos ocasión de poner de manifiesto los problemas surgen ante la numerosa tipología de supuestos. En algunos casos, existe un acuerdo de los progenitores en el traslado del menor durante un tiempo determinado que puede ser de uno o dos años, pues bien, aquí no existiría un traslado ilícito pero si una posible retención ilícita desde el momento en el que finalice el plazo pactado y el progenitor custodio se niegue a devolver al menor. En este

²⁰ Un ejemplo de una nefasta aplicación del Convenio de la Haya por los órdenes jurisdiccionales lo encontramos en la Sentencia que en apelación llegó al TS (TS nº 604/1998 Sala 1ª de 22 junio 1998). Las autoridades judiciales españolas tardaron más de 30 semanas en resolver una demanda de restitución, respecto de unos menores de 5 y 6 años de edad, basada en una sustracción ilícita por parte del padre español. Por una parte la Audiencia de Almería accedió a la demanda de retorno de los niños con la madre helvética y, de otro lado, el mismo órgano jurisdiccional resolvió sobre la demanda de separación atribuyéndole la guarda y custodia de los menores. Como el propio Tribunal Supremo afirmó la Sentencia de la Audiencia de Almería incurrió en un “desatino” dado que se incumplió el objetivo básico del Convenio de la Haya consistente en “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita y velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en el resto de Estados conforme al art. 16 del Convenio. Vid. J.M. Espinar Vicente, “Comentario a la Sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de la Haya de 1980”, AC, 1999-I, pp. 31-47.

²¹ P. González Vicente, “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 11, enero 2003, pp. 67-124.

caso, sería el Derecho del Estado de la residencia habitual inmediatamente antes de la retención el encargado de calificar como lícita o ilícita la retención. Entonces surge de nuevo la duda en torno a dónde tenía su residencia habitual el menor, si ha pasado más de un año en el nuevo entorno. También se plantan dificultades para determinar la residencia habitual de los menores de corta edad y, en la práctica resulta excepcional el retorno de menores de pocos meses de edad que han sido sustraídos por su madre, aunque como veremos a raíz de la STJUE en el asunto *Mercredi*, se han establecido una serie de pautas e indicios para determinar la residencia habitual que resultan más fácilmente perceptibles para la práctica judicial que en otros supuestos de edades intermedias.

2. El procedimiento articulado en el Convenio de la Haya de 1980 y en el Reglamento Bruselas II bis

A) La coordinación de actuaciones entre Autoridades administrativas y judiciales

Los mecanismos de cooperación de autoridades previstos en el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores²², se integran en el RB II bis con el objetivo de que sea la Autoridad central de la residencia habitual del menor la competente para presentar una solicitud—demanda dirigida a la Autoridad Central del Estado donde se encuentra el menor con el objetivo de conseguir la restitución voluntaria de éste. El procedimiento aparentemente es bastante sencillo, aunque no está exento de dificultades en la práctica²³ como tendremos ocasión de señalar, porque una vez determinado que el traslado o retención del menor es ilícito conforme a lo descrito anteriormente (art. 3 del Convenio y 2 ap. 11º RB II bis), la autoridad competente, del Estado

²² BOE, 24-VIII-1987.

²³ Conscientes de las dificultades prácticas del Convenio en el seno de la Conferencia de la Haya se organizan encuentros y seminarios periódicos para la mejora de los mecanismos del Convenio de la Haya a través de la cooperación judicial internacional y la cooperación entre Estados a través de sus Autoridades Centrales para contribuir a la protección internacional de los niños. En este sentido, se insiste en que debe promoverse la comunicación fluida y efectiva entre los Jueces y Autoridades Centrales (incluso se ha barajado la figura del Juez de enlace que actúe en cooperación y coordinación con las Autoridades Centrales. También se insta a los Jueces a distinguir claramente entre los procedimientos de restitución conforme al Convenio y el pronunciamiento en relación con los derechos de guarda y custodia. En este sentido, se reconoce que en caso de sustracción de un menor, el mejor interés es regresar al lugar donde tenía su residencia habitual antes del traslado, para que sean las autoridades judiciales de la residencia habitual las encargadas de determinar los derechos de guarda y custodia y los derechos de visita. Además se insta a los Estados Contratantes a resolver los casos con urgencia y, en todo caso, en el plazo de 6 semanas, explorando la vía de creación de procedimientos urgentes para estas cuestiones. Vid. “Conclusiones y Recomendaciones sobre el funcionamiento de los Convenios de la Haya sobre niñez y la protección transfronteriza de los niños en América Latina”, *The Hague Forum for Judicial Expertise*. www.hcch.net.

requerido deberá ordenar la restitución inmediata del menor, siempre que no haya transcurrido más de un año desde la iniciación del procedimiento, incluso está previsto que aún expirado dicho plazo, se pueda ordenar la restitución del menor, a no ser que se demuestre que el menor se ha integrado en el medio al que fue trasladado. Además la Autoridad Central solo se puede oponer a la restitución con base a las causas tasadas previstas en el art. 13 que examinaremos más adelante, puesto que en particular, el apartado segundo, relativo al peligro físico o psíquico que puede significar la restitución al menor o, si ésta situación provoca una situación “intolerable” para éste, ha sido objeto de numerosas interpretaciones como tendremos oportunidad de señalar.

El problema surge a mi modo de ver porque en el RB II bis no se establece claramente el procedimiento a seguir, ni la autoridad competente en caso de que pueda resultar de aplicación el Convenio de la Haya de 1980, produciéndose una duplicidad en las tareas y, en la coordinación de actuaciones entre la Autoridad Central designada en el Convenio y el órgano jurisdiccional competente, pudiendo incidir negativamente en la celeridad del proceso, piedra angular del Reglamento y del Convenio. En efecto, el art. 10 del Reglamento establece la competencia en materia de sustracción de menores, una vez que se ha determinado que se ha producido un traslado o retención ilícita de un menor a otro Estado miembro. En este caso la autoridad judicial del Estado miembro donde residía habitualmente el menor antes del traslado o retención ilícita es la competente para dictar una resolución de retorno inmediato del menor al lugar donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado. Esta atribución de competencia solo cedería, en determinados supuestos, a favor de la autoridad judicial del Estado miembro de la nueva residencia del menor (*derogatio fori*) siempre que se den algunas de estas circunstancias: O bien, que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia dé su consentimiento; o que el menor habiendo residido en el nuevo Estado miembro durante al menos un año, desde que se tuviera conocimiento de su paradero; se haya integrado en su nuevo entorno (obsérvese que se acuden a criterios fácticos) y, acumulativamente se den alguno de los siguientes factores: que el titular del derecho de custodia no haya presentado ninguna demanda o, que haya desistimiento de la demanda por parte de éste o, que se haya procedido al archivo de la demanda o, que la autoridad judicial del Estado miembro de origen haya dictado una resolución sobre la custodia del menor que no implique la restitución del menor.

Por su parte, el art. 11 del Reglamento establece el procedimiento en el caso de que se solicite la restitución conforme al Convenio de la Haya de 1980. El citado artículo comienza en su apartado primero señalando “ los aps. 2 a 8 serán de aplicación cuando una persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia solicite a las autoridades competentes de un Estado miembro que se

dicte una resolución con arreglo al Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (denominado Convenio de la Haya de 1980), con objeto de conseguir la restitución de un menor que hubiera sido trasladado o retenido de forma ilícita en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos”. Del tenor literal del apartado primero, no se desprende que las autoridades competentes para ordenar la restitución sean únicamente las Autoridades centrales designadas en el citado Convenio y, de hecho a continuación el apartado tercero del citado artículo, corrobora esta afirmación, por cuanto contempla que sea el órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución de un menor contemplada en el apartado primero el que dicte una resolución con carácter urgente utilizando los “procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional” y, como máximo en seis semanas desde la interposición de la demanda (siempre que no concurran circunstancias excepcionales).

Incidiendo más en este aspecto, si el menor es trasladado o retenido ilícitamente en un Estado parte del Convenio y se decide optar por esta vía, la Autoridad Central del Estado de la residencia habitual del menor o, de cualquier otro Estado parte, es la encargada de recibir la demanda de restitución de toda persona, institución u organismo que sostenga que el menor ha sido trasladado o retenido con infracción de un derecho de custodia. Dicha Autoridad tiene la obligación de adoptar todas las medidas encaminadas a conseguir la restitución voluntaria del menor. Lo que no se precisa, es en qué momento se debe considerar que las actuaciones de las Autoridades Centrales han fracasado y, se debe iniciar un procedimiento judicial. En ese caso, sí que el art. 11 del Convenio impone a las autoridades judiciales o administrativas, la obligación de actuar con urgencia para garantizar la restitución de los menores y, les concede un plazo de seis semanas desde la fecha de iniciación del procedimiento, en consonancia con lo previsto en el Reglamento.

En cuanto a la localización del menor trasladado o retenido ilícitamente por parte de la Autoridad Central, también se plantean problemas prácticos porque este organismo no cuenta con medios de averiguación propios y, tampoco existen registros o bases de datos de menores escolarizados. Para el cumplimiento de esta función, las Autoridades Centrales se sirve de la colaboración con la Interpol y, como pone se desprende del elevado número de casos resueltos, el balance es altamente positivo, pero en ocasiones existen demoras importantes dado que existen otros asuntos de seguridad pública más prioritarios que éstos. Además para la realización de determinados tipo de investigación se requiere de una orden judicial con la que no se cuenta a priori y, no resulta posible presentar una demanda si no se puede determinar un Juez competente por la falta de datos

sobre el nuevo domicilio del menor, en el caso de que haya pasado más de un año en la localización del menor.

Desde el punto de vista formal, están legitimados para presentar la solicitud de restitución toda persona, institución u organismo que sostenga que se ha producido un traslado o retención ilícita (con infracción de un derecho de custodia). Debe dirigirse a la Autoridad central de la residencia habitual del menor o de otro Estado contratante para que se proceda a la restitución. La solicitud de restitución, con todos los datos relativos a la identidad del demandante, del menor y de la persona que ha sustraído o retenido al menor; los motivos de la reclamación se trasladará a la Autoridad central. El Convenio establece la obligación de aportar una copia auténtica de la decisión o acuerdo pertinente, una certificación o declaración jurada expedida por la autoridad competente de la residencia habitual del menor en relación al derecho vigente en ese Estado y, cualesquiera otros documentos pertinentes (art. 8 del Convenio).

No obstante, el art. 27 del Convenio permite a la Autoridad Central denegar la solicitud cuando no se hayan cumplido las condiciones necesarias o si la demanda carece de fundamento. En la práctica, como ponen de manifiesto representantes de la Autoridad Central española se reciben bastantes solicitudes carentes de fundamento²⁴, o sin la documentación necesaria. A modo de ejemplo se señala como se presentan solicitudes defectuosas con copias ilegibles, sellos judiciales o notariales cortados; sin la correspondiente legislación o, sin la resolución judicial a la que se hace mención en la solicitud. Esto contribuye a que numerosas peticiones no sean atendidas o que siéndolo se tramiten después de mucho tiempo por el retraso en la recepción de los documentos²⁵.

²⁴ C. García Revuelta, "Aplicación práctica del Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003. El Papel de la Autoridad Central". <http://www5.poderjudicial.es>. En cuanto a la representación y defensa, toda persona que presente una solicitud ante la Autoridad Central española va a estar representada por los Abogados del Estado, no siendo necesario presentar un certificado que demuestre la carencia de recursos económicos. También está previsto que el solicitante contrate los servicios de asesoramiento y representación a través de un abogado particular, en este caso, la Autoridad Central declina toda la responsabilidad en relación al cumplimiento de los objetivos del Convenio. Otros países de nuestro entorno si han efectuado una reserva al art. 26 que está dedicado a los gastos del proceso y, no asumen los gastos de representación y defensa, en la medida que no estén amparados por el beneficio de justicia gratuita. Es el caso de Alemania, Bulgaria, Dinamarca, Eslovaquia, Finlandia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Polonia, República Checa y Suecia. A modo de ejemplo, la Autoridad Central alemana solicita una cantidad cercana a los 3000 euros contando primera, segunda instancia y ejecución.

²⁵ *Ibid.*. Desde el punto de vista formal la solicitud tiene que remitirse en el idioma del Estado de origen y de una traducción al idioma del Estado requerido o, en el caso de que la traducción sea difícilmente realizable en francés o en inglés. A partir de aquí, existen un total de diecinueve países que en uso de la reserva del art. 42 del Convenio no aceptan el inglés o francés, como el caso de Alemania que exige la traducción al alemán; Brasil al portugués; Polonia al polaco; Reino Unido no acepta el francés y Francia el inglés. En algunas ocasiones se han producido problemas con Bélgica cuando los documentos han sido traducidos al francés se han solicitado al alemán porque el menor sustraído se encontraba en la zona

En definitiva, la Autoridad Central no cursará las solicitudes carentes de fundamento o basadas en hechos. Tampoco en los supuestos de inactividad por parte del otro progenitor, siempre que haya transcurrido más de un año desde el traslado²⁶. En este sentido, se puede tener en cuenta el hecho de que el solicitante no haya iniciado en ese período ninguna acción judicial; no haya denunciado la desaparición del menor; o acredite el pago de pensión de alimentos; certificados de escolarización o de empadronamiento, etc. No obstante, ante la negativa de la Autoridad Central a cursar la petición de restitución, el solicitante puede presentar la demanda ante las autoridades judiciales conforme a lo previsto en los arts. 29 y 30 del Convenio. Desde el comienzo del procedimiento, la autoridad judicial o administrativa dispone de seis semanas para adoptar una decisión pronunciándose sobre el traslado o retención ilícita. A partir de este momento, el Juez tiene el plazo de un año para ordenar la restitución inmediata del menor, incluso pasado éste plazo en tanto en cuanto no se demuestre que el menor se ha integrado en el nuevo medio.

Pero la relación entre el Convenio y el Reglamento no se establece en términos de complementariedad, porque si una autoridad del Estado al que ha sido trasladado o retenido ilícitamente el menor, se niega a la restitución basándose en los motivos del art. 13 del Convenio de la Haya, el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que tenía el menor su residencia inmediatamente antes del traslado o retención ilícito, tienen la última palabra, conforme se desprende del Considerando decimoséptimo del Reglamento, cuando se señala que la resolución de no restitución “debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, ésta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído”. Por lo tanto, en el caso de que la participación de la Autoridad Central resulte exitosa, porque se

de habla alemán Como pone de manifiesto la Autoridad Central, esta cuestión supone que el Ministerio de Justicia debe contar con el personal suficiente para la traducción de todo tipo de documentos a los diferentes idiomas para que las solicitudes se tramiten en unos plazos razonables para que no se desvirtúen los objetivos del Convenio.

²⁶ *Ibid.* La Autoridad Central española pone de manifiesto como el hecho de que en alguna ocasión se le haya condenado en costas en primera instancia por actuar con temeridad, ha supuesto un análisis más minucioso de las solicitudes y de los documentos precisos para aportar a la demanda. Por otra parte también se señala como en algunos casos se ha utilizado fraudulentamente los mecanismos previstos en el Convenio de la Haya para fines migratorios por parte de alguno de los progenitores que por esta vía accedía al territorio español (denunciando la sustracción en España conseguía obtener un visado humanitario) o, incluso se han detectado solicitudes de restitución de progenitores que ostentaban el derecho de visita de un menor de muy corta edad tras haber pasado 15 meses del supuesto traslado ilícito.

localice rápidamente al menor y se acceda a la restitución, el objetivo se habrá cumplido; pero en caso negativo puede que se esté perdiendo un tiempo muy preciado si se va por la vía del Convenio de la Haya, en lugar de presentar la demanda judicial conforme al Reglamento.

Pues bien, no cabe duda que resulta un acierto la “denominada incorporación por referencia” del Convenio de la Haya de 1980, porque en un mismo instrumento normativo se articula la competencia judicial en los casos de sustracción y, el procedimiento a seguir entre los Estados Parte mediante la participación en el proceso de autoridades administrativas, se deberían haber articulado mecanismos de coordinación entre los dos instrumentos para evitar disfuncionalidades que tienen su origen en la naturaleza distinta de los dos instrumentos como hemos puesto de relieve. Al analizar el procedimiento de restitución del Convenio, se observa como el papel que juegan las Autoridades centrales, está más próximo a la mediación²⁷ para conseguir la restitución voluntaria del menor y, tendente a conseguir ese objetivo, se encargan de la localización del menor, de evitar que éste sufra algún tipo de daño; el intercambio de información relativa a la situación social y legislativa, facilitar la asistencia judicial y jurídica y, la de incoar o facilitar un procedimiento judicial o administrativo, pero, a mi juicio, falta una mayor concreción de las fases del procedimiento porque no se precisa cuando debe finalizar la fase administrativa e iniciarse la judicial o, en el caso de actuaciones conjuntas como se coordinan y, como se transmite esa información al solicitante que ostentaba la custodia antes del traslado o retención ilícita.

B) La oposición a la restitución

Uno de los condicionantes fundamentales en el proceso de restitución es que no se prolongue en exceso la sustracción o retención ilícita, estableciéndose un plazo orientativo que gira en torno a un año, pero el cómputo del plazo de un año señalado en el art 12 del Convenio también plantea dificultades en la práctica. En España parte de la Jurisprudencia ha entendido que este plazo comienza en la fecha que tuvo lugar el traslado o retención ilícita, mientras que otra parte ha interpretado que debe comenzar en la fecha de iniciación del procedimiento, por tanto en nuestro caso, sería la fecha de interposición de la demanda ante la autoridad judicial. En la práctica se detecta como son más escasas las resoluciones ordenando el retorno del menor después de un año, alegando la integración de éste en el nuevo medio.

²⁷ En este sentido, se debería fomentar la inclusión de mediadores en el proceso de localización y retorno del menor, para evitar que el menor sufra daños psicológicos irreparables, añadidos a la crisis familiar y a la sustracción.

No obstante, habría que diferenciar entre la integración y la adaptación al lugar al que ha sido desplazado el menor. El concepto de integración supone un paso más allá que el de la adaptación, porque este último aspecto puede resultar más fácil a los niños, especialmente en las primeras etapas de edad (es conocida la capacidad de adaptación de los menores a las nuevas circunstancias). Determinados elementos fácticos como la escolarización, el conocimiento de una lengua pueden incidir positivamente en la integración, pero hay que tener en cuenta también el factor edad y el grado de madurez, puesto que no es lo mismo un menor hasta los 4 años, que menores entre 4 y 10 o, incluso de 10 a 15 años y, a su vez, analizar el conjunto de circunstancias caso por caso. Además habría que tener en cuenta la integración del menor en el Estado en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado, en particular, las relaciones familiares en sentido amplio, amistades, costumbres, expectativas, modo de vida, etc. Por tanto, la situación de arraigo necesaria para oponerse a la restitución vendría determinada por la valoración de la integración que tendría que apreciarse en la fecha de presentación de la demanda y, no en la fecha de resolución, puesto que el retraso en los procedimientos administrativos y judiciales beneficiaría al progenitor infractor del derecho de custodia.

Aparte del criterio anterior, la negativa de la autoridad judicial o administrativa al retorno o restitución obedece a causas tasadas, aunque algunas de ellas están basadas en lo que se denomina “conceptos jurídicos indeterminados”. La primera de ellas, resulta más fácilmente constatable por cuanto se refiere a cuando el traslado o retención obedece a la falta de ejercicio efectivo del derecho de custodia por el otro titular o, la existencia de consentimiento o posterior aceptación al traslado. Más problemas podría plantear a mi juicio, el supuesto de la negativa por parte del propio menor (atendiendo a su opinión), cuando éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez suficiente, por cuanto entiendo que por debajo de una edad mínima que se podría situar en torno a los 10 años, el reconocimiento de una decisión emanada de una autoridad judicial o administrativa, basada en éste único criterio puede constituir una cuestión de orden público. Además en muchas ocasiones resulta imposible discernir si la negativa al retorno por parte de menor obedece a razones adecuadas o, su consentimiento está siendo viciado por parte del progenitor que procedió al traslado o retención ilícito, por lo que debieran valorarse el conjunto de circunstancias concurrentes a cada caso concreto. No obstante, el supuesto que más problemas ha planteado es el relacionado con la negativa al retorno si se aprecia la existencia de un grave

riesgo que exponga al menor a un peligro físico o psíquico o, le ponga en una situación intolerable²⁸.

En los últimos años encontramos ejemplos dispares en las decisiones judiciales españolas en uno y otro sentido. Además de la numerosa Jurisprudencia analizada podemos concluir que existen dos etapas diferenciadas (hasta 2008 y desde esa fecha hasta la actualidad), en las primeras Sentencias se observa una aplicación inadecuada de los instrumentos jurídicos aplicables, especialmente del Convenio de la Haya de 1980 y, una tendencia protectora al progenitor por parte de las autoridades de su nacionalidad. Por citar alguna, nos ha llamado especialmente la atención la SAP Málaga 11 septiembre 2007²⁹ en la que se denegó la restitución de la menor con su padre británico al que se le habían atribuido los derechos de custodia, basándose en dos informes (uno Pericial y otro del Colegio en el que se escolarizó). Se adujo integración en el nuevo medio y el grave riesgo psíquico que supondría el retorno para su desarrollo evolutivo. Además se alegó que el Estado de origen no ha adoptado las medidas necesarias para garantizar la protección psíquica de la menor en caso de ordenar el retorno.

En las Sentencias pertenecientes a lo que hemos denominado segunda etapa, las excepciones previstas para los supuestos de no retorno, se valoran de manera restringida, y si no queda suficientemente acreditado la existencia de un peligro físico o psíquico alegado se accede a la solicitud. Así se puso de manifiesto en la SAP Murcia 10 junio 2011³⁰, en el proceso se aportaron determinados informes médicos (alergia a la lactosa) que en opinión de la Audiencia no justificaban el “supuesto riesgo” por su escasa gravedad. Tampoco se apreció en la SAP Asturias 15 enero 2009³¹, grave riesgo para los menores en el retorno con su padre a Argentina, atendiendo a las declaraciones de familiares, profesores y padres de otros alumnos. Se demostró que los menores estaban perfectamente atendidos por su padre e integrados en el medio familiar y escolar. Incluso el mayor de los menores declaró en el proceso y, no se apreció la más mínima oposición a volver con su padre.

En relación a la negativa del órgano jurisdiccional a la restitución del menor, el Reglamento va un paso más allá y es más restrictivo que el Convenio de la Haya de 1980, dado que establece que no se podrá denegar la restitución con-

²⁸ M. Moya Escudero, “El secuestro internacional de menores”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (A. Rodríguez Benot, dir.), Madrid, CGPJ, 2002, pp. 429–437.

²⁹ SAP Málaga 6ª n° 463/2007 de 11 septiembre 2007. AC/2007/2085. Aranzadi.aranzadidigital.es. En el mismo sentido encontramos la SAP Zaragoza 2ª n° 225/2009 de 7 abril 2009. AC/2009/100. Aranzadi.aranzadigital.es; SAP Las Palmas 3ª n° 333/2008 de 19 diciembre 2008. AC/2009/202. Aranzadi.aranzadidigital.es.

³⁰ SAP 4ª n° 112/2011 de 10 de junio. AC/2011/1376. Aranzadi.aranzadidigital.es

³¹ SAP Asturias 7ª n° 8/2008 de 15 enero 2008. AC/2008/1697. Aranzadi.aranzadidigital.es

forme a lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución³². El art. 13 del Convenio establece como causas en las que se puede basar la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido: Cuando la restitución implique un riesgo grave para el menor o, lo exponga a un peligro físico o psíquico o, de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. En este sentido se puede traer a colación el caso *Silverman v. Silverman*³³, los hechos son los siguientes: el matrimonio con dos hijos de 8 y 5 años (en la fecha de la supuesta retención ilícita) vivían en EE UU hasta 1999 que se mudaron a Israel. La familia estuvo allí 10 meses y después la madre decidió volver con los niños a EE UU para pasar unas vacaciones de 2 meses. Al finalizar este período, la madre informó al padre que no regresaría, e inició los trámites de divorcio, solicitando también la custodia ante un Tribunal del Estado de Minnesota. El padre contactó con la Autoridad Central de este Estado y, presentó una solicitud de restitución de los menores y, un recurso ante este Tribunal para que se denegase o suspendiese el procedimiento de custodia. Finalmente se concedió la custodia temporal a la madre y, al entenderse que el traslado a Israel era temporal y que la residencia de los menores estaba en EE UU. El padre apeló e inició también un procedimiento ante un Tribunal rabínico en Israel que resolvió que los menores eran residentes en Israel en el momento de la retención ilícita. Finalmente la Cámara de Apelaciones Estadounidense consideró la apelación y dispuso la restitución, ya que no se daba el supuesto contemplado en el apartado b) del art. 13, como causa de oposición a la restitución (referente a la existencia de un peligro físico o psíquico para el menor). Los jueces mayoritariamente acordaron que la prueba presentada se centró en la violencia regional que amenazaba todo el país pero que, dicha prueba, no era suficiente para considerar este país como “una zona de guerra” que pusiera a los niños en grave riesgo de daño físico o psíquico.

Otra de las causas que pueden incidir en la negativa del Juez a acordar la restitución, vendría de la oposición del menor al retorno, siempre que éste contara con cierta edad o, grado de madurez suficiente. Incluso, conforme al Reglamento (ap. 8º del art. 11) aunque se haya dictado una resolución de no restitución conforme a los criterios previstos en el Convenio, cualquier decisión judicial posterior que ordene la restitución dictada por un Juez competente tendrá carácter ejecutivo, con el objetivo de garantizar la restitución del menor.

A estos efectos hay que señalar que, el (TEDH en los últimos años, ha condenado a diversos Estados porque sus autoridades no han tomado las medidas ne-

³² Vid. E. Pias García, “Funcionamiento de la Autoridad Central española en la aplicación de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores”, *Sustracción internacional...*, op. cit., p. 78 ss.

³³ *Silverman v. Silverman*, 338 F. 3d 886 de 8 mayo 2003. www.incadat.com

cesarias para asegurar la restitución inmediata de los menores. En el año 2009 a Polonia, mediante la STEDH (Sección 4ª) caso *Stochlak*³⁴ condenó al pago de una indemnización por daños morales al padre, en un procedimiento que se prolongó más de 7 años, tiempo en el que el demandante no pudo ejercer la patria potestad sobre su hija. En opinión del TEDH, se había producido una violación del art. 8 CEDH que consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar. También se ha condenado a Turquía en el año 2011, mediante la STEDH (Sección 2ª) en el caso *Kuscuoglu*³⁵ en el que se tardó más de 5 años en atribuir el ejercicio de la patria potestad a la demandante y, también en el 2012, en el caso *Ilker Ensar Uyanik*³⁶ en el que se rechazó la solicitud de retorno del menor a Estados Unidos con su padre, sin tener en cuenta el conjunto de circunstancias familiares, dado que solo se tuvo en cuenta la corta edad de la menor y la necesidad de cuidados maternos.

III. Problemática en la jurisprudencia

1. Alcance del carácter provisional de las medidas o resoluciones en materia de custodia

A) Asunto Povse

En la Sentencia del TJUE de 1 julio 2010³⁷ en el Caso Povse, el Tribunal declaró en relación al art. 10 letra b) del RB II bis, que debía interpretarse en el sentido de que una medida provisional en relación a la custodia de un menor no implica la no restitución del menor y, no puede servir de fundamento para transferir la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que el menor fue trasladado ilícitamente. Por tanto, es posible que el mismo órgano jurisdiccional que dicta una resolución provisional sobre el derecho de custodia del menor, pueda ordenar la restitución. Así mismo el TJUE concluye que la ejecución de una resolución certificada de restitución, no puede denegarse en el Estado miembro de ejecución por considerar que ha habido un cambio en las circunstancias que puede suponer un grave menoscabo para el interés superior del menor. Dicha modificación debe alegarse ante el órgano jurisdiccional com-

³⁴ STEDH (Sección Cuarta) Caso *Stochlak contra Polonia*, de 22 septiembre 2009. TEDH/2009/96. Aranzadi.aranzadidigital.es

³⁵ STEDH (Sección Segunda) Caso *Kuscuoglu contra Turquía*, de 3 noviembre 2011. TEDH/2011/2011. Aranzadi.aranzadidigital.es.

³⁶ STEDH (Sección Segunda) Caso *Ilker Ensar Uyanik contra Turquía*, de 3 mayo 2012. TEDH/2012/43. Aranzadi.aranzadidigital.es.

³⁷ TJUE (Sala Tercera) Caso *Doris Povse contra Mauro Alpago*, de 1 julio 2010 TJUE/2010/246. Aranzadi.aranzadidigital.es

petente del Estado miembro de origen y en su caso, presentar allí una demanda de suspensión de la ejecución de una resolución.

Los hechos eran los siguientes: La Sra. Povse y el Sr. Alpago eran pareja y tuvieron una hija en el año 2006. Residieron juntos hasta 2008 en Italia con la hija de ambos. A finales del 2008 la pareja se separó y la madre abandonó el domicilio familiar con su hija trasladándose a Austria, a pesar de que un Tribunal italiano mediante resolución provisional y urgente había prohibido a la madre salir del país con la menor. En abril de ese mismo año el padre presenta una demanda de restitución ante los Tribunales austriacos y, en mayo un Tribunal italiano dictó una resolución levantando la prohibición a la madre de abandonar el territorio italiano y concediendo con carácter provisional la guarda y custodia a ambos progenitores y, estableciendo el ejercicio efectivo de ésta. El padre debía participar en los gastos relativos a la manutención del menor, se ordenaba a su vez, la modalidad y el tiempo de visitas a favor de éste y, la realización de un peritaje por parte de un asistente social para evaluar las relaciones entre la menor y sus progenitores. Dicho informe nunca pudo realizarse porque según hizo constar el asistente social, la madre solo permitía las visitas del padre de manera mínima e insuficiente. El padre recurre y se desestiman sus pretensiones y, la madre solicita a un Tribunal austriaco la guarda y custodia. Dicho órgano jurisdiccional se declara competente con base al art. 15 ap. 5º del RB II bis y, sin dar la posibilidad de audiencia al padre solicita al Tribunal italiano que se inhiba. En ese momento el padre ya había presentado ante los Tribunales italianos una demanda de restitución y dichos Tribunales se habían declarado competentes, en la medida que no entendían que se hubiera producido una transferencia de competencia conforme al art. 10 del Reglamento. Se acuerda la restitución inmediata de la menor a Italia y, el Tribunal austriaco deniega la restitución invocando un grave riesgo físico y psíquico³⁸ para la menor (art. 13 b del Convenio). El padre recurre solicitando la ejecución de la resolución por la que se ordenaba la restitución y, finalmente se ordena la restitución pero la madre recurre en casación y el Tribunal austriaco suspendió el procedimiento y planteó al TJUE las cuestiones prejudiciales que son objeto de esta Sentencia.

B) Asunto *C contra M*

En la STJUE 9 octubre 2014³⁹ se planteó el alcance de una resolución ejecutiva provisional y la delimitación de la residencia habitual del menor (aspecto que abordaremos más adelante). Los hechos son los siguientes: los cónyuges de nacionalidad francesa y británica presentaron una demanda de divorcio en el año

³⁸ La apelación del padre estaba basada en la STJUE 11 julio 2008, as C-195/08: *Rinau*.

³⁹ STJUE 9 octubre 2014, asu. C-376/14 PPU. <http://curia.europa.eu>.

2008 y promovieron varios procedimientos en relación con su hija menor que nació el 14 julio 2008 en Francia. Un Tribunal francés decretó que desde el 2009 la patria potestad de la menor fuera ejercida conjuntamente, aunque desde julio de 2012 (año en que recae también la sentencia de divorcio) se decidió que la menor tuviera la residencia habitual con la madre, estableciendo un derecho de visita a favor del padre en diferentes modalidades dependiendo de que la madre permaneciera en Francia o se trasladara a vivir a Irlanda. En la sentencia se precisa que la madre está autorizada para instalar su residencia en Irlanda, pero en cuanto a las disposiciones referentes a la menor la resolución judicial es ejecutiva provisionalmente⁴⁰. El padre recurre en apelación esa sentencia en relación a las medidas relativas a la menor y a la cuantía de ciertas cuotas a las que fue condenado, pero un Tribunal deniega su pretensión de suspensión de la ejecución provisional.

La madre se traslada a Irlanda el 12 julio 2012. Transcurridos 8 meses la Corte de Apelación de Burdeos revoca la sentencia en la parte referente al menor por incumplimiento del derecho de visita y de estancia del padre, fijando la residencia del menor en el domicilio del padre y estableciendo un derecho de visita a favor de la madre. Ante la negativa de la madre a acceder a las visitas del padre, éste presenta una demanda que finalmente acoge sus pretensiones (10 julio 2013), en la que solicita la patria potestad exclusiva, se ordena la restitución de la menor al domicilio del padre en Francia y se prohíbe la salida de la menor del territorio francés sin la autorización del padre. En mayo de 2014 la madre solicita a la *High Court* la suspensión del procedimiento de ejecución de la sentencia francesa y, posteriormente el padre solicita que ordene con base al Convenio de la Haya de 1980 la restitución de la menor a Francia y, que declarase la retención ilícita. Dicho Tribunal entendió que el traslado de la menor a Irlanda era lícito y que la solución del litigio dependía en esencia de la apreciación de hecho del concepto “residencia habitual” y, en el presente caso la *High Court* entendió que ésta se situaba en Irlanda por cuanto la madre se había llevado a la menor con el objetivo de instalarse allí.

La Sentencia es recurrida por el padre en apelación ante la *Supreme Court* decidió suspender el procedimiento y plantear tres cuestiones prejudiciales al TJUE. La primera de ellas, se refiere a si la existencia de un procedimiento judi-

⁴⁰ En España se planteó un caso similar, el padre de Reino Unido era titular de un derecho de visita y la madre española ostentaba la custodia de un menor. El padre solicitó la devolución del menor y el Juzgado de Primera Instancia de Málaga ordenó el retorno a Reino Unido con carácter provisional (el padre vino a España y se le entregó al menor). La madre recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Málaga resolvió el recurso denegando la restitución. Conforme al RB II bis si España dicta una resolución ordenando el retorno del menor, ésta será ejecutiva sin necesidad de recurrir a un procedimiento específico.

cial francés en relación a la custodia de la menor, con las circunstancias anteriormente detalladas, impide que la residencia habitual se establezca en Irlanda. La segunda de las cuestiones, está relacionada con el mantenimiento de la competencia de los órganos jurisdiccionales franceses la competencia para la determinación de la guarda y custodia de la menor, de tal manera que la retención en Irlanda sea ilícita. Por último se plantea si ostentan los órganos jurisdiccionales irlandeses la competencia para apreciar la cuestión de la residencia habitual de la menor cuando ésta ha residido en Irlanda desde julio de 2012 hasta julio de 2014 que es cuando se remite la solicitud de petición de decisión prejudicial al TJUE (es decir 2 años en una menor de 6 años).

En relación a las cuestiones prejudiciales, el TJUE entiende que no existe ningún conflicto competencial entre los órganos jurisdiccionales franceses e irlandeses en materia de responsabilidad parental, por cuanto la menor tenía su residencia habitual en Francia cuando éstos conocieron del asunto. Tampoco en relación al derecho de visita ni al reconocimiento en Irlanda de la resolución judicial francesa. En cambio, si resulta determinante precisar si el traslado o retención resultan ilícitos en el sentido previsto en el apartado undécimo del art. 2 y 11 RB II bis. Para ello, el Tribunal analiza las circunstancias en las que se ha producido en este caso concreto el traslado de la menor, es decir como consecuencia de una resolución judicial ejecutiva provisional, que fue revocada por una resolución judicial que fijaba la residencia de la menor en Francia. Desde luego se descarta la ilicitud del traslado de acuerdo a la medida provisional, pero como veremos más adelante al apreciar el contenido de la nueva residencia habitual, la provisionalidad o temporalidad de los traslados se consideran elementos que inciden negativamente en el cambio de residencia habitual de los menores.

2. Conflicto de competencias entre autoridades: asunto Aguirre Zarraga

En la STJUE 22 diciembre 2010, asunto *Aguirre Zarraga*⁴¹, en relación con la vulneración del art. 42 RB II bis, el Tribunal de Justicia estimó que el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución, no podía oponerse a la restitución por considerar que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen había vulnerado el precepto relativo al derecho de audiencia del menor y de las partes, dado que la apreciación de dicha vulneración corresponde con carácter exclusivo al órgano jurisdiccional que ordena la restitución.

El caso se planteó en relación con un matrimonio, el padre de nacionalidad española y la madre de nacionalidad alemana que en el año 2000 tuvieron una hija. El matrimonio estableció su residencia habitual en Vizcaya desde 1998.

⁴¹ TJUE 2010/410. Aranzadi.aranzadidigital.es.

Ante el deterioro de las relaciones entre los cónyuges deciden separarse y presentar la demanda de divorcio ante un Juzgado español. Dicho orden jurisdiccional atribuyó la custodia provisional al padre y a la madre el derecho de visita. En 2008 la madre se traslada a Alemania donde reside con su nueva pareja. En las vacaciones la hija se traslada a Alemania y desde ese momento la menor no volvió con su padre. En 2009 el Juez español continuó con el procedimiento de custodia de la menor, para lo que consideró necesario realizar un peritaje y proceder a la audiencia de la menor (fijando las fechas y el lugar en Bilbao). La madre no se presentó con la menor, alegando que no se había estimado su solicitud autorizándola a abandonar libremente el territorio español después del examen pericial y de la audiencia. El Juez español también denegó la solicitud presentada por la madre para que la audiencia de la menor se efectuara por Videoconferencia.

A finales del año 2009 un Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, dictó sentencia atribuyendo la custodia exclusiva de la menor al padre. La madre recurrió ante la Audiencia Provincial de Vizcaya solicitando que se diera audiencia a la menor y éste órgano jurisdiccional desestimó la pretensión basándose en que las normas procesales españolas, solo permiten la práctica de pruebas en apelación en los casos tasados por la Ley y, que éste no constituía uno de ellos, por cuanto en Instancia se produjo la incomparecencia voluntaria de una parte debidamente convocada. En Alemania también tuvieron lugar dos procedimientos, uno para obtener la restitución de la menor conforme al Convenio de la Haya y otro en relación al certificado expedido con arreglo al art 42 RB II bis (establece los requisitos mínimos que debe reunir el certificado de restitución del menor). En consecuencia, el TJUE confirmó que la apreciación de la vulneración del art. 42 respecto del requisito de audiencia de la menor y las partes, solo corresponde al Juez de origen que dicta la resolución de restitución, por lo que el Juez del Estado miembro de ejecución, no puede oponer a la restitución de la menor la inobservancia de los requisitos previstos en dicho precepto del RB II bis.

3. Apreciación de la residencia habitual

A) Asunto C-523/07

Sucintamente los hechos eran los siguientes: En el año 2001, la madre se instala con sus 3 hijos menores y el padrastro en Suecia. En 2005, la familia abandona Suecia para pasar unas vacaciones en Finlandia. Durante este tiempo vivieron en caravanas en campings sin que los niños estuvieran escolarizados. A finales de ese mismo año, las autoridades finlandesas asumen la guarda de los menores por apreciar las existencia de abandono y éstos son llevados a un establecimiento de acogida (al parecer los niños habían permanecido solos durante un

viaje de la madre a Suecia). La madre recurre la decisión y solicita la anulación alegando la falta de competencia de las autoridades finlandesas porque los niños eran suecos y tenían su residencia habitual en Suecia.

El TJUE en 2009, como consecuencia de la petición de decisión prejudicial planteada por el Juez finés falló en relación al concepto de residencia habitual, a tenor del apartado primero del art. 8 RB II bis, dictaminó que éste debía interpretarse como el lugar en el que el menor tuviera “cierta integración” en un entorno social y familiar. Para su determinación el Tribunal señaló que había que atender a la duración, regularidad, condiciones y razones de la permanencia en el territorio, así como los motivos del traslado de la familia a dicho Estado; la nacionalidad del menor; el lugar y las condiciones de escolarización; conocimientos lingüísticos; las relaciones familiares y el conjunto de circunstancias.

B) Asunto *Mercredi*

En relación con la residencia habitual, interesa destacar la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 22 diciembre 2010, el as. *Mercredi*⁴², por cuanto delimita el contenido de la residencia habitual especialmente en menores de corta edad. El Tribunal entendió que la residencia habitual se corresponde con el lugar en el que existe cierta integración del menor en un entorno social y, familiar. En el caso de un lactante que se encuentra con su madre tan solo unos días antes de haber sido trasladado a otro Estado miembro distinto del Estado de su residencia habitual, debe considerarse “la duración, la regularidad, las condiciones y la razones de la estancia y del traslado” y por otro lado “orígenes geográficos y familiares de la madre, así como las relaciones familiares y sociales de la madre y el menor” en dicho Estado. Finaliza el Tribunal señalando que compete al órgano jurisdiccional nacional, apreciar la residencia habitual para lo que deberán tener en cuenta todas las circunstancias de cada caso. En el caso de que Juez nacional no pueda identificar la residencia habitual del menor, el Juez competente se determinará con arreglo a un criterio de proximidad: la presencia del menor en un determinado territorio⁴³.

Los hechos sucintamente eran los siguientes: el padre de nacionalidad británica y la madre de nacionalidad francesa formaban una pareja no casada. Ella se traslada a Inglaterra en el año 2000. En el año 2009 nace su hija de nacionalidad francesa y, a la semana siguiente de su nacimiento el padre abandona la residencia común. A los dos meses la madre abandona Inglaterra con su hija y, se traslada a la Isla Reunión, lugar de nacimiento de la Sra. Mercredi. El padre no fue

⁴² STJUE 22 diciembre 2010. TJUE/2010/411. Aranzadi.aranzadigital.es

⁴³ P. Lagarde, “Le principe de proximité dans le droit de l’homme en droit comparé”, *Recueil des Cours*, t. 196, 1986-I, pp. 26 ss.

informado de este traslado, tan solo recibió una carta unos días después. Según consta en el procedimiento, el traslado era lícito por cuanto la madre era la única persona que disponía de un derecho de custodia. El padre inicia un procedimiento en el Reino Unido para localizar a la menor y, para que se le atribuya la responsabilidad parental sobre la menor. Un juez inglés, sin el debido trámite de audiencia a las partes, dicta una sentencia ordenando el retorno de la menor. La madre por su parte, inicia en Francia un procedimiento para la atribución de la responsabilidad parental en exclusiva. Finalmente la *High Court of Justice of England-Wales* plantea al TJUE una petición de decisión prejudicial para determinar entre otras cuestiones la residencia habitual de la menor en este caso concreto. En el asunto *C contra M*.

De nuevo traemos a colación este asunto, cuyos hechos se describieron anteriormente, por cuanto el TJUE concluyó que el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que se trasladó la menor, era el que debía precisar evaluando todos los datos disponibles si la menor aún tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de la retención ilícita alegada (habían pasado 8 meses). En este sentido, solo se podría acoger la demanda de restitución si el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de la supuesta retención ilícita.

Según se desprende de los casos que se han planteado hasta ahora ante el TJUE, para la determinación del alcance de la residencia habitual debe atenderse al “interés superior del menor” mediante la valoración del conjunto de circunstancias caso por caso. No obstante, se han ido desgranando un conjunto de aspectos y situaciones a ponderar. Para valorar la residencia habitual del menor en un determinado Estado, habría que tener en cuenta un cierto grado de integración social y familiar del menor. Como en todo “concepto jurídico indeterminado” hay que acudir a la existencia de una serie de indicios positivos, entre los que jugarían un papel importante determinados aspectos como por ejemplo, si la familia o algún miembro de la misma se traslada con el menor a ese Estado; las relaciones familiares y sociales existentes; la escolarización; los conocimientos del idioma; si el menor es nacional de ese Estado; la intención del progenitor de establecerse en dicho Estado con carácter permanente a través de signos externos como el alquiler o compra de una vivienda en dicho Estado.

Por el contrario, otra serie de factores relacionados con el carácter temporal u ocasional de la presencia del menor en un Estado pueden incidir de manera negativa en la apreciación de la integración del menor en el Estado al que fue trasladado. Y como pone de manifiesto en el cdo. 55 de la STJUE 9 octubre 2014, *C contra M*, el traslado se produce como consecuencia de una resolución judicial provisional que posteriormente fue recurrida en casación y, otorgó el derecho de guarda y custodia al padre que permanecía en el Estado de origen. Parece des-

prenderse que la madre no podía tener certeza del tiempo de estancia en Irlanda y la provisionalidad no favorece la constatación de una residencia habitual. El Tribunal entiende que en atención al interés superior de la menor, deben valorarse el conjunto de circunstancias específicas y, en su opinión, solo habría que valorar el período de tiempo que transcurre entre el traslado y la sentencia francesa que fija el domicilio con el progenitor en Francia (8 meses). En ningún caso, en opinión del Tribunal ha de tenerse en cuenta el tiempo transcurrido hasta la última resolución (2 años hasta la petición de decisión prejudicial), como no podía ser de otro modo, porque en caso contrario se estaría premiando al progenitor infractor de los derechos de guarda y custodia, aunque el transcurso del tiempo podría incidir negativamente en la salud física y psíquica de la menor por su posible integración en el medio social al que fue trasladado.

Respecto de la infracción del derecho de custodia, hay que señalar que en esta Sentencia del TJUE, el traslado inicial contaba con una autorización judicial provisional, por tanto, su provisionalidad no convierte en ilícito el traslado, pero tampoco se puede considerar un elemento positivo de cara a considerar el cambio de residencia habitual de la menor. Por el contrario, una vez que la resolución judicial ordena el traslado, el incumplimiento convierte la retención en ilícita y, constituye una infracción prevista en el Reglamento y corresponde la aplicación del art. 11 para garantizar la restitución de un menor retenido ilícitamente en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que la menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la retención. El órgano jurisdiccional del Estado requerido, en este caso concreto, debe analizar donde la menor tiene su residencia habitual inmediatamente antes de la retención ilícita, ponderando el conjunto de circunstancias y, si aprecia que la menor no tenía su residencia habitual en Francia, la resolución denegatoria a la demanda de restitución se adoptará sin perjuicio de la ejecución de la sentencia sobre responsabilidad parental.

En el ámbito internacional la interpretación del concepto de residencia habitual ha resultado ser un importante foco de problemas, la Sentencia del TJUE no representa un caso aislado. En los últimos años se han producido interpretaciones divergentes en muchos de los Estados parte del Convenio. Los Tribunales en unos casos, han valorado que para determinar la residencia habitual, el centro de gravedad se situaría en torno exclusivamente a la figura del menor; otras veces se ha tenido en cuenta las intenciones de las personas a cargo del cuidado de los menores o, incluso se ha llegado a ponderar los intereses de los niños con los de las personas que ostentaban su custodia. La conexión “residencia habitual” ha sido interpretada en ocasiones como un factor muy flexible en unos Estados contratantes y en otros, como un criterio más rígido acompañado de plazos más largos de residencia. Si a esta dispersión de criterios unimos el dato de la multi-

plicidad de factores en cada caso, se nos antoja muy complicada la búsqueda de una calificación autónoma que facilite la tarea a las autoridades administrativas o judiciales.

C) Casos paradigmáticos de la jurisprudencia norteamericana

Con carácter general la interpretación de los Tribunales norteamericanos se puede aglutinar entre aquellos que ponen el énfasis únicamente en la intención de los progenitores como en el caso *Mozes v. Mozes*⁴⁴. En este caso, los padres tenían 3 hijos de 8, 4 y 4 años de edad. Los padres habían vivido en Israel y Estados Unidos. En 1997 la madre lleva a los niños a Estados Unidos por una estancia de 15 meses con el consentimiento del padre (se acordó que en julio de 1998 los niños regresarían a Israel). En abril de 1998 la madre solicitó la disolución matrimonial ante el Tribunal Superior del condado de los Ángeles que acordó otorgar a la madre la custodia temporal y al padre los derechos de visita. Un mes más tarde el padre solicitó la restitución de los menores de conformidad con el Convenio. En agosto de ese mismo año, el Tribunal del Distrito Estadounidense para el Distrito Central de California desestimó la petición del padre, por entender que los menores habían pasado a tener su residencia habitual en los EE UU. El padre apeló para que se determinase si ya Israel no era considerado como lugar de desarrollo familiar y social de los menores. En este caso, el Tribunal sostuvo que el concepto de residencia habitual debía aplicarse partiendo de la base que los padres debían tener conocimiento de en qué circunstancias la residencia habitual de los hijos podría alterarse (se precisaría un cierto grado de certeza). Además introduce otro criterio: en el caso de menores que no han alcanzado la edad o el grado de madurez suficiente la intención de cambiar de residencia habitual es la de sus padres y, en este supuesto, el Tribunal tuvo que investigar si existía una voluntad mutua de los progenitores de cambiar la residencia de Israel a EE UU.

Respecto de la intención de los menores, el Tribunal señaló que éstos podrían ser muy adaptables y crear vínculos intensos aun en cortos período de tiempo, pero que esta circunstancia no significaba necesariamente que el menor espere o, tenga la intención de que esas relaciones perduren. En este sentido, se distingue entre el grado de adaptabilidad de un menor a las condiciones del entorno al que es trasladado y, el arraigo necesario para el cambio de residencia habitual. Se señala a continuación, en atención a los hechos de este caso concreto, que se espera que los niños que estudian en el extranjero creen “lazos culturales y personales estrechos” con los países que visitan, pero que al finalizar estos períodos de tiempo, la expectativa de padres e hijos es que éstos regresen al país donde

⁴⁴ *Mozes v. Mozes*, 239 F.3D 1067 de 9 enero 2001. www.incadat.com

tenían su residencia habitual, porque en caso contrario señala el Tribunal, pocos padres permitirían a sus hijos disfrutar de estas experiencias tan enriquecedoras.

En otros casos, en los que los menores sufren continuos cambios de residencia por cuestiones laborales de sus progenitores, resulta muy difícil valorar la residencia habitual de los menores inmediatamente antes del traslado. Es el caso *Holder v. Holder*⁴⁵, el matrimonio con dos hijos de 6 y 1 año de edad, llevaban una vida de continuos cambios de residencia de un país a otro, ya que el padre era miembro de la fuerza aérea de los Estados Unidos. El hijo mayor vivió su primer año en EE UU, Japón, California. El padre fue destinado a Alemania y allí se trasladó la madre con los dos menores para reunirse con el progenitor. Transcurridos 8 meses la madre se lleva a los hijos a Washington (se discute en el proceso si es por unas vacaciones o por una estancia más permanente). Un mes más tarde el padre presenta la demanda de divorcio y la solicitud de custodia en California. A finales de ese mismo año se presentó una solicitud de restitución de los menores ante un Tribunal federal del Estado de Washington, mientras estaba pendiente la resolución de la custodia ante el otro Tribunal. La solicitud de restitución fue rechazada y, la apelación fue desestimada porque se consideró que la retención de la madre no constituía una sustracción ilícita ya que los menores nunca adquirieron una residencia habitual en Alemania. El Tribunal entendió que los padres carecían de una intención compartida de cambiar la residencia habitual de Estados Unidos a Alemania y, que analizando también la “aclimatación” de los menores a Alemania, concluyó que los 8 meses del hijo mayor eran insuficientes para contrarrestar la falta de la clara intención de los padres de cambiar la residencia. Abundando más en el concepto de “arraigo cultural”, el Tribunal sostuvo que éste no es condición *sine qua non* de una determinación de la residencia.

En el caso *Ruiz v. Tenorio*⁴⁶ también jugó un papel decisivo la falta de voluntad de los padres de cambiar la residencia habitual de EE UU a México, pero el caso resulta llamativo por cuanto los menores de 11 y 5 años de edad en el momento de la solicitud de restitución habían vivido dos años y 10 meses en México. Los hechos sucintamente son los siguientes: los padres de nacionalidad norteamericana la madre y, mexicano el padre habían vivido indistintamente en los dos Estados con sus dos hijos. La relación de la pareja sufrió algunas crisis y, decidieron que el traslado a México podría resultar positivo, aunque como se desprende del proceso no había un acuerdo sobre la permanencia del traslado (mientras que para el padre suponía un cambio permanente para la madre tenía carácter provisional como período de prueba), incluso la madre en alguna oca-

⁴⁵ *Holder v. Holder*, 392 F.3D 1009 de 12 junio 2004. www.incadat.com

⁴⁶ *Ruiz v. Tenorio*, 392 F. 3d 1247 de 7 diciembre 2004. www.incadat.com

sión intentó regresar a EE UU. Los padres se separan en 2002 y, la madre se llevó a los menores en 2003 a EE UU. En ese mismo año, el padre presenta una solicitud de restitución de los menores y, un mes más tarde un Tribunal de Distrito de los EE UU desestima la solicitud de restitución. La apelación por el padre también fue desestimada por entender el Tribunal que no se había producido sustracción ilícita en los términos del Convenio de la Haya, por cuanto los menores no habían perdido la residencia habitual en los EE UU. Este caso resulta particularmente curioso por cuanto aunque se ponderó que los menores se habían acostumbrado a la vida en México (casi 3 años) y, existían importantes elementos objetivos que podrían constatar un cambio de residencia habitual, como que la familia se había mudado allí, se estaban construyendo una casa y, el padre había encontrado trabajo, no resultaban todos ellos suficientes para desvirtuar la ausencia de intención mutua de los progenitores de cambiar definitivamente la residencia habitual, por tanto en este asunto primó la supuesta “provisionalidad del traslado”, al menos para uno de los padres.

Frente al criterio del enfoque centrado en los progenitores, en otras Sentencias se ha optado por un criterio mixto, como en el caso *Feder v Evans–Feder*⁴⁷. En 1990 la familia se trasladó de Alemania a Pensilvania. En 1994 la madre y el niño viajaron a Australia para reunirse con el padre. El matrimonio atravesaba una crisis y la madre le comunicó al padre la intención de regresar a Estados Unidos por un período de 5 semanas para reunirse con los abuelos maternos (el menor tenía 4 años de edad). Poco después el padre presentó una demanda por retención ilícita ante el Tribunal de Familia de Australia, que fue rechazada por el Tribunal de Distrito de los EE UU que apeló y se estimó la apelación. El Tribunal determinó que la apreciación de la residencia habitual debía considerar al menor, en particular, se debían analizar el conjunto de circunstancias del niño en ese país y las intenciones compartidas por los progenitores de establecerse en Australia.

En sentido similar encontramos el caso *Baxter v. Baxter*⁴⁸, en el que interesa destacar la diferenciación establecida en función de la edad de los menores. Mientras que en menores de corta edad se pone hincapié en la voluntad o intención de los progenitores en establecerse en un determinado país, en el caso de niños más mayores el impacto de la voluntad de padres es mucho más limitado y se puede llegar a tener en cuenta la integración y la opinión del menor. No cabe olvidarse que el Convenio establece en el ap. b) del art. 13 como causa para oponerse a la restitución, la negativa del menor, siempre que haya alcanzado una edad y un grado de madurez suficiente como para que resulte adecuado tener en cuenta sus opiniones.

⁴⁷ *Feder v. Evans–Feder*, 63 F. 3d 217 de 8 agosto 1995. www.incadat.com

⁴⁸ *Baxter v. Baxter*, 423 F. 3D 363 de 15 septiembre 2005. www.incadat.com

En el caso *Karkkainen v. Kovalchuk*⁴⁹ se tuvo en cuenta la voluntad de los padres de cambiar la residencia habitual a EE UU y la “aclimatación de la menor” de 11 años de edad al nuevo país, constatada por la asistencia a clases de una academia; realización de varios cursos y, las relaciones existentes con su madre y la familia de ésta en EE UU.

Por otro lado, también existen fallos centrados exclusivamente en el menor, como el caso *Friedrich v. Friedrich*⁵⁰. Los padres vivían en Alemania con su hijo de 1 año y 8 meses (en el momento del traslado ilícito). Los padres se separaron y la madre se llevó al niño a EE UU (Estado de origen de ella), en concreto a una base militar alemana en el territorio de EE UU. El padre presenta una solicitud de restitución ante el Tribunal del Distrito Sur de Ohio que se desestimó y fue recurrida en apelación. Finalmente el Tribunal entendió que el cambio de residencia habitual del menor, no obedecía a un cambio en la persona que estuviera ejerciendo en el momento del traslado el cuidado o la protección de ese menor (cuestión debatida en el proceso) sino que, el traslado de residencia habitual, obedece a un cambio geográfico.

En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal en el caso *Villalta v. Massie*⁵¹ cuando señaló que la residencia habitual de un menor se corresponde con el lugar donde ha estado físicamente presente por un tiempo suficiente para la aclimatación y, que cuenta con un grado de intención firme desde la perspectiva del menor⁵².

IV. El procedimiento de retorno

De modo muy breve hay que señalar que, una vez que se ha producido una sustracción o retención ilícita en los términos señalados en el Convenio de la Haya y en el RB II bis y, puesto en marcha el proceso conforme se ha indicado en epígrafes anteriores, el órgano jurisdiccional competente debe actuar con urgencia para dictar una resolución en un plazo máximo de seis semanas después de la interposición de la demanda. Pues bien, en la práctica este plazo no se cumple salvo en casos excepcionales. Esta demora obedece a como está proyectado el proceso y a la interpretación del apartado c del art. 7 del Convenio que garantiza la intervención de la Autoridad Central requerida para conseguir una solución “desjudicializada” y rápida. Sin duda en este ámbito la mediación debiera jugar un papel fundamental, para evitar la quiebra total de unas relaciones

⁴⁹ *Karkkainen v. Kovalchuk*, 445 F.3d de 24 abril 2006. www.incadat.com

⁵⁰ *Friedrich v. Friedrich*, 983 F. 2d de 22 enero 1993. www.incadat.com

⁵¹ *Villalta v. Massie*, no. 4:99 cv 312 de 27 octubre 1999. www.incadat.com.

⁵² En el mismo sentido *Vid. Caso Robert v. Tesson*, 507 F. 3d 981 de 17 noviembre 2007. www.incadat.com.

familiares bastante deterioradas cuando se produce la sustracción o retención ilícita, pero se deberían haber arbitrado unos cauces o plazos para evitar dilaciones que impidan cumplir con el objetivo primordial del Convenio y del propio Reglamento, esto es, el retorno inmediato del menor al lugar donde tenía su residencia habitual inmediatamente antes del Convenio.

Por tanto, una vez que se ha calificado la sustracción o la retención como ilícita y, se utilizan los mecanismo convencionales para que se inicie la localización y el retorno del menor, se debería establecer un plazo máximo de 3 semanas para procurar una “conciliación” y que sea el progenitor el que voluntariamente ponga al menor a disposición del progenitor que ejercía la responsabilidad parental. Transcurrido ese plazo y dejada zanjada la vía de la mediación, la Autoridad Central del Estado requerido debería poner en conocimiento de la autoridad judicial los hechos y actuar coordinadamente para la interposición de la demanda con la finalidad de obtener una resolución judicial en el plazo indicado. Si a la problemática anteriormente aludida de la localización del menor, añadimos una mediación para la solución del conflicto que se dilata excesivamente en el tiempo⁵³, a la autoridad judicial competente le resultará imposible cumplir con los plazos que le impone el Convenio.

El Convenio prevé que una vez que se dicte por parte de una autoridad judicial una orden de retorno, debe consistir en que éste se lleve a efecto en un tiempo razonable y, se recomienda la redacción de órdenes claras, lo más precisas posibles para garantizar su cumplimiento. En este sentido, se pone de manifiesto la divergencia entre las diversas legislaciones de los Estados. Mientras que en nuestro país los jueces no suelen señalar fechas, modalidades de retorno, ni lugares concretos en los que se tiene que efectuar el retorno, en otras jurisdicciones se establecen plazos para efectuar el retorno desde la firmeza de la resolución y se prevén sanciones que van desde multa a pena de prisión ante el incumplimiento de la orden de retorno. En algunos Estados el nivel de detalle es exhaustivo, como en el caso de Australia⁵⁴ y Reino Unido⁵⁵. En España además las órdenes

⁵³ A modo de ejemplo, la Autoridad Central española señala dos casos: el primero, H 28 (1788) en el que estaban involucradas las Autoridad Centrales española y holandesa, ésta última tardó 7 meses en iniciar el proceso judicial, a pesar de que el solicitante había requerido insistentemente la presentación de la demanda por no considerar que la mediación iba a resultar positiva, tras sucesivas negativas de la madre sustractora a llegar a un acuerdo. En el segundo caso, H 28 (2047) entre España-Alemania, el padre solicitantes tenía atribuida la custodia y la madre un régimen de visitas a través de una resolución judicial. La menor viajó a Alemania para visitar a su madre y fue retenida allí. El Tribunal alemán fue retrasando la vista hasta en cuatro ocasiones y, se le planteó al padre la realización en Alemania de una mediación en Alemania durante los fines de semana con un coste aproximado de 2500 euros por progenitor. El padre se niega y exige el retorno del menor a España como residencia habitual inmediatamente antes de la retención ilícita y que, en todo caso, la mediación se realice en este país. *Ibid. loc. cit.*

⁵⁴ En el asunto H 28 (2069) en una Resolución dictada por la Family Court of Australia en Sidney en el año 2009. En este caso la orden establecía que si la madre sustractora retronaba con los niños, debía

de retorno no son ejecutivas, se otorga un plazo de 20 días para el cumplimiento voluntario y, en caso de que éste no se produzca, hay que iniciar un procedimiento ejecutivo en el que el demandado puede oponerse, lo que conlleva de nuevo, un retraso considerable en el procedimiento de restitución. En cualquier caso, debería articularse un sistema que, salvaguardando los derechos de defensa de las partes, estableciera unas pautas o márgenes para unificar criterios entre los diferentes Estados en la aplicación de las obligaciones impuestas por la legislación aplicable, evitando retrasos indebidos por la falta de concreción de las medidas adoptadas, tanto por parte de las Autoridades Centrales como de los órganos jurisdiccionales competentes.

IV. Conclusiones y propuestas

Aunque han sido muchos los avances y logros obtenidos por las Autoridades Centrales y los órganos jurisdiccionales en la aplicación de los instrumentos normativos de fuente institucional y de fuente convencional en aras a garantizar el cumplimiento de los derechos de custodia y visita y, el retorno inmediato del menor al Estado donde tenía su residencia habitual antes del traslado, hay que seguir profundizando en la adopción de medidas que den cumplimiento a los objetivos previstos. A estos defectos hemos detectado diversos problemas que constituyen importantes retos en la protección del “interés superior del menor” y que enumeramos a continuación:

En primer lugar, de falta de coordinación en las actuaciones entre las autoridades judiciales y administrativas previstas en el Convenio de la Haya y en el RB II bis, dado que se parte de una solución “desjudicializada” (pero sin llegar a proyectar los mecanismos de la mediación) en el marco del Convenio a través de la cooperación de Autoridades Centrales de los Estados Contratantes, pero no se articulan los cauces para determinar cuándo ésta vía debe cerrarse por la falta de voluntad de uno o de los dos progenitores, e iniciarse una demanda judicial,

en el plazo de 14 días a contar desde la fecha de la orden, reservar y pagar los billetes de avión y, que la fecha de salida no podría ser anterior a 21 días desde la fecha de la orden. Además debía facilitar copia del itinerario a la Autoridad Central dentro de los 3 días siguientes a efectuar la reserva. Y, para el caso que la madre no retornara con los menores, se establecía que el pago del billete correspondería al padre, así como fijar la fecha de salida, etc. *loc. cit.*

⁵⁵ En otro asunto H 28 (2014) en una Resolución dictada por la *High Court of Justice, Family Division* del año 2009, se ordenó que el menor debía regresar a España antes de las 16 horas del 1 abril 2009 acompañado por la madre, que en caso de oposición el menor retornaría con su padre u otro familiar. Además las partes se obligaron a cumplir un programa de compromisos que las partes suscriben (*undertakings*), que implica el compromiso de no iniciar ninguna acción penal contra la demandada tras el retorno; que el menor permanezca al cuidado de la madre hasta que no presente el asunto ante un juez que dicte una resolución sobre guarda y custodia; a cargo de quien estaría el alojamiento del menor y la manutención y cuantía de ésta; el abono de los billetes de avión, etc. *loc. cit.*

teniendo en cuenta que se exige una respuesta por parte del órgano jurisdiccional competente en un plazo máximo de 6 semanas (plazo que se incumple sistemáticamente y que en algunos casos ha llegado a sobrepasar los 7 años). Por lo que al dato de la falta de coordinación entre autoridades, habría que añadirle la falta de preparación y de medio humanos, materiales y técnicos para cumplir con los objetivos previstos en la normativa. De hecho, cada vez son más numerosas las condenas a los Estados por parte del TEDH por el funcionamiento nefasto de las autoridades competentes, que conllevan la violación del Derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art 8 CDEH.

En segundo lugar, tanto el RB II bis como el Convenio, califica el traslado o retención ilícito, como aquel producido como consecuencia del incumplimiento de un derecho de custodia que puede resultar de una atribución de pleno derecho, es decir previo a la existencia de una decisión judicial o administrativa o a un acuerdo vigente. En el caso de una “atribución de pleno derecho” el solicitante deberá probar documentalmente, o a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho la infracción del otro progenitor porque si no su solicitud no va a prosperar. En muchas ocasiones el traslado o retención ilícito se produce con la cobertura de un derecho de visita en periodos vacacionales o; con la excusa de traslados provisionales por motivos laborales; visitas a otros familiares, etc. y, resulta difícil acreditar que estos desplazamientos se producen sin el consentimiento del padre o madre. Además la cuestión se agrava en menores de corta edad porque no se puede aducir el incumplimiento de los períodos escolares y, porque en estos casos es más fácil que el menor adquiera una nueva residencia en el nuevo entorno.

En tercer lugar, respecto de la definición o calificación autónoma de la noción “residencia habitual” en este ámbito, aunque entiendo que facilitaría la tarea de Autoridades Centrales y de los órganos jurisdiccionales a la hora de determinar si se ha producido una sustracción o retención ilícita o, si el menor se ha integrado en el nuevo medio, en nada beneficiaría al “interés superior del menor”, decantarse por unos criterios concretos dada la gran casuística existente en este ámbito. Obviamente si existe acuerdo o consentimiento de los padres, la residencia del menor sigue las vicisitudes de la residencia de los progenitores, pero es en el caso de falta de acuerdo, quiebra de la relación familiar o, de continuos cambios de residencia de alguno de los progenitores, cuando resulta necesario determinar su alcance como factor de localización para determinar la competencia judicial en materia de responsabilidad parental y en los casos de sustracción o retención ilícita. Se podría partir de una conceptualización negativa, es decir, determinar en qué supuestos se considera que el menor no debería adquirir la residencia habitual del lugar al que es trasladado y, utilizando como factor clave la edad del menor. En este sentido, en menores de corta edad juega un papel

decisivo la voluntad de los progenitores y, en cambio en menores de edades superiores adquiere bastante importancia su voluntad u opinión, la adaptabilidad al nuevo entorno, escolarización, relaciones familiares, etc., sin obviar la intención de los padres.

Por lo que respecta al elemento temporal, tampoco por sí solo resulta un factor determinante, en algunos casos analizados los Tribunales han entendido después de más de 2 años, que el menor no había adquirido una nueva residencia habitual por la falta de integración familiar en el nuevo Estado o, por el índice de temporalidad del cambio. El Convenio de la Haya establece que, aun habiendo expirado el plazo de un año, deberá ordenarse la restitución, a no ser que se pruebe la integración del menor en el nuevo medio. Obsérvese que se requiere integración y no adaptación (es conocida la facilidad de aclimatación y adaptabilidad de los niños a los cambios). En este sentido, se aprecia que el Convenio de la Haya es más restrictivo que el RB II bis, por cuanto el TJUE en las Sentencias analizadas siempre señala que para considerar la existencia de una nueva residencia habitual hay que constatar la existencia de una “cierta integración” del análisis de un conjunto de factores. Por otro lado, el paso del tiempo no debiera beneficiar al progenitor infractor de un derecho de custodia o visita, por esta razón la autoridades administrativas y judiciales deben actuar de manera coordinada y con la mayor agilidad posible, para evitar que finalmente el menor se acabe integrando en el lugar al que ha sido trasladado ilícitamente.

Tampoco parece adecuado que la temporalidad o provisionalidad del traslado, pueda actuar como elemento favorable para el cambio de residencia habitual del menor. En mi opinión, en la STJUE 9 octubre 2014 (*C contra M*) analizada, éste elemento es decisivo y, otro que pasan por alto las autoridades judiciales: durante los 8 meses que la madre permanece en Irlanda con la menor como consecuencia de una resolución judicial provisional, el padre no consigue hacer efectivo su derecho de visita (derecho garantizado en el art. 21 del Convenio de la Haya).

En otras ocasiones, los padres organizan un cambio de residencia habitual a otro Estado, como ponen de manifiesto determinados índices: búsqueda de empleo, establecimiento en un nuevo hogar, traslado de la familia, inscripción en un registro de residentes, matrícula escolar, etc. y, pasado un tiempo tras una crisis o ruptura de la pareja, uno de los progenitores decide unilateralmente cambiar de residencia llevándose consigo a los hijos, alegando que el traslado era provisional, temporal o, de prueba. Dada la casuística tan variada y, las diferentes interpretaciones judiciales (en el ámbito europeo y americano) unas que ponen el acento en el menor; otras solo en los progenitores o, algunas en la voluntad de todas las partes, resulta complicado y, a mi juicio ineficaz, la búsqueda de una calificación autónoma de la residencia habitual. El acudir a criterios fácticos,

caso por caso (con los índices enunciados) en la línea de lo que ha sostenido el TJUE, se configura como la mejor fórmula en aras del “interés superior del menor”, aunque supone un gran desafío en la aplicación del RB II bis y del Convenio de la Haya de 1980 para las autoridades administrativas y judiciales competentes en estos procesos.

Bibliografía

- Aguilar Benítez de Lugo, M.: “La familia en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993-I, pp. 7-37.
- Ancel, B. y Muir Watt, H.: “L’*intérêt supérieur de l’enfant* dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Rev. crit. dr.int. pr.*, 2005, pp. 569-605.
- Borrás, A.: “El papel de la autoridad central: los Convenios de la Haya y España”, *REDI*, 1993-I, pp. 64-79.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Globalización, secuestro internacional de menores y Convenios de Luxemburgo (1980) y la Haya (1980)” en M.D. Adam Muñoz y S. García Cano (dirs.) *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 33-50.
- Espinar Vicente, J. M.: “Comentario a la Sentencia 604/1998 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de la Haya de 1980”, *AC*, 1999-I, pp. 31-47.
- García Revuelta, C.: “Aplicación práctica del Convenio de la Haya y el Reglamento 2201/2003. El Papel de la Autoridad Central”. <http://www5.poderjudicial.es>.
- González Beilfuss, C.: “Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita”, *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 89-114.
- González Vicente, P.: “La sustracción internacional de menores y su nueva regulación”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 11, enero 2003, pp. 67-124.
- Herranz Ballesteros, M.: *El interés de menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Lex Nova, 2004.
- Jiménez Blanco, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Lagarde, P.: “Le principe de proximité dans le droit de l’homme en droit comparé”, *Recueil des Cours*, t. 196, 1986-I, pp. 26-129.
- Miralles Sangro, P.P.: *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1989.
- Moya Escudero, M.: “El secuestro internacional de menores”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, A. Rodríguez Benot, dir., Madrid, CGPJ, 202, pp. 429-437.
- Orejudo Prieto de los Mozos, P.: “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley, Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5-22.
- Pérez Vera, E.: “El menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, 1993-I, pp. 101-114.

Pérez Vera, E.: “Informe explicativo del Convenio de la Haya de 1980”, *BIMJ*, nº 1895, de 15 marzo 2000.

Pías García, E.: “Funcionamiento de la Autoridad Central española en la aplicación de los Convenios relativos a la sustracción internacional de menores”, en M.D. Adam Muñoz y S. García Cano (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 73-80.

CUESTIONES ACTUALES SOBRE LOS *TRUSTS* TESTAMENTARIOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Los *trusts* testamentarios y su reconocimiento en Derecho español. 1. Los *trusts* testamentarios. 2. Problemas que plantea su reconocimiento en Derecho español: A) El Derecho de propiedad y los *trusts* testamentarios; B) Normas imperativas de la *lex successionis*: la legítima. III. *Trusts* testamentarios y competencia judicial internacional. 1. Reglamento Bruselas I bis. A) Foro exclusivo en materia de derechos reales inmobiliarios; B) Sumisión expresa; C) Foro especial del domicilio del *trust*; D) Foro del domicilio del demandado. 2. Reglamento sobre sucesiones internacionales. 3. Régimen establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. IV. Ley aplicable a los *trusts* testamentarios. 1. Obligaciones contractuales y extracontractuales y *trusts* testamentarios a la luz de los instrumentos de la Unión Europea: A) Reglamento Roma I; B) Reglamento Roma II. 2. El Reglamento sobre sucesiones internacionales: A) Exclusión parcial de los *trusts* testamentarios: a) Creación, administración y disolución de *trusts*; b) Cesión de bienes y determinación de los beneficiarios; B) Razones que justifican esta exclusión. 3. El Convenio sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento. 4. Derecho español y norma de conflicto aplicable: A) Alcance de la regulación de los *trusts* testamentarios y soluciones conflictuales; B) Decisiones judiciales en esta materia; C) La posible coexistencia entre la legítima y los *trusts* testamentarios V. Consideraciones finales

RESUMEN: El objeto de este trabajo es analizar los *trusts* testamentarios desde la perspectiva del Derecho internacional privado español. Una institución desconocida para los juristas de tradición civilista que podría aportar soluciones flexibles y adecuadas en el ámbito sucesorio teniendo en cuenta su finalidad: ordenar el destino de los bienes del causante a su fallecimiento. Por otra parte, las normas de Derecho internacional privado español no aportan soluciones adecuadas en aquellos supuestos relacionados con los *trust* testamentarios. En este sentido, la ratificación del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento podría coadyuvar a la consecución de soluciones más satisfactorias cuando los tribunales españoles tengan que dilucidar su competencia judicial internacional y la norma de conflicto aplicable para determinar la ley aplicable al fondo del asunto.

* El presente trabajo fue realizado parcialmente durante mi estancia en el *Institute of European and Comparative Law*, University of Oxford, durante el primer semestre de 2014, como *Academic Visitor*. Deseo dejar constancia de mi agradecimiento a la mencionada Institución académica, así como al Vicerrectorado de Investigación, Desarrollo e Innovación de la Universidad de Alicante por la ayuda recibida con cargo a su Programa propio para el fomento de la I+D+I 2014, Ref. ACIE 14-07.

** Profesor titular acreditado de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

PALABRAS CLAVE: TRUSTS TESTAMENTARIOS – SUCESSIONES INTERNACIONALES – COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – LEY APLICABLE – CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LA LEY APLICABLE AL TRUST.

ABSTRACT: *Current Issues on Testamentary Trust in Private International Law.*

The purpose of this paper is to analyze the testamentary trusts from the perspective of Spanish private international law. This figure which is unknown in civil jurisdictions could provide flexible and appropriate solutions on succession matters, having into account the purpose for which they are used: to allow the transfer and distribution of property of the deceased person to the beneficiaries. Moreover, the rules of Spanish private international law do not provide adequate solutions in cases related to testamentary trusts. Thus, the ratification of the Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition could contribute to achieving a more satisfactory solutions in order to determine the jurisdiction of the Spanish courts and the applicable law to the testamentary trusts.

KEYWORDS: TESTAMENTARY TRUSTS – INTERNATIONAL SUCCESSIONS – JURISDICTION – APPLICABLE LAW – HAGUE CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS.

I. Introducción

El *trust* es una institución jurídica desarrollada por los tribunales de equidad en los países de *common law* en virtud de la cual una persona, el constituyente o fundador (*settlor*), por un acto unilateral, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, transfiere todos los derechos sobre uno o varios bienes de cualquier naturaleza a otra persona (*trustee*) para que éste los cuide y administre en beneficio de una tercera persona (*beneficiary*) al que se debe permitir la posesión y disfrute de esa propiedad hasta que llegue el momento de transmitirle la misma. De todo lo anterior puede concluirse que en la figura del *trust* existe una división del derecho de propiedad o, dicho de otro modo, una propiedad compartida o un doble derecho de propiedad sobre los bienes objeto del *trust*. De una parte, el *trustee* a quien se le transfiere la propiedad será el “*legal ownership*” y, de otra, el beneficiario a favor del cual se constituye el *trust* será el “*equity ownership*”¹.

Esta institución resulta desconocida para los juristas de tradición civilista y, por supuesto, en el ordenamiento jurídico español donde la propiedad no es un concepto abstracto. Por este motivo esta institución resulta de difícil encaje en los países de *civil law* a pesar de los reiterados intentos de asimilarla a otras figuras jurídicas como la fiducia². Por otra parte, una de las principales preocupacio-

¹ P. McLoughlin y C. Rendell, *Law of Trusts*, Londres, Macmillan, 1992, pp. 3-4.

² Vid., en este sentido, A. Dyer y H. Van Loon, *Report on trusts and analogous institutions*, 1984, párrafos 147-78, 77-92, en http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5791&dtid=1 (página consultada el 25 mayo 2015). En relación a la figura del *trust* y la fiducia consultar, entre otros, J. de Arespacochaga, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000; F. Barrière, *La reception du trust au travers de la fiducie*, LexisNexis, 2004; D.A.R. Beckner y A. Devaux y M. Ryznar, “The Trust as More Than a Common Law Creature”, *Ohio Northern Univ. L. Rev.*, vol. 41, nº 1, 2014, pp. 110-115; S. Cámara Lapuente, “El *trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización

nes sobre la introducción de esta figura en los sistemas de Derecho civil es su falta de formalidad pero, sobre todo, la posibilidad de utilizar esta figura para la evasión de impuestos³.

Pues bien, a pesar de su escasa utilización en nuestro país, la doctrina española ha analizado y estudiado a fondo esta materia si bien ésta resulta más limitada cuando se trata de examinar las relaciones entre el *trust* y el Derecho internacional privado⁴. Más complicado resulta, sin embargo, encontrar referencias a esta figura en la doctrina jurisprudencial que permitan aportar luz al estudio y análisis de esta cuestión. Baste citar, v.gr., la STS 30 abril 2008, donde la Sala tuvo ocasión de definir el *trust* como “una figura por la que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra”, añadiendo que “se puede constituir el *trust* tanto por acto inter vivos como *mortis causa*”⁵.

El desconocimiento de esta figura jurídica, y su prácticamente nula utilización en nuestro ordenamiento jurídico, no empece, sin embargo, su extraordinaria transcendencia en los sistemas de *common law* donde es una de las instituciones más utilizadas debido a su flexibilidad, informalidad y facilidad de uso. Este hecho tiene su reflejo en la existencia del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento⁶. De acuerdo con su redacción el término *trust* se refiere

europea”, en S. Cámara Lapuente (coord.) *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 1099–1172; *ib.* “New Developments in the Spanish Law of Succession”, *InDret* 4/2007, p. 27; y E. Cashin Ritaine, “Panorama compare du droit matériel du *trust* (ou une esquisse impressionniste des concepts de *trust* et de *fiducie*)”, en *Le trust en droit international privé, Perspectives suisses et étrangères*. (Actes de la 17^{ème} Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess, pp. 17–28.

³ D.A. R. Beckner, A. Devaux y M. Ryznar, “The Trust as More than a Common Law ...”, *loc. cit.*, pp. 110–115.

⁴ *Vid.*, por todos, E. Arroyo Amayuelas (Coord.), *El trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007; M.A. Asín Cabrera, “La ley aplicable al *trust* en el sistema de Derecho internacional privado español”, *Revista General de Derecho*, n° 547, 1990, pp. 2089–2120; J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014, p. 249; E. Castellanos Ruiz, “El *trust* en el Derecho ...”, *loc. cit.*, pp. 2429–2479; M. Checa Martínez, *El “trust” angloamericano en el derecho español*, Madrid, McGraw Hill, 1998; C. González Beilfuss, *El trust: la institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997; B. Ubetazzi, “El *trust* en el Derecho internacional privado italiano y español”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 199–219; y M. Virgós Soriano, *El trust y el Derecho español*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.

⁵ STS 1ª 30 abril 2008 (ROJ: STS 1632/2008).

⁶ Convenio de fecha 1 julio 1985, que entró en vigor el 1 enero 1992. *Vid.* http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59 (en adelante, el Convenio de La Haya) (página consultada el 25 mayo 2015)

“... a las relaciones jurídicas creadas –por acto *inter vivos* o *mortis causa*– por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado”

y posee las siguientes características:

- “a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*;
- c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga”⁷.

Este Convenio, que tiene por objeto establecer disposiciones comunes sobre la ley aplicable al *trust* y resolver los problemas más importantes relativos a su reconocimiento, entró en vigor en enero de 1992 pero España aún no lo ha ratificado. Empero, en el ámbito de la Unión Europea, algunos países de tradición civilista como Italia, Países Bajos, Malta y Luxemburgo ya lo han ratificado mientras que otros lo han firmado a falta de ratificación –Chipre y Francia–.

Además del mencionado texto, existen otras iniciativas en Europa encaminadas a facilitar la comprensión de la figura del *trust* y fomentar y permitir su incorporación y desarrollo en los países de tradición civilista, como los denominados *Principles of European Trust Law*⁸, o el proyecto de *Common Core of European Private Law*,⁹ que intentan demostrar la existencia de una interrelación entre las diferentes leyes nacionales y el concepto de *trust* y proponen un modelo de Derecho europeo sobre el *trust*. Igualmente, el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* que contiene un conjunto de principios, definiciones y leyes modelo para el Derecho privado europeo (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*) incluye disposiciones referidas a los *trusts*¹⁰. Este

⁷ Vid., art. 2 del Convenio de La Haya.

⁸ Estos Principios son el resultado del proyecto organizado en 1996 en la Universidad de Nijmegen (Países Bajos), y que fue liderado por el professor David Hayton. Vid. D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann, y H.L.E. Verhagen (eds), *Principles of European Trust Law*, Londres, Kluwer Law International, 1999.

⁹ Este estudio comparado fue iniciado en 1995 por U. Mattei y M. Bussani. Vid., M. Graziadei, U. Mattei y L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

¹⁰ Proyecto de investigación promovido por la Comisión Europea. Vid., “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by C Von Bar, E Clive and H Schulte-Nölke and H Beale, J Herre, J. Huet y M. Storme, en http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (página consultada el 25 mayo 2015).

documento incorpora en su Libro X una propuesta de *trust* europeo y define el mismo de la siguiente manera:

*“A trust is a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes”*¹¹.

La primera reflexión ha de ser, por tanto, sobre la ausencia de una referencia explícita no solo a la propiedad sino también a su fragmentación, si bien esta circunstancia no es algo novedoso ya que el Convenio de La Haya tampoco afirma con rotundidad que en el *trust* exista división de propiedad, limitándose a decir que los bienes que forman parte del *trust* se colocan bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario y que estos bienes constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*. Por lo tanto, el *DCFR* sigue la senda trazada por el Convenio de La Haya.

En este sentido, algunos autores han criticado las incoherencias que presenta el tratamiento del *trust* en el *DCFR*¹². Otros, por su parte, consideran que, en su afán por redactar un conjunto de normas que permitan establecer un derecho uniforme sobre la figura del *trust* en Europa, este documento ha tratado de construir una visión más continental de esta institución que puede no coincidir con la existente en los países de *common law*¹³. Ahí queda, pues, planteado el debate entre el concepto unitario de propiedad que impera en los países de *civil law* –deseosos de encontrar una solución factible que permita la incorporación de la figura del *trust* en sus respectivos ordenamientos jurídicos– y la fragmentación de la propiedad característica esencial del *trust* anglosajón.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que, a pesar de las dificultades que plantea el conocimiento y aplicación del *trust* entre los juristas de tradición civilista, muchos de ellos ya han reconocido la utilidad de esta figura¹⁴.

¹¹ Vid., X. – 1:201: *Definition of a Trust, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

¹² A. Braun, “Trusts in the Draft Common Frame of Reference. The “Best Solution” for Europe?”, *Cambridge L.J.*, 70, 2011, pp. 327–352.

¹³ Vid., por todos, W. Swadling, “The DCFR Trust: A Common Law Perspective”, en S. Van Erp., A. Salomons y B. Akkermans, eds., *The Future of European Property Law*, Múnich, Sellier, 2012, pp. 21–30.

¹⁴ Vid., al respecto, M. Graziadei, U. Mattei y L. Smith, *Commercial Trusts ...*, *op. cit.*; H. Hansmann y U. Mattei, “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York Univ. L. Rev.*, nº 73, 1998, p. 434; D.J. Hayton, S.C.J. J. Kortmann, y H.L.E. Verhagen (eds.), *supra* n.º 8; J. H. Langbein, “The Contractarian Basis of the Law of Trusts”, *Yale L.J.*, 105, 1995, pp. 625, esp. pp. 640–643; M. Lupoi, *Trust: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; U. Mattei, “Basic Issues of Private Law Codification in Europe: Trust”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, nº 1, 2001, Article 5; y G. G. Triantis, “Organizations as Internal Capital Markets: the Legal Boundaries of

II. Los *trusts* testamentarios y su reconocimiento en Derecho español

1. Los *trusts* testamentarios

Tradicionalmente, el *trust* se ha considerado como un instrumento muy apropiado para garantizar la inversión, la seguridad y la planificación del patrimonio, así como una alternativa al mecanismo de las donaciones. Las razones para la creación de un *trust* pueden ser muchas y variadas: para proteger los activos en los casos de las empresas, para llevar a cabo la administración de patrimonios familiares, por cuestiones fiscales, o con la finalidad de preservar la propiedad para generaciones posteriores. Aunque habitualmente los bienes transferidos en un *trust* solían ser inmuebles, hoy en día dicha propiedad puede tomar otras formas como bienes muebles –dinero, joyas...–.

Por la propia naturaleza de esta figura jurídica existe un amplio catálogo de *trusts* ya que su clasificación puede hacerse atendiendo a diversos criterios, entre ellos, por su forma de constitución –voluntarios o legales–, o por la finalidad perseguida –sucesorios o de inversión–. Dentro de la tipología de *trusts*, los sucesorios se constituyen con la finalidad de ordenar el destino de los bienes del causante a su fallecimiento y, de hecho, una de las principales funciones del *trust* en los países de *common law* está relacionada con el ámbito sucesorio y el denominado *estate planning*. A su vez, hemos de distinguir entre las sucesiones testadas, donde se incardina la figura del *trust* testamentario constituido por el causante, y las intestadas, donde se constituyen los denominados *trusts for sale* por ministerio de la ley.

Pues bien, los *trust* testamentarios son creados en virtud de un testamento como consecuencia de la expresa y manifiesta voluntad del testador (*settlor*) de otorgar la propiedad de los bienes de los que es el dueño absoluto y que son objeto de la sucesión a un fiduciario (*trustee*) para que los administre a favor de sus beneficiarios (*cestius que trust*), ya sea su esposa, sus hijos o cualquier otra persona. El *trust* así constituido no entrará en vigor hasta después de la muerte del testador; se podría decir que, tras haberse creado en un testamento, el *trust* permanece latente hasta la muerte del testador que durante ese tiempo podrá introducir cambios en el mismo¹⁵. A partir de ese momento, el *trust* deviene irrevocable y las cuestiones que se planteen en relación a su validez se resolverán aplicando no solo las normas que regulan el Derecho de obligaciones y el de

Firms, Collateral, and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises”, *Harvard L. Rev.*, nº 117, 2004, p. 1102.

¹⁵ R. Lafuente Sánchez, “Testamentary Trusts in English law: an Introductory Approach”, *CDT*, vol. 7, nº 1, 2015, p. 100.

propiedad sino, igualmente, las normas de Derecho de familia y sucesiones con las que el *trust* testamentario se encuentra estrechamente vinculado.

Por consiguiente, la función primordial que tienen los *trusts* testamentarios es organizar la sucesión y planificar el destino de los bienes más allá de la muerte del causante. Las razones para incluir un *trust* en el testamento de una persona pueden ser diversas, ya sea para proteger a sus beneficiarios hasta que alcancen la edad que les permita administrar la propiedad –menores de edad– o porque no pueden llevar a cabo esta función –personas con discapacidad–; para proteger los derechos del cónyuge superviviente al causante; para obtener un ahorro fiscal en el proceso sucesorio; o para proteger los bienes del testador después de su muerte asegurando, así, su permanencia en el patrimonio familiar durante un determinado tiempo o para generaciones posteriores¹⁶. Además, el *trust* constituye un patrimonio separado tanto del patrimonio del *trustee* cuanto de los beneficiarios, lo que permite garantizar su protección frente a los acreedores del *trustee* o de los beneficiarios impidiendo el embargo de sus bienes excepto por las deudas generadas por el propio *trust*. En cualquier caso, conviene precisar que, en la mayoría de los casos, la creación de un *trust* sucesorio responde más a las necesidades de los beneficiarios que a sus consideraciones fiscales.

Por otro lado, la extraordinaria versatilidad de esta institución ha contribuido a su gran desarrollo internacional. Un desarrollo que además afecta de manera directa a las normas de Derecho internacional privado, no solo por la participación en el mismo de personas –ya sea el *settlor*, el *trustee* o el beneficiario– conectadas con distintos ordenamientos jurídicos, o la distinta localización geográfica de los bienes que forman parte del *trust*, sino, igualmente, por las cuestiones relativas al reconocimiento y validez de esta figura jurídica en otros Estados diferentes de aquel con arreglo a cuya ley se ha constituido¹⁷. Así sucederá cuando los jueces y tribunales españoles tengan que afrontar, como ya ha sucedido en alguna ocasión, el reconocimiento de un *trust* testamentario constituido con arreglo al Derecho de un Estado cuyo ordenamiento jurídico reconoce esa institución.

2. Problemas que plantea su reconocimiento en Derecho español

Pues bien, la figura del *trust* ha planteado problemas a nuestros tribunales a la hora de dilucidar su competencia y la norma de conflicto de aplicación para de-

¹⁶ R. Lafuente Sánchez, “Testamentary Trusts ...”, *loc. cit.*, pp. 102–103; E. Warner-Reed, *Equity and Trusts*, Essex, Longman, Harlow, 2011, pp. 29–30.

¹⁷ D. Hayton, “The Uses of Trusts in the Commercial Context”, en D. Hayton (Ed.), *Modern International Development in Trust Law*, Londres, Kluwer Law International, 1999, p. 145; *Vid.*, de este mismo autor, “The Increasing Significance of Conflict of Laws’ Issues”, *Trusts & Trustees*, 2014, October, p. 1069; H. Hansmann y U. Mattei, “The Functions of Trust Law...”, *loc. cit.*, p. 434.

terminar la ley aplicable al fondo del asunto¹⁸. Dificultades lógicas por tratarse de una institución que se encuentra huérfana de regulación en nuestro ordenamiento jurídico pues tanto los instrumentos de la Unión Europea en materia de competencia judicial internacional –Reglamento Bruselas I *bis* y Reglamento sobre sucesiones internacionales–, cuanto nuestro régimen interno regulado en la LOPJ excluyen, total o parcialmente, esta figura jurídica de su regulación. El mismo esquema se reproduce a la hora de determinar la ley aplicable, puesto que el Reglamento Roma I, el Reglamento Roma II y el Reglamento sobre sucesiones internacionales excluyen esta institución de sus respectivos ámbitos de aplicación, si bien con algunas salvedades a las que más adelante me referiré, mientras que el Código civil tampoco prevé una norma de conflicto en esta materia. Finalmente, a nivel convencional, el Convenio de La Haya aún no ha sido ratificado por España por lo que tampoco puede aportar soluciones efectivas en esta materia. En este sentido, el Convenio está llamado a ser un instrumento que facilite el acuerdo sobre esta institución entre los diferentes sistemas jurídicos y, tal y como han señalado algunos autores, el reconocimiento de las normas de conflicto aplicables al *trust* puede representar el paso previo a la aceptación de esta institución en las legislaciones nacionales de los países de *civil law*¹⁹.

Por todo ello, la identificación de los problemas que plantea esta institución desconocida en el ordenamiento jurídico español debe permitir la propuesta de soluciones ante el uso creciente de la misma en los países de nuestro entorno y la aproximación cada vez mayor hacia esta institución por parte de un sector de nuestra doctrina, y evaluar si los instrumentos jurídicos actualmente en vigor son suficientes para alcanzar una solución satisfactoria en esta materia. Entre los principales obstáculos que impiden el reconocimiento y la regulación de esta institución en nuestro Derecho hemos de señalar los siguientes.

A) El Derecho de propiedad y los *trusts* testamentarios

Como reconoce el Convenio de La Haya nos encontramos ante una institución jurídica específica no asimilable a otras existentes en la tradición jurídica de los países de *civil law*. Así, en el *trust* existe una clara separación entre lo que se denomina el *legal title*, que recae en el *trustee* como “*legal ownership*” al que se ha transferido la propiedad, y el “*equity ownership*” a favor del cual se constituye el *trust* y que corresponde al o los beneficiarios. De este modo, reconoce la división del derecho de propiedad contrariamente a lo que sucede en los sistemas

¹⁸ Baste citar, v.gr., STS 1ª 30 abril 2008, *cit*.

¹⁹ J. Harris, *The Hague Trusts Convention*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 336; D. W. M. Waters, “The Hague trusts Convention twenty years on”, en M. Graziadei, U. Mattei y L. Smith (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 97.

de *civil law* que consideran la propiedad como un derecho absoluto, por extensión, de la libertad individual. Esto significa que la propiedad es única, indivisible e inalienable, y que sólo el propietario tiene la propiedad o *dominium* – derecho de disposición, administración, uso y disfrute de los bienes²⁰. Consecuentemente, no existe la división del derecho de propiedad que reconoce la figura del *trust*²¹.

B) Normas imperativas de la *lex successionis*: la legítima

La mayoría de las legislaciones de los países de *civil law* establecen un sistema de legítimas que tiene una doble vertiente ya que para el testador representa una limitación a su facultad de disponer sobre los bienes que integran su patrimonio mientras que para los herederos significa el derecho a percibir una porción de los bienes del causante. La legítima abarca una parte importante del patrimonio del testador y se regirá por la ley aplicable a su sucesión sin que el causante pueda disponer de estos bienes en su testamento por reservarlos la ley a los denominados herederos forzosos²². Por el contrario, las legislaciones de los países de *common law* donde se ha desarrollado la figura del *trust* se basan en el principio de libertad de testar y no reconocen el sistema de legítimas antes mencionado.

Esta dualidad responde a la existencia de dos conceptos bien diferenciados sobre la protección de la familia en cada uno de esos sistemas jurídicos. De esta suerte, mientras en los sistemas de *civil law* se considera que ha de existir una mayor protección de los descendientes garantizándoles una parte de los bienes de la herencia del causante, en el sistema inglés, por ejemplo, esta idea se limita a aquellos supuestos en los que intervengan descendientes con problemas físicos o psíquicos, si bien, en ningún caso, el sistema de protección es tan estricto como el establecido por las legítimas²³. En este marco jurídico es donde la institución del *trust* testamentario encuentra su fundamento, la libertad de testar del causante que incluye la posibilidad de constituir en su testamento un *trust* con todos o parte de sus bienes.

²⁰ D.A.R. Beckner, A. Devaux y M. Ryznar, “The trust as more than ...”, *loc. cit.*, p. 102; C. González Beilfuss, *El trust...*, *op. cit.*, pp. 21–22; y F. W. Maitland, *Equity, a Course of Lectures*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1936, p. 24.

²¹ Así, el art. 348 Cc, dispone que “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes”.

²² Art. 806 Cc.

²³ D. Hayton, “European Commission's Green Paper Consulting on Succession with an International Dimension, Appendix B”, 5; *Vid.* http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ls_appb_en.pdf (página consultada el 25 mayo 2015).

Evidentemente, la institución del *trust* choca frontalmente con el sistema de legítimas y la protección de los herederos cuya aplicación supone un límite a la libertad del testador. De este modo, si se otorga a las legítimas la consideración de orden público, éstas podrían constituir una barrera a la hora de reconocer e integrar la institución del *trust* en las legislaciones de los países de *civil law*²⁴ tal y como explicaré en el ap. IV de este trabajo. Este hecho, sin embargo es discutible ya que mientras algunos autores consideran que no es posible otorgar ese tratamiento a las legítimas, otros estiman que únicamente es posible aceptarlo en situaciones excepcionales con la finalidad de conseguir la unidad de la ley²⁵.

III. *Trusts* testamentarios y competencia judicial internacional

Aunque se trate de una institución desconocida, los jueces y tribunales españoles no pueden dejar de resolver aquellos supuestos en los que intervenga un *trust* testamentario y tendrán que aplicar las normas de competencia judicial internacional previstas tanto en los instrumentos de carácter institucional cuanto de carácter interno.

1. *Reglamento Bruselas I bis*

En principio, los *trusts* se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis, que establece normas de competencia que afectan a esta figura jurídica tanto en el ámbito de la autonomía de las partes –prórroga de la competencia– cuanto en el de las competencias especiales²⁶, excepto cuando se trate de materias propiamente excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento, en particular, “los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte”²⁷ y que son objeto de regulación en el Reglamento de sucesiones internacionales.

Si bien puede parecer que el Reglamento Bruselas I bis se aplica a los *trusts inter vivos* pero no a los testamentarios, debido a la expresa exclusión de los “testamentos y sucesiones” del mismo, hay que hacer una distinción entre las disposiciones testamentarias en las que se constituye el *trust*, que sin duda alguna quedan excluidas del Reglamento, y las relaciones propiamente dichas que genera el *trust* testamentario una vez constituido, que han de considerarse in-

²⁴ *Vid.*, en este sentido, STS 23 octubre 1992 (ROJ: STS 7948/1992).

²⁵ D.A.R. Beckner, A. Devaux y M. Ryznar, “The Trust as More Than...”, *loc. cit.*, p. 109, en el contexto del Reglamento de sucesiones.

²⁶ Arts. 25.3º y 7.6º RB I bis.

²⁷ *Ibid.*, art. 1.2º f).

cluidas en su ámbito de aplicación. De este modo, el RB I bis será de aplicación a una parte de las relaciones que generan los mismos²⁸.

Pues bien, el Reglamento no se aplicará a las controversias relativas a la validez e interpretación de los términos del testamento en el que se constituya el *trust*, ni tampoco a los conflictos que tengan su origen en la constitución, interpretación y administración del *trust* derivada del derecho de sucesiones. Esto significa que las relaciones internas –v.gr., entre los *trustees* o entre el *trustee* y los beneficiarios– no quedan sujetas a las disposiciones de competencia judicial internacional previstas en el RB I bis en el caso de los *trusts* testamentarios pues no se trata de obligaciones de naturaleza contractual. Por el contrario, las relaciones externas del *trust*, es decir, aquellas controversias que puedan surgir entre el *trustee* y terceras personas que no sean beneficiarios del *trust* son de naturaleza contractual y, en ese sentido, han de considerarse incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento y de sus normas de competencia judicial internacional aún cuando se trate de *trusts* testamentarios²⁹.

Cabe distinguir entonces entre el “*rocket-launcher*” y el “*rocket*”, tal y como algún sector doctrinal lo ha denominado con el fin de explicar las distintas relaciones jurídicas que subyacen en la figura del *trust* testamentario³⁰. De una parte, la voluntad del testador es un requisito previo y necesario –el denominado *rocket-launcher*– para llevar a cabo la constitución del *trust*. De otra, el propio *trust* –el *rocket*– y las relaciones jurídicas que éste genera. Así, la validez del testamento en el que se constituye el *trust* y las relaciones jurídicas que origina se regirán por leyes diferentes, si bien, en ocasiones, estas podrán coincidir. En este sentido, la exclusión del RB I bis afectará a la constitución de los *trusts* testamentarios y no se aplicará a los testamentos que incluyan un *trust* pero, una vez constituido, éste adquiere identidad propia y, por lo tanto, las relaciones

²⁸ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor Thomson Reuters, 2013, pp. 660–661; D. Hayton, “The need for harmonisation of Private international law rules on succession, Appendix C, Topicality in view of the European Commission Green Paper”, 3, *Vid.*, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ls_appc_en.pdf (página consultada el 25 mayo 2015); *Vid.*, de este mismo autor, “The Increasing ...”, *loc. cit.*, p. 1073.

²⁹ *Vid.*, el Informe oficial del Profesor Dr Peter Schlosser, “Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice” (OJEC C 59, 5/03/79), para 52 y 109 ss.

³⁰ J. Harris, *The Hague Trust...*, *op. cit.*, pp. 151–157; D. Hayton, “The Hague Convention on the Law applicable to Trusts and on their recognition”, *Int'l Comp. L. Q.*, nº 36, 1987, pp. 260–268; y A. E. Von Overbeck, “Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention”, párrafo 53, en http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=2949 (página consultada el 25 mayo 2015).

externas derivadas del mismo no pueden ser excluidas con carácter general de la aplicación de dicho Reglamento siempre y cuando las relación jurídicas que origine sea de naturaleza civil o mercantil.

A) Foro exclusivo en materia de derechos reales inmobiliarios

En virtud del foro exclusivo de competencia previsto en el Reglamento Bruselas I bis³¹, cuando el objeto del *trust* sean bienes inmuebles serán exclusivamente competentes los tribunales del Estado miembro en el que estos se hallaren sitos aún cuando ninguna de las partes estuviere domiciliada en un Estado miembro. Esto sucederá, únicamente, en las relaciones externas con terceros –acciones reales– ya que en las relaciones internas –acciones personales– entre los sujetos que intervienen en el *trust* (*settlor*, *trustee* y *beneficiary*) la aplicación de este foro ha sido interpretada de forma restrictiva por el TJUE al considerar que las acciones que se dan entre los sujetos que intervienen en el *trust* no están fundadas en un derecho real sino en un derecho personal. Así, en el asunto *Webb v Webb*, con motivo de la interpretación del art. 16 del Convenio de Bruselas, el TJUE manifestó que

“... no basta que un derecho real inmobiliario sea objeto de la acción o que la acción esté vinculada a un inmueble para que el número 1 del art. 16 se aplique. Es necesario que la acción esté fundada en un derecho real y no, salvo la excepción prevista para los arrendamientos de inmuebles, en un derecho personal”

y, en este sentido

“... la acción que tiene por objeto que se declare que una persona posee un bien inmueble en calidad de “*trustee*” y que se le ordene otorgar los documentos necesarios para que el demandante adquiera la “*legal ownership*” no es una acción real con arreglo al nº 1 del art. 16 del Convenio”³².

Por lo tanto, si calificamos como acciones personales las relaciones internas que surjan entre las partes que intervienen en el *trust* testamentario habremos de concluir que, de conformidad con la citada doctrina del TJUE, las acciones entre el *settlor*, el *trustee* y los beneficiarios que tengan por objeto bienes inmuebles no son acciones reales y no será de aplicación el foro exclusivo en materia de derechos reales inmobiliarios previsto en el RB I bis.

³¹ Art. 24.1º RB I bis.

³² STJUE 17 mayo 1994, as. C-294/1992: *Webb v Webb*, aps. 14 y 19, donde cita, a su vez la Sentencia 73/77 *Sanders v Van der Putte* [1977] ECR 2383, ap. 13. Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, op. cit., p. 659 quienes consideran que esta doctrina puede desnaturalizar la verdadera naturaleza real que caracteriza a la acción (aunque sea entre partes vinculadas personalmente) de reivindicar la propiedad o un derecho real sobre el inmueble.

B) Sumisión expresa

Sin embargo, para conocer de las acciones personales derivadas de un *trust* testamentario –acciones contra el *settlor*, el *trustee* o el beneficiario– podrá pactarse la sumisión expresa a los tribunales del Estado miembro que se designe en su documento constitutivo, en la medida en que estos acuerdos atributivos de competencia no sean contrarios a las disposiciones en materia de seguros, consumidores y contratos de trabajo y no afecten a la competencia de órganos exclusivamente competentes³³. En cualquier caso, esta disposición se refiere exclusivamente a las relaciones internas derivadas del *trust* entre el *settlor*, el *trustee* y los beneficiarios o de sus derechos y obligaciones en el marco del *trust*. Por lo tanto, cuando las disputas tengan su origen en la creación, interpretación o administración de un *trust* testamentario no será de aplicación la elección de tribunal por las partes prevista en el Reglamento pues se trata de aspectos regulados por el derecho sucesorio y excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento.

Consecuentemente, tampoco será aplicable este foro cuando se trate de acciones derivadas de las relaciones externas de un *trust* testamentario por quedar limitada su aplicación a las relaciones internas.

C) Foro especial del domicilio del *trust*

Con el fin proporcionar una solución más adecuada en esta materia, el Reglamento dispone un foro especial para conocer de los litigios que puedan surgir, de nuevo, en las relaciones internas (acciones personales) entre el *settlor*, *trustee* o beneficiario. Se trata del tribunal del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el *trust*. Así dispone:

“... si se trata de litigios entablados contra el fundador, *trustee* o beneficiario de un *trust* constituido ya en aplicación de la ley ya por escrito o por un acuerdo verbal confirmado por escrito, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el *trust*”³⁴.

Para determinar el domicilio del *trust* el Estado miembro cuyo tribunal deba conocer del asunto aplicará sus normas de Derecho internacional privado³⁵. Obviamente, en aquellos sistemas como el español, donde esta figura resulta desconocida y no existen normas de Derecho internacional privado aplicables a esta materia, la determinación del domicilio de un *trust* puede resultar ciertamente compleja. Para solventar esta laguna la doctrina propone diversas soluciones, por

³³ Art. 25, aps. 3 y 4 RB I bis.

³⁴ *Ibid.*, art. 7.6º.

³⁵ *Ibid.*, art. 63.3º.

ejemplo, aplicar la *lex fori* con el fin de determinar el domicilio de las personas físicas o jurídicas y considerar aplicable este criterio a la figura del *trust*; o estimar que el domicilio del *trust* se encuentra localizado en el país con el que presenta los vínculos más estrechos³⁶; o, incluso, por analogía con los fondos de inversión, considerar el domicilio del *trustee* como domicilio del *trust* a estos efectos³⁷.

Esta situación contrasta con la de aquellos ordenamientos jurídicos donde la figura del *trust* se encuentra ampliamente desarrollada. Así, en el Derecho inglés se considera que el *trust* se encuentra domiciliado en el Reino Unido o una parte del mismo siempre y cuando presente los vínculos más estrechos con ese ordenamiento jurídico³⁸. Precisamente, el Convenio de La Haya establece los criterios para determinar la ley con la que el *trust* se encuentra más estrechamente vinculado. Para ello se tendrán en cuenta, en particular:

- “a) el lugar de administración del *trust* designado por el constituyente;
- b) el lugar donde se encuentren situados los bienes del *trust*;
- c) el lugar donde resida o ejerza sus actividades el *trustee*;
- d) los objetivos del *trust* y los lugares donde deban cumplirse”³⁹.

De nuevo, hay que señalar que cuando las relaciones internas tengan su origen en la constitución, interpretación o administración de un *trust* testamentario no será de aplicación el foro especial del domicilio del *trust* previsto en el Reglamento porque viene regulada por el derecho sucesorio, materia ésta excluida de su ámbito de aplicación.

En fin, como se trata de un foro previsto únicamente para conocer de los litigios que puedan surgir en las relaciones internas del *trust*, no será de aplicación a las acciones derivadas de sus relaciones externas y, en ese caso, habrá que calificar la relación jurídica objeto de litigio y acudir al foro especial en materia contractual que otorga competencia al “...órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda”⁴⁰.

³⁶ Esta es la solución que propone parte de la doctrina española. *Vid.*, al respecto, M. Desantes Real, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986, p. 326; y J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 660.

³⁷ M. Virgós Soriano, *El Trust y el Derecho...*, *op. cit.*, p. 89.

³⁸ *Vid.* The Civil Jurisdiction and Judgments Order 2001, Schedule. 1, para 12, en <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2001/3929/schedule/1/made> (página consultada el 25 mayo 2015).

³⁹ Art. 7 del Convenio sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento.

⁴⁰ Art. 7.1º.a) RB I bis.

D) Foro del domicilio del demandado

La aplicación del domicilio del demandado podrá aplicarse cuando se trate de acciones derivadas de las relaciones externas del *trust*, por ejemplo, una acción de un tercero contra el *trustee* por incumplimiento contractual en la venta de un activo perteneciente al *trust* ya que con la aplicación de esta norma de competencia judicial internacional se garantiza un alto grado de previsibilidad⁴¹. En este caso, para determinar el domicilio del demandado, serán aplicables las normas de Derecho internacional privado del tribunal que deba conocer del asunto al igual que sucedía para determinar el domicilio del *trust*. Ahora bien, la aplicación de este foro podría plantear problemas cuando, por ejemplo, demandado el *trustee* su domicilio no coincida con el domicilio del *trust* o no presente los vínculos más estrechos con el *trust*⁴².

2. Reglamento sobre sucesiones internacionales⁴³

El Reglamento sobre sucesiones internacionales, de aplicación a partir del 17 agosto 2015, insta un sistema uniforme para determinar la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de sucesión en el ámbito de la Unión Europea, así como para la creación de un certificado europeo de sucesión. En el mismo se establecen normas generales de procedimiento similares a las ya existentes en otros instrumentos de la Unión Europea en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y se introducen normas de conflicto uniformes en materia de sucesiones. Empero, el Reglamento solo afecta a las normas de conflicto pues no trata de uniformizar el derecho sucesorio material de los Estados miembros.

Por lo que se refiere a los *trusts* el Reglamento dispone: “*Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento: j) la creación, administración y disolución de trusts*”⁴⁴. De esta lectura podría deducirse que los *trusts* testamentarios queda expresamente excluidos de su ámbito de aplicación. Sin embargo, hay que puntualizar que esta exclusión afecta únicamente a ciertos

⁴¹ *Ibid.* art. 4.1º que dispone: “... las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”.

⁴² *Vid.*, the official Explanatory Report of Professor Dr Peter Schlosser, “Report on the convention...”, *loc. cit.*, párrafo 113.

⁴³ Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DO L 201 de 27.07.2012) (en adelante, el Reglamento sobre sucesiones internacionales).

⁴⁴ Art. 1.2 j) del Reglamento sobre sucesiones internacionales.

aspectos del *trust* por lo que no se trata de una exclusión de carácter general. Esta es la conclusión que cabe inferir a la luz del Considerando 13 que dispone:

“Se deben excluir también del ámbito de aplicación del presente Reglamento las cuestiones relativas a la creación, administración y disolución de *trusts*. Esta exclusión no debe considerarse como una exclusión general de los *trusts*. En caso de que se cree un *trust* en virtud de un testamento o por ley en relación con una sucesión intestada, la ley aplicable a la sucesión determinada con arreglo al presente Reglamento regulará la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios”⁴⁵.

En definitiva, el Reglamento no prevé reglas específicas de competencia judicial internacional aplicables a los *trusts* testamentarios por cuanto su creación, administración y disolución se encuentra excluida de su ámbito de aplicación. Por la misma razón tampoco pueden ser de aplicación los foros de competencia previstos en el Reglamento, ya sea el que otorga competencia general a los tribunales del Estado miembro donde el causante tenga su residencia habitual en el momento del fallecimiento o, mediante la elección de la ley, a los tribunales del Estado miembro cuya ley haya sido por el causante para regir su sucesión⁴⁶.

Contrariamente a lo que sucede con la competencia judicial internacional, en materia de ley aplicable algunos aspectos relativos al *trust* testamentario –la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios– sí que se regirán por la ley determinada con arreglo al Reglamento, tal y como expondré más adelante.

3. Régimen establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial

Si consideramos excluidos, al menos parcialmente, los *trust* testamentarios del ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis*, así como del Reglamento sobre sucesiones internacionales, en defecto de aplicación de los instrumentos de la Unión Europea la competencia judicial internacional se determinará de conformidad con el régimen establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial que no establece foros específicos en esta materia⁴⁷. Así pues, tampoco aporta una solución específica y, en ese caso, habrá que llevar a cabo la calificación de la acción concreta que se pretenda ejercitar –cuestión harto difícil pues como ya he comentado el *trust* testamentario es una institución desconocida en nuestro ordenamiento jurídico– con el fin de justificar una posible solución basada en los foros previstos para las obligaciones contractuales, los derechos

⁴⁵ *Ibid.* Cdo. 13.

⁴⁶ *Ibid.*, arts. 4 y 7.

⁴⁷ *Vid.*, art. 22 LOPJ.

reales o las personas jurídicas, dependiendo de la acción que se plantee en cada caso concreto⁴⁸.

IV. Ley aplicable a los *trusts* testamentarios

1. Obligaciones contractuales y extracontractuales y *trusts* testamentarios a la luz de los instrumentos de la Unión Europea

Con carácter general, los instrumentos de la Unión Europea que tienen por objeto armonizar las normas de conflicto en materia de ley aplicable excluyen de su ámbito de aplicación la figura del *trust*, así, por ejemplo, el Reglamento Roma I, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁴⁹; el Reglamento Roma II, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales⁵⁰; o el Reglamento por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁵¹.

A) El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

El Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación material una serie de obligaciones contractuales entre las que se encuentra “*la constitución de trusts, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios*”⁵². No incluye, sin embargo, una definición de esta institución por lo que hemos de considerar que el concepto de *trust* al que se refiere es el creado por el derecho inglés que es donde surge la institución y que, además, se trata de una exclusión completa de este tipo de obligaciones, incluidos los *trusts* testamentarios. *Sensu contrario*, el Reglamento será de aplicación a las obligaciones contractuales que se generen en el ámbito de las relaciones externas del *trust*, por ejemplo entre el *trustee* y un tercero teniendo en cuenta que el *trust* no es una persona jurídica y que las relaciones contractuales se instrumentarán entre el *trustee –legal ownership–*, que actúa en su propio nombre, y los terceros frente a los que será responsable⁵³.

⁴⁸ J. Carrascosa González, “Derechos reales”, en A.L. Calvo Caravaca. y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 15ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2014, p. 1.055.

⁴⁹ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008, art. 1.2 h).

⁵⁰ Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”), art. 1.2 e).

⁵¹ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, art. 1.2 h).

⁵² Art. 1.2º.h) RR I.

⁵³ D. M. W. Waters, “The Institution of the Trust in Civil and Common Law”, *Recueil des Cours*, t. 252, 1995, p. 424.

Por otra parte, el Reglamento “...no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales”⁵⁴, cuestión ésta de gran transcendencia pues afecta de manera directa al Convenio de La Haya y, en particular, a los Estados miembros que lo han suscrito. En estos Estados se aplicará el mencionado Convenio para determinar la ley aplicable a las relaciones internas de los *trusts* testamentarios alcanzando de este modo la solución que no facilita el Reglamento Roma I. Igualmente, será de aplicación este instrumento, en este caso en detrimento del Reglamento Roma I, para determinar la ley aplicable a las acciones derivadas de las relaciones externas de los *trusts* testamentarios teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación de la ley designada por el Convenio “... regirá la validez del *trust*, su interpretación y sus efectos, así como su administración”, y ello abarca no solamente a las relaciones internas del *trust* –*settlor*, *trustees* y beneficiarios– sino, igualmente, a las relaciones jurídicas externas que se generen con la finalidad de llevar a cabo la administración, gestión o disposición de los bienes objeto del *trust*⁵⁵.

B) El Reglamento Roma II relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

De mismo modo, el Reglamento Roma II excluye de su ámbito de aplicación “las obligaciones extracontractuales que se deriven de las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de un *trust* creado de manera voluntaria”⁵⁶. Sin lugar a dudas, la redacción del Reglamento Roma II es más precisa que la del Reglamento Roma I, pues se refiere de forma concreta a los *trusts* constituidos de forma voluntaria mientras que en Roma I se alude de forma genérica a esta institución. Esta circunstancia resulta determinante pues permite afirmar que los *trust* creados de forma no voluntaria pueden generar obligaciones extracontractuales incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II. De cualquier modo, los *trusts* testamentarios son, por definición, instrumentos creados por la voluntad del testador (*settlor*) por lo que han de excluirse de su ámbito de aplicación.

Al igual que sucede con las obligaciones contractuales, el Reglamento Roma II, “... no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones

⁵⁴ Art. 25.1º RR I.

⁵⁵ Arts. 8 y 2 del Convenio de La Haya

⁵⁶ Art. 1.2º e) del Reglamento Roma II.

extracontractuales”⁵⁷, lo que puede incidir en la aplicación del Convenio de La Haya. Ahora bien, el mencionado Convenio se aplica únicamente a los *trusts* creados de manera voluntaria, pues en su definición se refiere al *trust* como aquellas relaciones jurídicas creadas –por acto *inter vivos* o *mortis causa*– por una persona⁵⁸. Por consiguiente, será de aplicación a los *trusts* testamentarios supliendo, de este modo, la exclusión que hace el Reglamento Roma II de su ámbito de aplicación.

Por otra parte, el Convenio dispone que “Cualquier Estado contratante podrá declarar, en todo momento, que las disposiciones del Convenio serán extensivas a un *trust* creado por decisión judicial”⁵⁹. Esto significa que, potencialmente, todos los Estados parte pueden, de manera unilateral, ampliar el ámbito de aplicación del Convenio y, así, cuando un Estado miembro de la Unión Europea lleve a cabo tal declaración se enfrentará a un conflicto en relación a la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de un *trust* constituido de forma no voluntaria sino por decisión judicial que habrá de resolver en favor de la aplicación del Convenio frente al Reglamento Roma II⁶⁰. En cualquier caso, esta circunstancia no afecta a los *trusts* testamentarios pero sí a los denominados *trusts for sale* encuadrados dentro de los *trusts* sucesorios y, concretamente, en los supuestos de sucesión intestada.

Sensu contrario, el Reglamento será de aplicación a las obligaciones extracontractuales que se generen en el ámbito de las relaciones externas del *trust* testamentario, por ejemplo, entre el *trustee* y un tercero, ya que la exclusión no afecta a estas relaciones.

2. El Reglamento sobre sucesiones internacionales

A) Exclusión parcial de los *trusts* testamentarios

a) Creación administración y disolución de *trusts*

Los *trusts* quedan excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento sobre sucesiones internacionales si bien parcialmente ya que, en particular, se refiere a “la creación, administración y disolución de *trusts*”⁶¹. Esto afecta, a todos los *trusts* sin distinción por lo que hemos de considerar incluidos también a los testamentarios. Por este motivo, cuando el testador (*settlor*) constituya un *trust*

⁵⁷ Art. 28.1º.

⁵⁸ Art. 2 Convenio de La Haya.

⁵⁹ *Ibid.*, art. 20.

⁶⁰ J. Harris, “Constructive Trusts and Private International Law: Determining the Applicable Law”, *Trusts & Trustees*, vol. 18, nº 10, noviembre 2012, pp. 975–976.

⁶¹ Art. 1.2º.j) Reglamento sobre sucesiones internacionales.

testamentario la *lex successionis*, que se determinará de conformidad con el Reglamento de sucesiones, registrará la totalidad de la sucesión⁶² lo que podrá incluir algunas cuestiones relacionadas con el *trust* pero no su creación, administración y disolución. De este modo, en relación a la constitución del *trust* testamentario, si el testamento es válido con arreglo a la ley aplicable a la validez de los testamentos el *trust* en él constituido será igualmente válido, independientemente de cual sea la ley aplicable a la sucesión y siempre que sea conforme a la ley nacional con arreglo a la cual se ha constituido el *trust*⁶³.

Así pues, para determinar la norma de conflicto aplicable a los *trusts* testamentarios con base al Reglamento sobre sucesiones es importante distinguir entre la creación, administración y disolución del *trust* –cuestión que queda expresamente excluida de su ámbito de aplicación– y el resto de cuestiones relacionadas con el *trust* que no se encuentran excluidas del mismo, por ejemplo, las relacionadas con la cesión de bienes y la determinación de los beneficiarios.

En las materias excluidas –creación, administración y disolución de *trusts*– habrá que acudir a las normas de Derecho internacional privado de producción interna. No obstante, esta tarea puede llegar a ser imposible o impracticable no solo en el caso español sino también en el resto de países de *civil law* donde el *trust* es una institución desconocida a un triple nivel –conflictual, material y funcional– y, por lo tanto, no existen normas de conflicto ni materiales que regulen esta materia.

b) Cesión de los bienes y determinación de los beneficiarios

Como he señalado, la exclusión de los *trusts* del Reglamento no debe considerarse una exclusión general sino parcial. Un buen ejemplo lo podemos encontrar en los aspectos de la sucesión relacionados con la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios, pues en aquellos supuestos en los que “... se cree un *trust* en virtud de un testamento [...], la ley aplicable a la sucesión determinada con arreglo al presente Reglamento regulará la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios”⁶⁴. Esto significa que la ley aplicable a la sucesión registrará también “la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de

⁶² Art. 23.2º.

⁶³ J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio europeo...*, op. cit., pp. 250–251; y A. Bonomi, “Choice of law aspects of the future EC Regulation in matters of succession. A first glance at the Commission’s proposal” en K Boele-Woelki, T Einhorn, D Girsberger and S Symeonides (eds), *Convergence and divergence in Private international law – Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haya / Zurich, Eleven International Publishing / Schulthess, 2010, pp. 157–172.

⁶⁴ Vid., Cdo. nº 13 del Reglamento sobre sucesiones internacionales.

los distintos beneficiarios”⁶⁵, cuestión esta de gran relevancia pues afecta de forma directa a las disposiciones que el testador pueda hacer en relación a la constitución del *trust* testamentario.

De esta forma, aún cuando la creación, administración y disolución del *trust* no se rige por la *lex successionis*, la transferencia de los bienes del causante y la determinación de los herederos y legatarios sí viene regulada por la *lex successionis* y esta ley se aplicará cuando el causante pase o transmita sus bienes a un *trust*. Con esta aplicación parcial del Reglamento se evita que el causante pueda dejar sus bienes a un *trust* en detrimento de los derechos sucesorios de los beneficiarios –herederos legitimarios– designados conforme al Reglamento⁶⁶.

En relación a la ley aplicable a la cesión de los bienes y a la obligación de reintegrar las donaciones o liberalidades hay que distinguir, de una parte, entre la cesión y devolución de los bienes del testador (*settlor*) al *trustee* –supuesto que ha de considerarse incluido en la creación del *trust* y, por tanto, excluido del ámbito de aplicación del Reglamento y de la *lex successionis* por él designada– y, de otra, el reintegro efectuado por el *trustee* a los beneficiarios –cuestión que también pertenece al ámbito de la administración del *trust* y, consecuentemente, queda excluida del ámbito de aplicación del Reglamento–⁶⁷.

Asimismo, la *lex successionis* regirá la determinación de los beneficiarios de la sucesión⁶⁸ por lo que este podría ser otro aspecto relacionado con los *trusts* testamentarios no excluido del ámbito de aplicación del Reglamento. Ahora bien, ¿qué hemos de entender por beneficiarios? En principio hay que considerar que este concepto se refiere “... a los herederos y legatarios, así como a los legitimarios, aunque, por ejemplo, la posición jurídica de los legatarios no sea la misma en todos los sistemas jurídicos ...”⁶⁹. Pero esta noción, excesivamente amplia e imprecisa, puede plantear problemas a la hora de analizar si es posible incluir en ella a los beneficiarios de un *trust* testamentario interpretando de forma extensiva el art. 23.2º.b) en relación al cdo. 13 del Reglamento. Se trata de una cuestión no exenta de controversia ya que si consideramos incluidos en el

⁶⁵ *Ibid.*, art. 23.2 i) y Cdo. nº 14.

⁶⁶ E. Castellanos Ruiz, “Sucesión hereditaria...”, *loc. cit.*, p. 610; J. M. Fontanellas Morell, “El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones. Aspectos de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. LXV, 2013, , pp. 284–290; R. S. Paz Lamela, “La exclusión de los *trusts* del futuro Reglamento Bruselas/Roma IV”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 447–464.

⁶⁷ P. H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, 10ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 100–104; y R. S. Paz Lamela, “La exclusión de los “*trusts*” ...”, *loc. cit.*, p. 454.

⁶⁸ El art. 23.22. b) del Reglamento sobre sucesiones internacionales dispone que la ley designada regirá, en particular, “la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites”.

⁶⁹ *Ibid.*, Cdo. nº 47.

término “beneficiarios” a los beneficiarios del *trust* la *lex successionis* designada por el Reglamento estaría regulando una cuestión propia de su creación o constitución –pues es bien sabido que la existencia de un *trust* no es posible sin la clara identificación de la identidad del beneficiario en el momento de su constitución, conforme a los requerimientos de la denominada “*certainty of object*”⁷⁰–, que, como he señalado anteriormente, queda expresamente excluida del ámbito la aplicación del Reglamento.

En definitiva, no sería posible llevar a cabo una interpretación extensiva del término “beneficiario” hasta el punto de considerar integrados en el mismo a los “*beneficiaries*” de un *trust* testamentario⁷¹. De ser así, se plantearía una evidente contradicción entre la limitación prevista en el art. 1 del Reglamento, que excluye la creación, administración y disolución de *trusts* de su ámbito de aplicación, y la declaración de su cdo. 13 donde dispone que la *lex successionis* regulará la determinación de los beneficiarios.

B) Razones que justifican esta exclusión

Al socaire de la armonización de las normas de conflicto que en materia sucesoria lleva a cabo el Reglamento sobre sucesiones, cabe pensar que podía haber sido una magnífica ocasión para regular la figura de los *trusts* sucesorios y, en particular, del *trust* testamentario. Empero, el legislador decidió excluirlo en aras a no agudizar aún más el conflicto que genera esta figura entre los sistemas de *civil law* y *common law*. De este modo, se evita que los primeros se vean forzados a reconocer un *trust* testamentario incluido de forma voluntaria por el testador en una disposición *mortis causa* que permite al *settlor* designar de forma discrecional a los beneficiarios del mismo, teniendo en cuenta lo que esto podría representar en relación a las legítimas y las demás restricciones a la libertad de testar reguladas en las disposiciones nacionales de los países de *civil law*.

Además, parece cuanto menos dudoso que el Reglamento pudiese ser el instrumento más adecuado para regular una institución que resulta desconocida en la mayoría de los países de la Unión Europea –a excepción de Reino Unido, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Chipre y Francia que ya han firmado y/o ratificado el Convenio de La Haya–. Precisamente, la existencia de este Convenio podría ser otro argumento de peso a la hora de (no) regular la figura del *trust* en el Reglamento, si se tiene en cuenta que la coexistencia de distintas

⁷⁰ En relación a los requisitos, o las denominadas “*three certainties*”, que todo *trust* testamentario ha de cumplir para su validez, vid. C. González Beilfuss, *El trust...*, *op. cit.*, pp. 32–35; y R. Lafuente Sánchez, “Testamentary trusts ...”, *loc. cit.*, pp. 109–110.

⁷¹ E. Castellanos Ruiz, “Sucesión hereditaria, Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional”, en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2014, p. 610; y R.S. Paz Lamela, “La exclusión de los “*trusts*”...”, *loc. cit.*, p. 453.

normas de conflicto en esta materia podría plantear dificultades en lugar de coadyuvar a la aproximación de esta institución a los sistemas donde aún es desconocida y facilitar el uso de la misma. Como bien explican algunos autores, la existencia de este Convenio ha influido en exclusión del *trust* del Reglamento sobre sucesiones por la duplicidad que se podría generar⁷².

3. El Convenio sobre la ley aplicable al trust y a su reconocimiento⁷³

El Convenio reconoce el *trust* como una institución jurídica específica desarrollada por los tribunales de equidad en los países de *common law* e incorpora un conjunto de normas que tienen por objeto determinar la ley aplicable al *trust* y regular su reconocimiento⁷⁴. Conviene recordar, en primer lugar, que el Convenio no introduce el concepto del *trust* en las legislaciones nacionales de los Estados firmantes sino que facilita el reconocimiento de esta figura cuando haya sido creada de conformidad con la ley designada por el Convenio. Por lo tanto, incorpora normas de conflicto para determinar la ley aplicable al trusts y acto seguido las reglas aplicables para su reconocimiento. Al referirse al *trust* como el conjunto de relaciones jurídicas creadas –por acto *inter vivos* o *mortis causa*–, creados voluntariamente y cuya prueba conste por escrito⁷⁵, está incluyendo expresamente en su ámbito de aplicación a los trusts testamentarios.

No obstante, el Convenio “no se aplicará a cuestiones preliminares relativas a la validez de los testamentos u otros actos jurídicos en virtud de los cuales se

⁷² Vid., por todos, G. Biagioni, “L’ambito di applicazione del regolamento sulle successioni”, en P. Franzina y A. Leandro (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio Nazionale del Notariato Collana Studi, 2013, Milán, Giuffrè, 2013, p. 43.

⁷³ La bibliografía existente en relación al Convenio de La Haya es muy extensa. Vid., por todos, los siguientes trabajos: A. E. von Overbeck, “Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention”, *doc. cit.*, 1–10; J. Harris, *The Hague Trusts ...*, *op. cit.*; D. W. M. Waters, “The Hague trusts Convention twenty years on”, en M. Graziadei, U. Mattei y L. Smith (eds), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; D. Hayton, “The Hague Convention on the Law applicable ...”, *loc. cit.*, pp. 260–282; H. Kötz, “The Hague Convention on the Law applicable to trusts and their recognition”, en D. Hayton (ed) *Modern international developments in trust law*, Londres, Kluwer Law International, 1999, pp. 37–48; M. O’Sullivan, “The Hague Convention on Trusts—Further considerations” *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 2, 1993, pp. 65 ss.; D. Hayton, “The Hague Convention on Trusts: A little is better than nothing but why so little?” *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 1994, pp. 23–29; C. Jauffret-Spinosi, “La Convention de la Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”, *Journ. dr. int.*, n° 114, 1987, pp. 23–55; E. Gaillard, “Les enseignements de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”, *Revue juridique et politique*, 1990, p. 304; E. Gaillard y D.T. Trautman, “La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, p. 1.

⁷⁴ Art. 1 del Convenio de La Haya.

⁷⁵ *Ibid.*, arts. 2 y 3.

transfieran bienes al *trustee*⁷⁶. De este modo, la ley designada por el Convenio regulará únicamente la constitución del *trust* pero no la validez de los actos jurídicos en virtud de los cuales se transfieren los bienes al *trust*. Al igual que sucede al aplicar el Reglamento sobre sucesiones hay que distinguir claramente entre la validez del testamento en el que se constituye el *trust* y las relaciones jurídicas que genera. Como he señalado antes, estos aspectos se regirán por leyes diferentes si bien cabe la posibilidad de que en algunos supuestos pueda coincidir. El Convenio, tampoco será de aplicación cuando la ley designada como aplicable desconozca la institución del *trust* o la clase de *trust* de que se trate,⁷⁷ por ejemplo, si la ley designada fuese la ley española.

Como regla general dispone la libertad de elección por parte del *settlor* –el causante, en el supuesto de los *trusts* testamentarios– de la ley aplicable al *trust*, elección que ha de ser expresa o resultar implícita de las disposiciones del instrumento por el que se constituye el *trust*, en este caso del testamento del causante. Además, no establece ninguna limitación sino que concede libertad absoluta para elegir la ley aplicable al *trust* siempre que no se trate de una ley que desconozca la institución del *trust* o la categoría de *trust* de que se trate⁷⁸. En ausencia de elección de ley aplicable, o cuando la designada desconozca la institución o la categoría de *trust*, el Convenio dispone que el *trust* se regirá por la ley con la que esté más estrechamente vinculado, considerando a estos efectos el lugar de la administración del *trust*, la localización de sus bienes, su lugar de residencia o actividad, o el lugar donde deban cumplirse sus objetivos⁷⁹.

El Convenio también favorece cierta flexibilidad en relación a la ley aplicable permitiendo el *dépeçage* o aplicación de diferentes leyes siempre que se trate de “... cualquier elemento del *trust* que sea separable, en particular lo que respecta a su administración”. Finalmente, si bien no admite el cambio de ley aplicable al *trust*, establece una norma de conflicto para determinar la validez de ese cambio cuando dispone que “... la ley aplicable a la validez del *trust* determinará si dicha ley o la ley aplicable a un elemento separable del *trust* puede ser sustituida por otra ley”⁸⁰.

Pues bien, la no aplicación del Convenio de La Haya en nuestro ordenamiento jurídico hace que, en ausencia de norma de conflicto específica para determinar la ley aplicable al *trust*, tengamos que recurrir a la búsqueda de una solución conflictual que no es completamente satisfactoria ni está exenta de críticas por los resultados jurisprudenciales obtenidos hasta la fecha. Si bien las soluciones

⁷⁶ *Ibid.*, art. 4.

⁷⁷ *Ibid.*, art. 5.

⁷⁸ *Ibid.*, art. 6.

⁷⁹ *Ibid.*, art. 7.

⁸⁰ *Ibid.*, arts. 9 y 10.

que aporta el Convenio se inspiran en las normas aplicables en los países donde esa institución se ha desarrollado podría contribuir a la unificación de las normas de Derecho internacional privado esa materia aunque fuese de forma parcial y ayudaría, por ejemplo, a superar los problemas de calificación con el que ahora nos enfrentamos en nuestro ordenamiento jurídico⁸¹.

4. Derecho español y norma de conflicto aplicable

A) Alcance de la regulación de los *trusts* testamentarios y soluciones conflictuales

Siendo el *trust* una institución desconocida en el Derecho español no resulta factible encontrar en nuestro Derecho intencional privado una norma de conflicto que determine la ley aplicable a los *trusts* testamentarios. Esta laguna legal plantea una solución ciertamente difícil considerando, además, que la institución del *trust* no presenta caracteres comunes con otras instituciones en nuestro ordenamiento jurídico que faciliten su integración. Consecuencia de todo ello será la ausencia de efecto de esa institución en España.

Por ello, resulta necesario acudir al Derecho comparado con el fin de encontrar una solución conflictual a partir de los principios generales del Derecho internacional privado. En este sentido, una posible solución sería calificar la institución del *trust* con arreglo a la función que desarrolla en el ordenamiento jurídico de origen para intentar equipararla a una institución que en el Derecho español desarrolle una función similar siempre que esto sea factible, pues del estudio de esta institución se pone de manifiesto que desarrolla funciones desconocidas en Derecho español. Esta tesis, denominada de la “calificación por la función”, es considerada por una parte de la doctrina española como un mecanismo apropiado para integrar esta laguna⁸². En este sentido, se equipara la función sucesoria desarrollada por la figura del testamento en nuestro ordenamiento jurídico con la que lleva a cabo el *trust* testamentario en los sistemas de *common law*, donde el *trustee* quedaría asimilado a un ejecutor testamentario y los beneficiarios del *trust* a los herederos⁸³. Si bien no se trata de una equivalencia absoluta puede resultar suficiente a estos efectos y permitiría aplicar la norma de conflicto prevista en el art. 9.8º Cc que regula la sucesión por causa de muerte a los *trusts* testamentarios.

⁸¹ C. González Beilfuss, *El trust...*, *op. cit.*, p. 58.

⁸² E. Castellanos Ruiz, “Sucesión hereditaria ...”, *loc. cit.*, p. 612–614; *id.*, “El *trust* en el Derecho sucesorio español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 704, 2007, p. 2448.

⁸³ A. Dyer, “Introductory Note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition”, *Uniform L. Rev.*, 1985, p. 274.

Efectivamente, el *trust* testamentario tiene una vocación inequívoca de organizar la sucesión del testador (*settlor*) y, aún cuando se haya constituido con anterioridad, no entrará en vigor hasta después de su muerte. Además, aunque el *trust* pudiese catalogarse como una donación también en este caso podría calificarse como una institución de naturaleza sucesoria y aplicar la norma de conflicto prevista en el 9.8º Cc, pues en nuestro Derecho “las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria”⁸⁴. Aceptando esta solución la ley aplicable a los *trusts* testamentarios sería la ley nacional del causante, es decir, del *settlor*, al tiempo del otorgamiento de las disposiciones testamentarias en las que constituye el *trust*, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento.

En fin, conviene recordar que con la aplicación del Reglamento sobre sucesiones internacionales quedará desplazada la regla general establecida en el art. 9.8º Cc que prevé como único punto de conexión la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento, si bien conservan su validez las disposiciones hechas en testamento conforme a la ley nacional del testador en el momento de su otorgamiento cuando ésta no coincida con la ley que rija la sucesión, teniendo en cuenta que el Reglamento contiene normas de conflicto de naturaleza universal que sustituirán a las normas estatales que actualmente regulan las sucesiones internacionales y dejarán inaplicable el mencionado precepto. De este modo, la solución conflictual prevista en el Reglamento sobre sucesiones internacionales nos llevará a aplicar como primer punto de conexión a las sucesiones la ley nacional del causante elegida por este a través de la *professio iuris* –ya sea la ley de un Estado miembro o la de un tercer Estado–, o la ley del país de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, como segunda conexión⁸⁵. Pues bien, esta solución implica que, a pesar de la exclusión de los *trusts* testamentarios del ámbito de aplicación del Reglamento sobre sucesiones, éste puede resultar aplicable a esta institución a través del mecanismo de la “calificación por la función” al que antes me he referido, ya que al equiparar el *trust* testamentario a la función sucesoria desarrollada por el testamento en nuestro derecho se consigue aplicar al mismo la norma de conflicto prevista en la ley sucesoria española, en definitiva, el Reglamento sobre sucesiones internacionales.

Sin embargo, esta propuesta también encuentra numerosos detractores que fundamentan sus objeciones en la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico

⁸⁴ Art. 620 del Código Civil. En la doctrina, Vid. M. Checa Martínez, *El trust angloamericano ...*, op. cit., pp. 129–130.

⁸⁵ Arts. 21, 22 y 23 del Reglamento sobre sucesiones internacionales, aplicable desde el 17 agosto 2015.

de una institución que funcione de manera equivalente al *trust* y en los riesgos que conlleva la equiparación de esta institución con múltiples y diversas figuras contractuales, dependiendo del país de que se trate, ya que esto puede desembocar en la desnaturalización de esta figura y conducir a resultados poco satisfactorios⁸⁶. Este sector doctrinal que considera inadecuada la tesis de la “calificación por la función” defiende la búsqueda de una solución conflictual a partir de principios generales de Derecho internacional privado y, en particular, del “principio de proximidad” o “vinculación más estrecha”⁸⁷. Una primera propuesta plantea que el *trust* se rija por la ley elegida por el *settlor* o causante, solución que puede justificarse con base al criterio de la autonomía de la voluntad que constituye un principio general de Derecho internacional privado ampliamente aceptado en el ámbito patrimonial. Además, esta circunstancia permite al *settlor* optar por una ley estatal que regule esta figura lo que le dotaría de previsibilidad y evitaría los problemas que se plantean cuando la ley aplicable es la de un Estado que desconoce esta institución. Precisamente, para evitar estos problemas el Convenio de La Haya dispone que no será de aplicación cuando la ley designada como aplicable según el Convenio desconozca la institución del *trust* o la clase de *trust* de que se trate.

En defecto de elección la ley aplicable será la del país con el que el *trust* presente los vínculos más estrechos, para lo que habrán de tomarse en consideración aquellos indicios que permitan encontrar la solución más apropiada a cada caso concreto –v.gr., el lugar de situación de los bienes, el lugar donde ejerce su actividad el *trustee*, el lugar de su administración, o donde hayan de cumplirse los objetivos del *trust*–. Sin lugar a dudas, en los *trusts* testamentarios un indicio relevante ha de ser el país cuya ley rige la sucesión *mortis causa* de tal forma que ésta podría ser una solución ampliamente aceptada: la coincidencia de la *lex successionis* y la ley que rige el *trust* porque no solo responde al principio de proximidad con la relación jurídica sino que también aporta previsibilidad en relación a la ley que será aplicable al *trust*⁸⁸.

⁸⁶ Vid., al respecto., C. González Beilfuss, *El trust...*, op. cit., p. 82; J. Carrascosa González, “Derechos ...”, loc. cit., p. 1.056; id., *El Reglamento sucesorio europeo ...*, op. cit., p. 253 citando a D. Bureau, y H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale* y t. II, *Partie spéciale*, 2ª ed., París, PUF, 2010, p. 252; y B. Ubertazzi, “The trust in spanish and italian private international law: Part II”, *Trusts & Trustees*, vol. 13, nº 1, 2007, p. 11.

⁸⁷ M.A. Asín Cabrera, “La ley aplicable al trust ...”, loc. cit., pp. 2089–2120; M. Checa Martínez, *El trust angloamericano ...*, op. cit., pp. 31–34, 112–117 y 133–140; P. Mayer. y V. Heuzé, *Droit International privé*, París, Montchrestien, 2010, pp. 583–610; A.F. Schnitzer, “Les contrats internationaux en droit international privé suisse”, *Recueil des Cours*, t. 123, 1968, pp. 541–636; E. Vitta, *Dirito internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Turín, UTET, 1989, pp. 291–312.

⁸⁸ J. Carrascosa González, “Derechos ...”, loc. cit., p. 1.056–1.057; id., *El Reglamento sucesorio europeo ...*, op. cit., p. 254.

En definitiva, la solución propuesta por la doctrina coincide con los criterios establecidos en el Convenio de La Haya para determinar la ley aplicable al *trust* tal y como he señalado anteriormente; en primer lugar, la ley elegida por el *settlor* (principio de autonomía de la voluntad de las partes) y, en su defecto, la ley con la que se encuentre más estrechamente vinculado. En mi opinión, esta solución resulta más adecuada teniendo en cuenta que responde a criterios más reales, elimina los riesgos de desnaturalización de la figura del *trust* testamentario que se producen aplicando el método funcional y, en definitiva, facilita una solución conflictual más apropiada en esta materia. Por este motivo considero que las soluciones que aporta el Convenio podrían resultar de gran utilidad en nuestro ordenamiento jurídico teniendo en cuenta esta aproximación de conceptos.

B) Decisiones judiciales en esta materia

¿Cual ha sido la respuesta que han dado los tribunales españoles cuando se ha planteado esta cuestión? Aunque la figura del *trust* anglosajón se encuentra cada vez más presente en la esfera jurídica española no es muy habitual que esta cuestión se plantee ante nuestros tribunales. En concreto, ante nuestro Tribunal Supremo se ha planteado en una sola ocasión con motivo de un *trust mortis causa* constituido de conformidad con la legislación del estado de Arizona por un causante de nacionalidad norteamericana. En su Sentencia de 30 abril 2008⁸⁹, el Tribunal Supremo señalaba que esa figura resultaba desconocida en derecho español y que no existía norma de conflicto específica en nuestro ordenamiento jurídico para determinar el Derecho material aplicable. Ante esta laguna, el Tribunal Supremo consideró que había que acudir a la norma de conflicto propia de la sucesión *mortis causa*, es decir, al art. 9.8º Cc que remite a la ley nacional del causante, en ese caso la ley del Estado de Arizona. De este modo, el Tribunal Supremo aplicó la solución de la “calificación por la función” y consideró que en el Derecho español la sucesión *mortis causa* cumple una función (sucesoria) equivalente a la que desarrolla el *trust mortis causa* en el derecho angloamericano.

Sin embargo, para determinar la validez del *trust* en lugar de aplicar el Derecho material sucesorio español aplicó la norma de conflicto en materia de sucesiones *mortis causa*, de nuevo el art. 9.8º Cc, que remite a la ley nacional del causante, la ley del Estado de Arizona, pese a que esta ley no fue aplicada por falta de prueba del contenido del derecho extranjero aplicable y el Tribunal aplicó de forma supletoria la legislación española. El resultado fue el rechazo de la validez del *trust mortis causa* por ser desconocido en el Derecho español. Por lo tanto, también desde el punto de vista material, esta figura resulta incompatible

⁸⁹ STS 1ª 30 abril 2008, *cit.*

con las normas sucesorias del Derecho español y, así, el Tribunal Supremo señalaba:

“Hay que reiterar la necesidad en que se encuentra el juez español de aplicar al caso su propio ordenamiento jurídico a falta de prueba adecuada sobre el Derecho extranjero, que resultaría aplicable según la norma de conflicto; por lo que, no siendo reconocida la figura jurídica del *trust* ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho, a partir de las cuales resulta correcta la adjudicación de la mitad indivisa del chalet a que se ha hecho referencia”⁹⁰.

Las consecuencias que pueden extraerse de esta Sentencia son, de una parte, la confirmación de que el *trust* es una institución desconocida en nuestro ordenamiento jurídico y, de otra, el reconocimiento por parte del Tribunal de la tesis de la “calificación por su función” con el fin de calificar la institución del *trust*, obteniendo como resultado su equiparación a la sucesión *mortis causa* y, consecuentemente, la aplicación de la norma de conflicto prevista en el art. 9.8º Cc. Llegados a este punto, hay que señalar que la declaración de invalidez en España del *trust mortis causa* deviene de la falta de acreditación del derecho extranjero aplicable al mismo. Hay que pensar, por lo tanto, que no se trata de una invalidez con carácter general y que el mismo habría sido admitido si las partes hubiesen probado el Derecho extranjero aplicable.

Con posterioridad a esta Sentencia, la Audiencia Provincial de Jaén⁹¹ tuvo ocasión de pronunciarse sobre la ley aplicable a las disposiciones de un testamento y un *trust* complementario constituidos en la misma fecha –*living trust* o *trust inter vivos* revocable– y otorgados por una causante española de acuerdo a la legislación del Estado de Illinois (EE UU). La principal virtud de esta Sentencia radica en que sabe discernir entre la figura del *trust* y el testamento que, de forma simultánea, había otorgado y creado, respectivamente, la causante española. En relación al *trust*, la Audiencia Provincial reitera la doctrina del Tribunal Supremo para referirse al *trust* anglosajón como una institución desconocida y la ausencia de norma española de derecho material aplicable, si bien remarca “... sin que ello signifique que acreditado el contenido de la legislación que lo regula [al *trust* anglosajón], no se pueda determinar su aplicabilidad ...”⁹². Por lo que respecta al testamento, la Audiencia Provincial distingue de manera clara y meridiana, de una parte, la ley aplicable a su validez formal –la ley de Illinois por ser el lugar en el que se otorgó de conformidad con el Convenio de La Haya de 1961 sobre la ley aplicable a la forma de los testamen-

⁹⁰ *Ibid.*, FD Quinto.

⁹¹ SAP Jaén 25 marzo 2010 (JUR 2010/195070).

⁹² *Ibid.*, FD Tercero.

tos— y, de otra, la ley aplicable a su validez material —la ley española por ser la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, de conformidad con el art. 9.8º Cc—.

De este modo, podría decirse que la Audiencia Provincial aplicó también la tesis de la “calificación por la función” considerando que la figura del testamento desempeña una función similar a la del *trust* testamentario. Obviamente, esto implica reconocer que la norma de conflicto del art. 9.8º Cc será la que determine la ley aplicable a los *trusts* testamentarios, es decir, la ley nacional del causante (*settlor*) en el momento del otorgamiento del *trust*⁹³.

En resumen, resulta evidente que la doctrina de nuestros tribunales tampoco ha contribuido, de momento, a aportar luz sobre esta cuestión.

C) La posible coexistencia entre la legítima y los *trusts* testamentarios

De conformidad con la tesis de la “calificación por la función”, seguida por la doctrina jurisprudencial española, una vez aplicada la norma de conflicto del art. 9.8º Cc —que, como ya he señalado quedará inaplicado a partir de la aplicación del Reglamento sobre sucesiones⁹⁴—, y determinada la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, pueden plantearse dos supuestos claramente diferenciados:

i) Que la ley nacional del causante sea una ley extranjera donde se regula y reconoce la figura del *trust* testamentario. En ese caso, tendrá que ser aplicada en España y el *trust* producirá efectos jurídicos —supuestamente, así habría sucedido en la STS 30 abril 2008 si las partes hubiesen probado el derecho extranjero aplicable al caso—. Ahora bien, se planteará la compatibilidad del *trust* con el sistema de legítimas que el Derecho español prevé en favor de los herederos forzosos⁹⁵. Entonces, si el *trust* testamentario se hubiese constituido con arreglo a un derecho extranjero que no reconoce el sistema de legítimas, *v.gr.*, el derecho inglés cuyo Derecho sucesorio se fundamenta en el principio de libertad de testar —si bien es cierto que con algunas limitaciones—,⁹⁶ el *trust* será válido y producirá efectos en España sin que el tribunal español pueda aplicar las legítimas con el fin de invalidar el *trust* porque constituyen un principio de orden público interno español pero no de orden público internacional. Este es el parecer de un sector mayoritario de la doctrina española frente a la interpretación que

⁹³ E. Castellanos Ruiz, “Sucesión hereditaria...”, *loc. cit.*, p. 614.

⁹⁴ Art. 21 del Reglamento sobre sucesiones internacionales.

⁹⁵ Arts. 806 ss Cc.

⁹⁶ *Vid.*, Chapter 63 of the Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63> (página consultada el 25 mayo 2015).

hacia la STS 23 octubre 1992 donde manifestaba que las legítimas pueden ser consideradas de orden público en nuestro derecho lo que impediría la aplicación del derecho extranjero⁹⁷. Posteriormente, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 noviembre 1996⁹⁸ volvía a pronunciarse sobre este tema y declaraba que la legítima no pertenece a materia protegida por el orden público interno. Sin embargo, tal y como acertadamente ha señalado alguna autora, esta frase no tiene sentido porque contradice de pleno su anterior doctrina por lo que hay que entender que el Tribunal Supremo se refiere al orden público internacional⁹⁹ coincidiendo, así, con la posición mantenida por la doctrina en esta materia. Esto significa que las disposiciones de orden público de la *lex fori* no pueden aplicarse con independencia de la ley aplicable a la sucesión internacional y, en este caso, no podrán hacerse valer para limitar el principio de libertad de testar en el que se basa el *trust* testamentario en el Derecho anglosajón

También podría suceder que las normas de Derecho internacional privado de la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento prevean un reenvío a la ley española. De hecho, el Reglamento sobre sucesiones internacionales admite el reenvío llevado a cabo por la norma de conflicto extranjera tanto a la ley de un Estado miembro –reenvío de primer grado o reenvío de retorno– cuanto a la ley de un tercer Estado –reenvío de segundo grado–¹⁰⁰. En este caso habrá que aceptarlo a fin de garantizar la coherencia internacional excepto cuando el causante haya elegido la ley de un tercer Estado ya que, de otro modo, con la aplicación del reenvío se estaría dejando sin efecto la *professio iuris*¹⁰¹. Así, por ejemplo, el reenvío efectuado por las normas inglesas de Derecho internacional privado al derecho material español supondría la aplicación del derecho sucesorio español incluyendo la legítima.

⁹⁷ STS 23 octubre 1992, *cit.* La doctrina, sin embargo, consideran que las legítimas son una limitación de orden público interno español en materia sucesoria pero no forman parte del orden público internacional del foro. *Vid.*, por todos, C. González Beilfuss, *El trust...*, *op. cit.*, p. 83; J. Carrascosa González, “El *trust* angloamericano y el Derecho internacional privado español”, en E. Arroyo Amayuelas (dir.), *El trust en el Derecho Civil*, Bosh, Barcelona, 2007, p. 375; y J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 156–157.

⁹⁸ STS 15 noviembre 1996 (ROJ: STS 6401/1996).

⁹⁹ *Vid.*, E. Castellanos Ruiz, “El *trust* en el Derecho ...”, *loc. cit.*, p. 2458.

¹⁰⁰ El art. 34 del Reglamento sobre sucesiones internacionales dispone: “La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a: a) la ley de un Estado miembro ...”

¹⁰¹ *Vid.* Cdo. 57 del Reglamento sobre sucesiones internacionales. Hasta ahora, en nuestro ordenamiento jurídico el reenvío se ha venido admitiendo por parte de nuestro Tribunal Supremo siempre que así se garantice la unidad legal de la sucesión. *Vid.*, al respecto las STS de 15 noviembre 1996, Sala de lo Civil (SOJ: STS 6401/1996); STS de 21 mayo 1999, Sala de lo Civil (SOJ: STS 3532/1999); y STS de 23 septiembre 2002, Sala de lo Civil (SOJ: STS 6053/2002).

ii) Si, por el contrario, la *lex successionis* designada por la norma de conflicto es una ley que desconoce la institución del *trust*, por ejemplo, la ley española, habrá que aplicar la tesis de la “calificación por la función”, o sea, localizar una institución que, en la medida de lo posible, desarrolle en Derecho español una función equivalente a la del *trust* testamentario en los sistemas de *common law*. Como he señalado anteriormente, ésta podría ser la sucesión testada si bien no resulta tarea fácil aplicar las normas de Derecho español previstas para la sucesión por causa de muerte a los *trust* testamentarios por el sistema de legítimas previsto en favor de los herederos forzosos, tanto en el Derecho civil común cuanto en el Derecho foral.

Desde la perspectiva de los tribunales de un país perteneciente al sistema de *common law* la aplicación de la ley española al *trust* supondría el respeto del derecho de legítima previsto en la legislación española para poder dar efecto a las disposiciones del *trust*. De no ser así, el *trust* no tendría eficacia salvo que se hiciese compatible con los derechos de los legitimarios mediante la reducción de los bienes aportados al mismo en la medida necesaria para satisfacer los derechos de los herederos forzosos¹⁰². En cualquier caso esta hipótesis resultará inaplicable cuando sea de aplicación el Convenio de La Haya por tratarse de una ley, la española, que desconoce la institución del *trust*¹⁰³.

Ciertamente, el sistema de legítimas constituye una limitación al reconocimiento de los *trusts* testamentarios pudiendo cuestionar su validez y eficacia si no respetan las mismas ya que se trata de normas imperativas en materia sucesoria¹⁰⁴. La solución más fácil sería declarar que el *trust* así constituido es nulo aunque cabe la posibilidad de compatibilizar el *trust* y las legítimas y, en ese caso, sería válido en la medida en que pueda reducirse con el fin de no perjudicar los derechos legítimos que corresponden a los herederos forzosos.

En definitiva, se trata de conciliar el *trust* con las disposiciones imperativas de la *lex successionis* para lo cual los herederos forzosos tendrán que recibir sus bienes o derechos vía legítima y, a partir de ahí, el resto de bienes o derechos que les puedan corresponder a través del *trust* testamentario. Ello es así por la división del derecho de propiedad que existe sobre los bienes objeto de *trust*

¹⁰² A. Braun, “Italy”, en J. Glasson y G. W. Thomas (eds.), *The International Trust*, 2ª ed., Bristol, Jordans, 2006, p. 813; A. Duckworth, “Forced heirship and the trust”, en J. Glasson y G. W. Thomas (eds.), *The International Trust*, 2ª ed., Bristol, Jordans, 2006; D. Hayton, “Forced heirship and the trust”, en D. Hayton (ed.), *The International Trust*, 3ª ed., Bristol, Jordans, 2011, p. 714; y J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio europeo...*, op. cit., pp. 255-256.

¹⁰³ Vid. art. 5 del Convenio de La Haya.

¹⁰⁴ Vid. arts. 806 ss Cc.

contrariamente al régimen de plena propiedad que caracteriza a los bienes que forman parte de la legítima, tal y como dispone el Código Civil¹⁰⁵.

Por consiguiente, cuando sea de aplicación el Derecho material español el *trust* testamentario será válido y producirá efectos en tanto en cuanto respete la legítima de los herederos forzosos –por ejemplo, si afecta únicamente a la parte de libre disposición– o, de no ser así, si se reduce en la medida necesaria para cumplir este objetivo. Únicamente en el supuesto de que esta reducción no pudiese llevarse a cabo y, consiguientemente, no pudiesen respetarse las legítimas, el *trust* podría ser declarado nulo o parcialmente nulo en relación a la parte correspondiente a las legítimas¹⁰⁶.

Finalmente, ¿cuál podría ser la solución a la luz de una futura e hipotética firma y ratificación mayoritaria del Convenio de La Haya por parte de los Estados de la Unión Europea o, al menos, tras la firma de ese Convenio por España?. En este sentido, tal vez podría pensarse que uno de los principales obstáculos para la ratificación del Convenio es la incompatibilidad entre el mismo y la protección de los herederos forzosos prevista en nuestro derecho de sucesiones. Sin embargo, el Convenio establece normas imperativas con el fin de garantizar “los derechos de sucesión testada e intestada y, en particular, las porciones de bienes de que el testador no pueda disponer”, por ejemplo, las legítimas. De este modo, el Convenio no constituye un obstáculo para la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto del foro “... cuando estas disposiciones no puedan excluirse en virtud de una manifestación de voluntad...”¹⁰⁷, y cuando el *trust* testamentario infrinja una norma imperativa de la *lex successionis*, como la legítima, procederá su reducción hasta hacerlo compatible con el derecho de legítima¹⁰⁸.

V. Consideraciones finales

Pese a tratarse de una institución desconocida en Derecho español, el gran desarrollo internacional que ha experimentado la figura del *trust*, unido al alto grado de movilidad de los ciudadanos en la Unión Europea y al aumento expo-

¹⁰⁵ El art. 813 Cc dispone que el testador no podrá imponer sobre la legítima “...gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el art. 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”. Vid. J. Carrascosa González, “El *trust* angloamericano ...”, *loc. cit.*, pp. 376–377; y E. Castellanos Ruiz, “El *trust* en el Derecho ...”, *loc. cit.*, p. 2.461.

¹⁰⁶ J. Carrascosa González, “El *trust* angloamericano ...”, *loc. cit.*, pp. 376–377; E. Castellanos Ruiz, “El *trust* en el Derecho ...”, *loc. cit.*, p. 2.464; y M. Checa Martínez, *El trust angloamericano ...*, *op. cit.*, pp. 32, esp. pp. 136–139.

¹⁰⁷ Art. 15 Convenio de La Haya.

¹⁰⁸ A.E. Von Overbeck, “Explanatory Report ...”, *loc. cit.*, pp. 381 y 403.

nencial de sucesiones que presentan una dimensión internacional, hace que en la práctica jurídica se planteen cuestiones importantes relacionadas con el derecho sucesorio y los *trusts* testamentarios. En esos casos, tanto los abogados y notarios cuanto los jueces y tribunales españoles han de dar una respuesta válida y satisfactoria a estos conflictos, una tarea que resulta complicada no solo por el desconocimiento de la institución sino, igualmente, por la ausencia de normas específicas aplicables a la misma.

Como he puesto de manifiesto en este trabajo, en el momento actual las normas de Derecho internacional privado español no aportan soluciones satisfactorias para aquellos supuestos relacionados con los *trust* testamentarios. Por este motivo, la apuesta por la ratificación del Convenio de La Haya debería ser una prioridad en nuestro país. Es cierto que no faltan argumentos razonables y razonados en contra de esta propuesta si tenemos en cuenta: a) que se trata de una institución propia de los sistemas de *common law* totalmente ajena a los sistemas de Derecho civil; b) que su reconocimiento y uso podría contribuir a la salida de capitales de nuestro país e incluso a la evasión de impuestos; c) que esta institución reconoce la división del derecho de propiedad contrariamente al derecho de unidad consagrado en nuestro sistema jurídico; y d) que puede plantear problemas de aplicación por su concepción antagónica con el sistema de legítimas previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, todos estos argumentos se pueden refutar y el ejemplo de algunos países de nuestro entorno que ya han ratificado el Convenio puede ser ilustrativo. En cualquier caso, se trata de utilizar esta figura jurídica para fines que no contravengan las normas en vigor impidiendo su aplicación en fraude de ley, por ejemplo, para la evasión de impuestos o el blanqueo de capitales, cuestión que podría lograrse con una adecuada regulación de esta institución. Además, el Convenio aporta soluciones a algunas de las cuestiones más delicadas antes planteadas, v.gr., el tema de las legítimas ya que reconoce ciertos límites al *trust* y establece disposiciones imperativas de la *lex successionis* para garantizar las porciones de bienes de que el testador no pueda disponer¹⁰⁹. De este modo, los *trusts* testamentarios constituidos con arreglo al derecho de un Estado cuyo sistema jurídico reconoce y regula esta institución pueden coexistir con el sistema de legítimas garantizado en Derecho español.

A su vez, las ventajas que puede aportar la ratificación del Convenio de La Haya son múltiples y variadas; en primer lugar, la introducción del concepto de

¹⁰⁹ El art. 15 del Convenio de La Haya dispone: “El Convenio no obsta a la aplicación de las disposiciones de la ley designada por las normas de conflicto del foro, en la medida en que estas disposiciones no puedan excluirse en virtud de una manifestación de voluntad, en particular en las siguientes materias: [...] c) los derechos de sucesión testada e intestada y, en particular, las porciones de bienes de que el testador no pueda disponer...”.

esta institución en la práctica jurídica española; en segundo lugar, la unificación de las normas de conflicto y de derecho material aplicable al *trust* que reduciría la problemática que se le plantea a nuestros tribunales a la hora de determinar la norma de conflicto aplicable a esta institución y contribuiría a alcanzar soluciones más satisfactorias que las logradas hasta la fecha; en tercer lugar, el reconocimiento de los *trusts* testamentarios constituidos con arreglo a la ley de otro Estado determinada con arreglo al Convenio; en fin, teniendo en cuenta que ninguna institución sucesoria en nuestro Derecho puede llevar a cabo todas las funciones que el *trust* testamentario desarrolla –gestión de la propiedad, protección de la familia y el patrimonio, aspectos fiscales...– la flexibilidad que podría aportar esta institución puede ser otro argumento importante a favor de la ratificación del Convenio.

Asimismo, la aplicación del Convenio de La Haya en nuestro país se complementaría con el Convenio sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias¹¹⁰, ya ratificado por España, al objeto de solventar los problemas de validez formal de constitución de los *trusts* testamentarios. Aunque se trataría de una solución parcial, porque el número de Estados que han firmado y ratificado los dos Convenios es aún limitado, podría constituir un paso adelante a la espera de que fructifiquen otros proyectos más ambiciosos como la propuesta de armonización del Derecho privado en la Unión Europea contenida en el *Draft Common Frame of Reference*.

Por todo ello, en la línea ya expresada por una parte de la doctrina española que valora positivamente las soluciones que aporta el Convenio de La Haya¹¹¹, me posiciono a favor de la regulación del *trust* en España aunque para ello, y en ausencia de una regulación en el seno de la Unión Europea, haya que ratificar el mencionado Convenio pues considero que su aplicación podría aportar elementos eficaces en nuestro ordenamiento jurídico desde la perspectiva del Derecho internacional privado y dar solución a algunos de los problemas que se han puesto de relieve en este trabajo.

Mientras tanto, la utilización de los instrumentos en vigor debería servir para aportar soluciones en esta materia. En particular, el Reglamento sobre sucesiones internacionales que, si bien excluye de su ámbito de aplicación de manera

¹¹⁰ Convenio de 5 octubre 1961, ratificado hasta la fecha por 17 de los 28 Estados miembros de la Unión Europea, a saber: Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y Suecia; firmado también, a falta de ratificación, por Italia y Portugal. Vid. http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=40 (página consultada el 25 mayo 2015).

¹¹¹ Vid., por todos, M.A. Asín Cabrera, “La ley aplicable al *trust*”, *loc. cit.*, p. 2117; C. González Beilfuss, *El trust...*, *op. cit.*, p. 132; S. Martín Santisteban, “La figura del *trust* en los Estados Unidos de América”, *InDret*, 2/2008, pp. 33–34; B. Ubertazzi, “The trust in Spanish ...”, *loc. cit.*, pp. 12–13.

parcial a los *trusts* testamentarios, aporta otros beneficios que han de ser mencionados. Como he señalado, el Reglamento regula la *professio iuris* en virtud de la cual el causante puede elegir, dentro de unos límites, la ley aplicable a su sucesión, en concreto, “la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento”¹¹². Pues bien, esta circunstancia puede facilitar de manera importante los problemas de calificación que se plantean en torno a la figura de los *trusts* testamentarios siempre que el causante haga coincidir la *lex successionis* así designada con la ley aplicable al *trust* constituido en la sucesión testada. Además, de este modo se evitará la aplicación del reenvío y las consecuencias negativas que este puede llevar aparejadas cuando remita a la ley de un Estado de Derecho civil donde se desconoce la figura del *trust*. Pero, sin duda alguna, esta armonización de las normas de conflicto en materia sucesoria sería más fructífera por lo que se refiere a los *trusts* testamentarios combinada con la aplicación de otras normas como el Convenio de La Haya o las normas que propone el *Draft Common Frame of Reference*.

Precisamente, este documento también incorpora una cuestión importante en esta materia al dar prioridad a las normas sucesorias, es decir, a la *lex successionis* del causante que ha constituido el *trust* testamentario para regular no solo todo lo relativo a la disposición de los bienes del causante sino también la disponibilidad del *settlor* para constituir con todos o parte de sus bienes el *trust* testamentario. Consecuentemente, las limitaciones que puedan existir en relación a las normas imperativas como las legítimas vendrán reguladas con arreglo a la *lex successionis*¹¹³. En definitiva, esta propuesta de armonización del Derecho privado en la Unión Europea podría contribuir, sin duda, a la convergencia entre los sistemas de *common law* y *civil law* y a la incorporación de la figura del *trust* en estos países y, en particular, en el ordenamiento jurídico español.

Bibliografía

- Arroyo Amayuelas, E. (coord.): *El trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007.
- Asín Cabrera, M. A.: “La ley aplicable al *trust* en el sistema de Derecho internacional privado español”, *Revista General de Derecho*, nº 547, 1990, pp. 2089–2120.
- Barrière, F.: *La reception du trust au travers de la fiducie*, LexisNexis, 2004.
- Beckner, D.A.R., Devaux A. y Ryznar, M.: “The Trust as More than a Common Law Creature”, *Ohio Northern University L. Rev.*, vol. 41, nº 1, 2014, pp. 91–119.

¹¹² Vid., el art. 22.1º Reglamento sobre sucesiones internacionales.

¹¹³ Vid., X. – 2:402: Priority of rules of succession law, Draft Common Frame of Reference (DCFR).

- Biagioni, G.: "L'ambito di applicazione del regolamento sulle successioni", en P. Franzina y A. Leandro. (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio Nazionale del Notariato Collana Studi, 2013, Milán, Giuffrè, 2013, pp. 25–58.
- Bonomi, A.: "Choice of Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A First Glance at the Commission's Proposal", en Boele-Woelki, K., Einhorn, T., Girsberger, D., y Symeonides, S., (eds.), *Convergence and divergence in Private international law – Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haya / Zurich, Eleven International Publishing / Schulthess, 2010, pp. 157–172.
- Braun, A.: "Trusts in the Draft Common Frame of Reference. The "Best Solution" for Europe?", *The Cambridge L. J.*, vol. 70, 2011, pp. 327–352.
- Braun, A., "Italy", en Glasson, J., y Thomas, G. W. (eds.): *The International Trust*, 2ª ed., Bristol, Jordans, 2006, pp. 795–824.
- Buerau, D. y Muir Watt, H.: *Droit international privé*, t. I, *Partie générale* y t. II, *Partie spéciale*, 2ª ed. París, Presses Universitaires de France (PUF), 2010.
- Cámara Lapuente, S.: "El trust y la fiducia: posibilidades para una armonización europea", en S. Cámara Lapuente (coord.) *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 1099–1172.
- Cámara Lapuente, S.: "New Developments in the Spanish Law of Succession", *InDret* 4/2007, pp. 1–51.
- Carrascosa González, J.: *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Granada, Comares, 2014.
- Carrascosa González, J.: "Derechos reales", en A.L. Calvo Caravaca. y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 15ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2014, pp. 1017–1084.
- Carrascosa González, J.: "El trust angloamericano y el Derecho internacional privado español", en E. Arroyo Amayuelas (dir.), *El trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007, pp. 365–390.
- Cashin Ritaine, E.: "Panorama compare du droit materiel du trust (ou une esquisse impressionniste des concepts de trust et de fiducie)", en *Le trust en droit international privé, Perspectives suisses et étrangères*. (Actes de la 17ème Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess, pp. 17–28.
- Castellanos Ruiz, E.: "El trust en el Derecho sucesorio español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 704, 2007, pp. 2429–2479.
- Castellanos Ruiz, E.: "Sucesión hereditaria, Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional", en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 15ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2014, pp. 529–654.
- Checa Martínez, M., *El trust angloamericano en el derecho español*, Madrid, McGraw Hill, 1998.
- De Arespachochaga, J.: *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- Desantes Real, M.: *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, Bosch, 1986.
- Duckworth, A.: "Forced Heirship and the Trust", en Glasson, J. y Thomas, G. W., (eds), *The International Trust*, 2ª ed., Bristol, Jordans, 2006, pp. 711–791.
- Dyer, A., y Van Loon, H.: *Report on trusts and analogous institutions*, 1984, en http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5791&dtid=1
- Dyer, A.: "Introductory note on the Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition", *Uniform L. Rev.*, 1985, pp. 274 ss.
- Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2013.

- Fontanellas Morell, J. M.: "El nuevo" Reglamento europeo en materia de sucesiones. Aspectos de Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, 2013, pp. 284-290.
- Gaillard, E.: "Les enseignements de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance", *Revue juridique et politique*, 1990, pp. 304 ss.
- Gaillard, E. y Trautman, D. T.: "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, pp. 1 ss.
- González Beilfuss, C.: *El trust: la institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosch, 1997.
- Graziadei, M., Mattei, U., y Smith, L.: *Commercial trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Hansmann, H., y Mattei, U.: "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *New York Univ. L. Rev.*, nº 73, 1998, pp. 434-479.
- Harris, J.: *The Hague Trusts Convention*, Oxford, Hart Publishing, 2002.
- Harris, J.: "Constructive Trusts and Private International Law: Determining the Applicable Law", *Trusts & Trustees*, Vol. 18, nº 10, Noviembre 2012, pp. 975-976.
- Hayton, D. J., Kortmann, S. C. J. y Verhagen, H. L. E. (eds): *Principles of European Trust Law*, Londres, Kluwer Law International, 1999.
- : "The Uses of Trusts in the Commercial Context", en D. Hayton (Ed.), *Modern international Development in Trust law*, Londres, Kluwer Law International, 1999, pp. 145-168.
- : "The Increasing Significance of Conflict of Laws' Issues", *Trusts & Trustees*, 2014, October, pp. 1069-1080.
- : "The Need for Harmonisation of Private International Law Rules on Succession, Appendix C, Topicality in View of the European Commission Green Paper", http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ls_appc_en.pdf.
- : "European Commission's Green Paper Consulting on Succession with an International Dimension, Appendix B", http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/contributions/contribution_ls_appb_en.pdf.
- : "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition", *Int'l Comp. L. Q.*, nº 36, 1987, pp. 260-282.
- : "The Hague Convention on Trusts: A little is Better than Nothing but why so Little?" *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 1994, pp. 23-29.
- : "Forced Heirship and the Trust", en D. Hayton (ed.), *The International Trust*, 3ª ed., Bristol, Jordans, 2011, pp. 714-783.
- Jauffret-Spinosi, C.: "La Convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance", *Jour. dr. int.*, nº 114, 1987, pp. 23-55.
- Kötz, H.: "The Hague Convention on the Law applicable to trusts and their recognition", en D. Hayton (ed) *Modern international developments in trust law*, Londres, Kluwer Law International, 1999, pp. 37-48.
- Lafuente Sánchez, R.: "Testamentary trusts in English law: an introductory approach", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, Nº 1, 2015, pp. 96-111.
- Langbein, J. H.: "The Contractarian Basis of the Law of Trusts", *Yale L.J.*, 105, 1995, pp. 627-674.
- Lupoi, M.: *Trust: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

- Maitland, F. W.: *Equity, a course of lectures*, 2ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1936.
- Martín Santisteban, S.: “La figura del trust en los Estados Unidos de América”, *InDret*, 2/2008, pp. 1.36.
- Mattei, U.: “Basic Issues of Private Law Codification in Europe: Trust”, *Global Jurist Frontiers*, vol. 1, No. 1, 2001, Article 5.
- Mayer, P. y Heuzé, V. : *Droit International privé*, París, Montchrestien, 1ª ed. 2010.
- McLoughlin, P. y Rendell C.: *Law of Trusts*, Londres, Macmillan, 1992.
- O’Sullivan, M.: “The Hague Convention on Trusts—Further considerations” *Journal of International Trust and Corporate Planning*, 2, 1993, pp. 65 ss.
- Paz Lamela, R. S.: “La exclusión de los ‘trusts’ del futuro Reglamento Bruselas/Roma IV”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 447–464.
- Pettit, P. H.: *Equity and the Law of Trusts*, 10ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Schlosser, P.: “Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice” (OJEC C 59, 5/03/79).
- Schnitzer, A. F.: “Les contrats internationaux en droit International privé suisse”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 123, 1968, pp. 541–636.
- Swadling, W.: “The DCFR Trust: A Common Law Perspective”, en Van Erp., S., Salomons, A., y Akkermans, B., *The Future of European Property Law*, Munich, Sellier, 2012, pp. 21–30.
- Triantis, G. G.: “Organizations as Internal Capital Markets: the Legal Boundaries of Firms, Collateral, and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises”, *Harvard L. Rev.*, nº 117, 2004, pp. 1102–1162.
- Ubertazzi, B.: “El trust en el Derecho internacional privado italiano y español”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 199–219.
- Ubertazzi, B.: “The Trust in Spanish and Italian Private International Law: Part II”, *Trusts & Trustees*, 2007, vol. 13, nº 1, pp. 7–13.
- Virgós Soriano, M.: *El trust y el Derecho español*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2006.
- Vitta, E.: *Dirito internazionale privato e processuale*, 3ª ed., Turín, UTET, 1989.
- Von Overbeck, A.E.: “Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention”, http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=2949.
- Warner-Reed, E.: *Equity and Trusts*, Essex, Longman, Harlow, 2011.
- Waters, D. W. M.: “The Hague trusts Convention Twenty Years On”, en M. Graziadei, U. Mattei y L. Smith (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- Waters, D. M. W.: “The Institution of the Trust in Civil and Common law”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, t. 252, 1995, pp. 117–451.

FOROS INTERNACIONALES

LA SIMPLIFICACIÓN DEL COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS MEDIANTE LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS

M^a Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ *

SUMARIO: I. Un nuevo instrumento en materia de tutela del crédito en el espacio judicial europeo: el Reglamento 655/2014 por el que se crea la orden europea de retención de cuentas. II. Objetivos y ámbito de aplicación del Reglamento. 1. Objetivos del Reglamento. 2. Ámbito de aplicación. III. Procedimiento para la obtención de una orden europea de retención de cuentas. 1. Supuestos. 2. Normas de competencia judicial internacional. 3. Requisitos para dictar la orden de retención. 4. Procedimiento. IV. El carácter unilateral del procedimiento y las garantías para salvaguardar los derechos del deudor. V. La ejecución de la orden de retención y las vías de recurso. VI. La relación del Reglamento 655/2014 con otros instrumentos: en particular con el Reglamento 1215/2012. VII. Valoración de conjunto: ¿un instrumento de escasa aplicación?

RESUMEN: El Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas con la finalidad de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. En este artículo se estudian las principales cuestiones que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, plantea la regulación de la orden europea de retención de cuentas. Además se analizará su interrelación con las nuevas soluciones que, en materia de medidas cautelares, establece el Reglamento (UE) n° 1215/2012.

PALABRAS CLAVE: COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL – COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS – MEDIDAS CAUTELARES.

ABSTRACT: *Simplification Cross-border Debt Across Recovery European Account Preservation Order.*

* Profesora contratada Doctora de Derecho internacional privado (acreditada). Universidad de Sevilla.

Regulation (EU) n° 655/2014 of the European Parliament and of the Council, of 15 May 2014, establishing a European Account Preservation Order procedure to facilitate cross-border debt recovery in civil and commercial matters. This article studies the questions of Private international law of this Regulation. In addition its relationship with Regulation (EU) n° 1215/2012 on provisional measures will be analyzed.

KEY WORDS: JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS – CROSS-BORDER DEBT RECOVERY– PROVISIONAL MEASURES.

I. Un nuevo instrumento en materia de tutela del crédito en el espacio judicial europeo: el Reglamento 655/2014 por el que se crea la orden europea de retención de cuentas

Uno de los ámbitos de la cooperación judicial civil en el espacio europeo es la tutela del crédito habiéndose aprobado, junto al Reglamento Bruselas I, varios Reglamentos destinados a facilitar el cobro transfronterizo de las deudas mediante el establecimiento de procedimientos uniformes (título ejecutivo europeo, proceso monitorio europeo y proceso europeo de escasa cuantía).

No obstante, la aplicación de esta normativa pone de relieve como, en la práctica, los acreedores se encuentran con muchas dificultades para hacer efectivo el cobro de su crédito. Así, en ocasiones la mejor manera de garantizar la ulterior ejecución del crédito es solicitar la adopción de medidas cautelares para retener los activos del deudor y, como primera dificultad, hay que señalar que son muy distintas las condiciones para obtener medidas cautelares en los distintos procedimientos nacionales; de otro lado, existen muchos obstáculos para obtener información sobre el paradero o el patrimonio del deudor; por último, ninguno de los Reglamentos europeos contiene disposiciones sobre la manera en que una resolución judicial o título ejecutivo serán efectivamente ejecutados al regirse, las distintas modalidades procesales de ejecución, por los respectivos derechos nacionales. Además, y conforme a lo previsto en el Reglamento Bruselas I, las medidas cautelares dictadas *inaudita altera parte* no gozan de eficacia transfronteriza en el espacio europeo (solución que ha sido matizada en la reforma del Reglamento).

Estas dificultades favorecen maniobras de los deudores tales como ocultar su patrimonio, dilapidarlo o trasladar los fondos de una cuenta bancaria de un Estado miembro a otro. Por ello no es de extrañar que el porcentaje actual de éxito en el cobro transfronterizo de deudas sea muy bajo (según datos ofrecidos por la Comisión, el montante de deudas incobrables es muy superior a los 1.000 millones de euros al año). Ahora bien, no puede olvidarse que tanto el art. 6 CEDH

como el art. 47 CDFUE, garantizan el derecho del acreedor a ver satisfechas sus pretensiones.

Consciente de todos estos problemas ha sido la propia Comisión Europea que ya desde su Comunicación Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la UE, insistió en la necesidad de mejorar la ejecución de las resoluciones judiciales y establecer medidas cautelares contra los activos del deudor, aspecto que apareció recogido en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Sin lugar a dudas, las complicaciones que plantea el cobro transfronterizo de las deudas agrava la situación de crisis económica, desalienta a los comerciantes y obstaculiza el funcionamiento adecuado del mercado interior, por lo que el legislador europeo se planteó la necesidad de una acción en este ámbito.

El origen de los trabajos del Reglamento (UE) nº 655/2014 se encuentra en el Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la UE: Embargo de activos bancarios, mediante el que la Comisión inició, en 2006, un proceso de consulta sobre la necesidad de mejorar la ejecución de los créditos pecuniarios en Europa proponiendo, como posible solución, la creación de un sistema europeo de embargo de activos bancarios. Junto a él se presentó, dos años más tarde, el Libro Verde sobre eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la UE: Transparencia de los activos patrimoniales de los deudores, con la finalidad de establecer medidas que faciliten información fiable sobre el paradero y la situación patrimonial de los deudores.

La necesidad de adoptar instrumentos adecuados para mejorar la eficacia de las resoluciones judiciales respecto de las cuentas bancarias fue, de nuevo, destacada en el Programa de Estocolmo de 2009 y en su Plan de acción. El Parlamento Europeo aprobó, en este sentido, una Resolución de 10 mayo 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre las medidas provisionales propuestas para la inmovilización y divulgación de los activos patrimoniales de los deudores en los asuntos transfronterizos; y la Comisión presentó, en julio de 2011, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. No obstante, hubo que esperar hasta 2014, ocho años desde que se iniciasen los trabajos, para que se aprobase definitivamente el Reglamento (UE) nº 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.

La principal novedad que aporta este instrumento es establecer el procedimiento para obtener una medida cautelar concreta, en forma de una orden europea de retención de cuentas, cuya finalidad es garantizar la ejecución ulterior del crédito.

El objetivo del presente trabajo es realizar un estudio del Reglamento 655/2014 así como analizar su interrelación con las nuevas soluciones que, en materia de medidas cautelares, establece el Reglamento Bruselas I bis con la finalidad de valorar si las soluciones propuestas van a ser realmente operativas.

II. Objetivos y ámbito de aplicación del Reglamento

1. *Objetivos del Reglamento*

Tal y como dispone su art. 1.1º el objetivo del Reglamento es “establecer un procedimiento que permita a un acreedor obtener una orden europea de retención de cuentas para evitar que la transferencia o retirada de fondos, hasta la cuantía especificada en la orden, que el deudor u otra persona por cuenta de éste posean en una cuenta bancaria mantenida en un Estado miembro, ponga en peligro la ulterior ejecución de su crédito”. El legislador europeo regula, de este modo, una medida cautelar específica, de carácter real, destinada a bloquear los fondos de la cuenta del deudor, sin transferirlos al acreedor. Con la orden se bloquean o retienen los fondos de la cuenta bancaria de forma que se impide su utilización no solo al deudor, sino también a cualquier otra persona autorizada por él para efectuar pagos a través de esa cuenta (*v.gr.*, y como afirma el Considerando 7, mediante una orden permanente de pago, un débito directo o la utilización de una tarjeta de crédito).

La finalidad de esta medida es asegurar, garantizar, el pago de la deuda y por ello debe entenderse que la orden europea de retención solo debe dictarse cuando exista el riesgo de que, sin dicha medida, el cobro del crédito se vea impedido o resulte considerablemente más difícil.

No obstante, la orden de retención estará a disposición del acreedor simplemente como una alternativa a las medidas cautelares previstas en los respectivos derechos nacionales (en nuestro ordenamiento, art. 727 LEC). El procedimiento que se establece en el Reglamento es complementario y opcional para el acreedor ya que siempre podrá recurrir a cualquier otro procedimiento establecido en su legislación para la obtención de una medida equivalente. Este carácter opcional ya se había establecido, como se sabe, en los Reglamentos “de primera generación” (título ejecutivo europeo, proceso monitorio europeo y proceso europeo de escasa cuantía).

2. *Ámbito de aplicación*

El Reglamento “se aplicará a las deudas pecuniarias en materia civil y mercantil en asuntos transfronterizos, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional de que se trate” (art. 2.1º). La delimitación de este ámbito de aplicación nos plantea tres interrogantes: qué entiende el Reglamento por crédito, a qué materia civil y mercantil se aplica y, por último, cuándo nos encontramos ante un asunto transfronterizo.

Por crédito debe entenderse la pretensión del pago de una determinada cantidad de dinero exigible (excluyéndose, en consecuencia, las deudas fungibles o en especie), así como la pretensión del pago de una cantidad determinable de dinero procedente de una transacción o un hecho que ya haya tenido lugar, a condición de que esa pretensión pueda formularse ante un órgano jurisdiccional.

De una lectura conjunta de los aps. 1 y 3 del art. 4 puede deducirse que solo pueden retenerse los fondos –dinero en cualquier divisa o derecho similar a la devolución de dinero– que se encuentren depositados, a nombre del deudor o a nombre de un tercero por cuenta del deudor, en cuentas bancarias que se mantengan en un Estado miembro. Tal y como afirma el Considerando 9, “el Reglamento se aplica a las cuentas mantenidas en entidades de crédito cuya actividad consista en aceptar del público depósitos y otros fondos reembolsables y conceder créditos por su propia cuenta”. Por consiguiente, el Reglamento no se aplicará a las cuentas bancarias que, con arreglo al Derecho de Estado miembro en que se tenga la cuenta gocen de inmunidad frente al embargo, ni a las cuentas mantenidas en relación con el funcionamiento de cualquier sistema acorde con la definición del art. 2.a) de la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Tampoco se aplicará a las cuentas bancarias de los bancos centrales ni a las cuentas mantenidas en ellos, cuando actúen en calidad de autoridades monetarias (art. 2.3º y 2.4º).

La materia civil y mercantil aparece definida en sentido negativo ya que, de un lado, no se aplicará a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*); y de otra parte, se excluyen expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento las siguientes materias: los derechos de propiedad derivados del régimen matrimonial o de una relación a la que la ley aplicable atribuya efectos comparables al matrimonio; los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte; los créditos frente a un deudor respecto del cual se haya iniciado un procedimiento de insolvencia, procedimientos de liquidación de sociedades u otras personas jurídicas insolventes, procedimientos cuyo objeto sea alcanzar un acuerdo judicial o un convenio

de acreedores, u otros procedimientos análogos; la seguridad social y el arbitraje (art. 2.2º).

Como podrá comprobarse la lista de materias finalmente excluidas del ámbito de aplicación ha sido mucho más amplia que la inicialmente propuesta por la Comisión. No obstante, puede afirmarse que la orden europea de retención de cuentas podrá dictarse en determinadas materias no incluidas en el ámbito de aplicación de alguno de los Reglamentos que tutelan el crédito. Piénsese, por ejemplo, en los alimentos derivados de una relación familiar que se encuentran excluidos del Reglamento 1215/2012 y del Reglamento 861/2007. De otra parte, y como afirma el Considerando 8, si es cierto que no puede dictarse una orden de retención contra un deudor una vez iniciado respecto de éste un procedimiento de insolvencia, tal como se define en el Reglamento 1346/2000, ello no impide que se pueda solicitar una orden de retención para garantizar la reintegración de pagos indebidos efectuados por dicho deudor a terceros.

Siguiendo con el análisis del ámbito de aplicación hay que señalar que el Reglamento sólo se aplicará a los asuntos transfronterizos y para saber cuando un asunto es transfronterizo el ap. 1 del art. 3 toma como referencia la cuenta bancaria que debe retenerse mediante la orden pues ésta debe encontrarse en un Estado miembro que no sea: “a) El Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se solicite la orden de retención, ni b) el Estado miembro del domicilio del acreedor”. Si conforme a lo dispuesto en esta disposición parece deducirse que el dato clave es que la cuenta bancaria y el órgano que conozca del asunto deben encontrarse en distintos Estados miembros, el Considerando 10 no lo entiende así al afirmar expresamente que “también se debe considerar que existe un asunto transfronterizo cuando el acreedor esté domiciliado en un Estado miembro y el órgano jurisdiccional y la cuenta bancaria que haya de retenerse estén situados en otro Estado miembro”.

Como ha afirmado L. Domínguez Ruiz esta contradicción puede deberse a un posible error material de la versión española del Reglamento que, a diferencia de otras, utiliza la conjunción “ni” en lugar de “o”.

Lo que sí está claro es que el Reglamento no cubre los supuestos puramente internos ya que el propio Considerando 10 establece que no se aplicará cuando la cuenta bancaria, el órgano jurisdiccional ante el que se solicita la orden y el domicilio del acreedor se encuentren en el mismo Estado miembro. Y así, en sentido negativo, lo había entendido la Propuesta de Reglamento cuando estableció que “un asunto tiene repercusión transfronteriza salvo que el órgano jurisdiccional al que se solicita la orden, todas las cuentas bancarias que deberán retenerse por la orden y las partes se encuentren o estén domiciliados en el mismo Estado miembro”.

Por tanto, en el triángulo cuenta bancaria—órgano jurisdiccional que conoce de la solicitud de la orden de retención—domicilio del acreedor, tiene que existir un elemento internacional o extranjero que conecte la relación con otro Estado miembro. Y el Reglamento entiende que concurre ese elemento cuando la cuenta bancaria y el órgano que conoce de la solicitud se encuentran en distintos Estados miembros; o, si se encuentran en el mismo Estado miembro, el acreedor debe estar domiciliado en otro Estado miembro. Solo así puede conciliarse la letra del art. 3.1º con la del Considerando 10 lográndose, de esta forma, que el Reglamento se aplique al mayor número posible de solicitudes de órdenes de retención.

Es cierto que el supuesto normal y frecuente será el primero, es decir, se solicita a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro (*v.gr.*, a un órgano jurisdiccional español) que dicte una orden europea de retención de una cuenta situada en otro Estado miembro (*v.gr.*, Francia). Pero también podría solicitarse a un órgano jurisdiccional español que dicte una orden europea de retención de una cuenta bancaria situada en España, si el acreedor está domiciliado en otro Estado miembro (*v.gr.*, Bélgica). En este segundo caso el factor de internacionalidad es mucho menor, más débil y el propio órgano jurisdiccional que dicta la orden procederá a su ejecución.

El momento pertinente para determinar si un asunto es transfronterizo será la fecha en que se solicite la orden de retención al órgano jurisdiccional que sea competente para dictarla (art. 3.2º).

Para finalizar, y desde un punto de vista territorial, el Reglamento se aplicará en todos los Estados miembros, salvo en Reino Unido y Dinamarca; y, *ratione temporis*, solo será efectivamente aplicable desde el 18 enero 2017, con excepción del art. 50 que lo será a partir del 18 julio 2016 (disposición que hace referencia a las distintas informaciones que los Estados miembros deben comunicar a la Comisión).

III. Procedimiento para la obtención de una orden europea de retención de cuentas

1. Supuestos

El acreedor puede solicitar una orden de retención en dos supuestos: a) antes de que se incoe un procedimiento en un Estado miembro contra el deudor sobre el fondo del asunto, o en cualquier fase de ese procedimiento hasta el momento en que se dicte la resolución judicial o se apruebe o concluya una transacción judicial; b) después de que haya obtenido en un Estado miembro una resolución

judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva que obligue al deudor a pagar una deuda a su favor (art. 5).

En la primera situación lo que pretende el acreedor, al solicitar la orden de retención, es asegurar la ejecución de la sentencia que se dicte sobre el fondo del asunto (o de la transacción judicial aprobada); mientras que en la segunda, que ya dispone de un título ejecutivo, lo que quiere es exigir el pago efectivo de la deuda. Sin lugar a dudas, el primer supuesto es el que verdaderamente responde a la finalidad del Reglamento.

Las normas de competencia y los requisitos para la obtención de la orden europea de retención se configuran de forma distinta según que el acreedor disponga o no, en el momento de solicitarla de un título ejecutivo –resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva, tal y como aparecen definidos en el art. 4–.

2. Normas de competencia judicial internacional

Si el acreedor solicita la orden de retención antes de que haya incoado un procedimiento será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro que sea competente para resolver el fondo del asunto, de conformidad con las correspondientes normas de competencia aplicables (según el objeto del litigio). Esta solución se justifica debido a la interrelación entre el procedimiento relativo a la orden europea de retención y el del fondo del asunto (art. 6.1º). Además es ese tribunal el que mejor puede valorar si concurren los requisitos que se exigen para dictar la orden.

No obstante, establece el ap. 2 del art. 6 que cuando el deudor sea un consumidor que haya celebrado un contrato con el acreedor con un fin que pueda considerarse ajeno a la actividad o profesión del deudor, únicamente serán competentes para dictar una orden de retención destinada a asegurar un crédito relacionado con dicho contrato los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliado el deudor. Como ha señalado P.A. de Miguel Asensio la aplicación de este foro “no se restringe a los contratos que se benefician del régimen especial en materia de contratos de consumo de la Sección 4 del Capítulo II del Reglamento Bruselas I bis (arts. 17 a 19), pues el art. 6.2º va referido en general a las situaciones en las que el deudor sea un consumidor que ha celebrado un contrato con un fin que pueda considerarse ajeno a su actividad o profesión”.

Cuando el acreedor ya hubiera obtenido una resolución judicial o una transacción judicial, serán competentes para dictar la orden de retención relativa al crédito especificado en dicha resolución o transacción, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya dictado la resolución judicial o se haya aprobado o concluido la transacción judicial. Si el acreedor hubiese obtenido un

documento público con fuerza ejecutiva serán competentes para dictar la orden de retención los órganos jurisdiccionales designados a tal fin en el Estado miembro en el que dicho documento se haya formalizado (art. 6.3º y 6.4º).

3. *Requisitos para dictar la orden de retención*

El primer requisito que se exige para que un órgano jurisdiccional dicte la orden de retención es que el acreedor haya presentado pruebas suficientes para convencerle de que existe una necesidad urgente de una medida cautelar en forma de orden de retención por existir un riesgo real de que, sin dicha medida, la ejecución ulterior del crédito frente al deudor se verá impedida o resultará considerablemente más difícil (*periculum in mora*). Por ejemplo, el deudor ha destruido su patrimonio o lo ha ocultado. El órgano jurisdiccional debe valorar todas las pruebas aportadas para apreciar la existencia de ese riesgo y, por ello, la necesidad urgente de la medida. Además, y como establece el art. 7.2º, si el acreedor solicita la orden antes de haber obtenido un título ejecutivo deberá presentar pruebas suficientes al órgano jurisdiccional para convencerle de que su pretensión frente al deudor tiene probabilidades de prosperar en cuanto al fondo (*fumus boni iuris*).

La exigencia de estos requisitos trata de lograr, como afirma el Considerando 14, un justo equilibrio entre los intereses del acreedor en obtener una orden y el interés del deudor en evitar que se abuse de ésta.

El órgano jurisdiccional adoptará su resolución mediante procedimiento escrito basándose en la información y en las pruebas aportadas por el acreedor en su solicitud. Si considera que las pruebas son insuficientes, y si el derecho nacional lo permite, podrá solicitar al acreedor que presente pruebas documentales complementarias (art. 9).

4. *Procedimiento*

La solicitud de orden de retención se presentará por medio de formulario (todavía no adoptado y que sí aparecía en la Propuesta de Reglamento) y comprenderá los numerosos datos que se recogen en el art. 8.2º (información relativa a la identificación del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la solicitud y del banco en que el deudor tiene una cuenta, datos del acreedor, del deudor, lista de pruebas aportadas, cantidad por la que se solicita la orden...). Se deberán acompañar todos los documentos justificativos pertinentes, así como una copia de la resolución, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva, en el supuesto de que el acreedor ya lo hubiese obtenido.

El acreedor no puede presentar al mismo tiempo, ante más de un órgano jurisdiccional, solicitudes paralelas de órdenes de retención contra el mismo deudor, para garantizar el mismo crédito. Además, en la solicitud de retención debe declarar si ha presentado ante cualquier otro órgano jurisdiccional o autoridad una solicitud de orden nacional equivalente contra el mismo deudor y con el fin de garantizar el mismo crédito o si ya ha obtenido tal orden (art. 16).

Tanto la solicitud como los documentos justificativos podrán presentarse por cualquier medio de comunicación, incluso electrónico, que sea admisible con arreglo a las normas procesales del Estado miembro donde se presente la solicitud (art. 8.3º).

Si el acreedor solicita la orden de retención antes de haber incoado el procedimiento sobre el fondo del asunto, el Reglamento le obliga a incoarlo en el plazo de 30 días a partir de la fecha de presentación de la solicitud o en el plazo de 14 días a partir de la fecha en que se dictó la orden, si éste vence después (art. 10.1º). Como regla general se considerará incoado el procedimiento sobre el fondo del asunto desde el momento en que se presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el acreedor no deje de tomar las medidas que se le exijan para que se dé al deudor traslado de dicho escrito. Si el órgano jurisdiccional no recibe prueba de la incoación del procedimiento dentro del plazo señalado, la orden se revocará o dejará sin efecto y se informará de ello a las partes.

Una vez presentada la solicitud el órgano jurisdiccional examinará si concurren las condiciones y requisitos exigidos debiendo resolver sin demora y, en todo caso, antes de que venzan los plazos fijados en el art. 18 (10 días hábiles desde que se presentó o completó la solicitud en el caso de que el acreedor no haya obtenido aún una resolución judicial, transacción judicial o documento equivalente con fuerza ejecutiva; y 5 días hábiles si ya lo hubiese obtenido). Si por circunstancias excepcionales no puede cumplir estos plazos deberá resolver con la mayor brevedad posible (art. 45). La orden se dictará por la cuantía acreditada mediante las pruebas e incluirá, en su caso, los intereses y/o costes con arreglo a lo dispuesto en el art. 15. El importe de la orden nunca puede ser superior al indicado por el acreedor en su solicitud.

La orden de retención se dictará utilizando el formulario que se establecerá al efecto y se dividirá en dos partes: la parte A que contendrá la información que debe facilitarse al banco, al acreedor y al deudor; y la parte B en la que figurará la información que, además, debe comunicarse al acreedor y al deudor.

La resolución sobre la solicitud se pondrá en conocimiento del acreedor con arreglo al procedimiento establecido en el Derecho del Estado miembro de origen por lo que respecta a órdenes nacionales equivalentes (art. 17.5º). Si la orden

de retención se deniega el acreedor tendrá derecho a interponer un recurso contra dicha resolución, en el plazo de 30 días, ante el órgano jurisdiccional que el Estado miembro de que se trate haya comunicado a la Comisión. Si la solicitud se desestima en su totalidad, se conocerá del recurso inaudita altera parte (art. 21).

Por último hay que señalar que, conforme a lo dispuesto en el art. 41, en el procedimiento para la obtención de la orden de retención no se exigirá que las partes estén representadas por letrado u otro profesional del Derecho. No obstante, en materia de recursos se exigirá tal representación si fuese obligatoria con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional o autoridad ante la que se interponga el recurso.

IV. El carácter unilateral del procedimiento y las garantías para salvaguardar los derechos del deudor

El procedimiento para la obtención de la orden europea de retención se desarrolla de forma unilateral ya que, como establece el art. 11, “no se notificará al deudor la solicitud de una orden de retención, ni se le oirá sin haberse dictado previamente la orden”. La única manera de conseguir el efecto sorpresa y garantizar que la orden de retención sea un instrumento de utilidad para los acreedores que quieren cobrar sus créditos es establecer el procedimiento inaudita altera parte (Considerando 15).

Como puede observarse esta regulación da un paso más ya que, como analizaremos, en la reforma del Reglamento Bruselas I las medidas cautelares dictadas por un tribunal competente sobre el fondo del asunto sin que el demandado haya sido citado a comparecer, podrán ejecutarse en otro Estado miembro si la resolución que contiene la medida se ha notificado al demandado antes de su ejecución (art. 42.2º.c) Reglamento 1215/2012). En cambio, en el Reglamento 655/2014 la orden de retención se notifica al deudor una vez que se ha ejecutado, es decir, una vez que el banco ha retenido los fondos de la cuenta del deudor (se anticipa la tutela del crédito).

Que el procedimiento para la obtención de la orden europea de retención debía desarrollarse de forma unilateral fue una constante en el desarrollo de los trabajos preparatorios del Reglamento. De hecho en el Libro Verde se puso de manifiesto que esa es la práctica seguida en algunos Estados miembros y que dar audiencia al deudor “podría ser contraproducente para los objetivos de prevenir la transferencia de fondos en detrimento del acreedor y de mantener el efecto sorpresa de la medida”. En la Propuesta de Reglamento se estableció que el procedimiento sería ex parte a menos que el acreedor solicitase lo contrario.

No obstante, hay que advertir que este es uno de los aspectos más controvertidos del Reglamento habiéndose suscitado opiniones discrepantes. Si nos centramos en la doctrina española pueden señalarse tres posturas distintas: La más crítica es aquella que se opone totalmente al vulnerarse el derecho fundamental de defensa del deudor ya que se le impide probar que no concurren los requisitos que justifican la adopción de la medida. Para otros, en cambio, el carácter unilateral del procedimiento quedaría justificado por el efecto sorpresa y porque después se ofrece al deudor la posibilidad de recurrir. Una postura intermedia sería aquella que solo justifica la falta de audiencia del deudor en los supuestos en los que ya existe un proceso judicial o se dispone de un título ejecutivo.

Se trata, sin lugar a dudas, de una cuestión espinosa que puede convertirse en la clave del éxito o fracaso de este instrumento y que puede crear, como ha señalado E. de Götzen, fricciones en la práctica de algunos ordenamientos en los que la unilateralidad del procedimiento es una excepción. Recuérdese, al respecto, que durante la reforma del Reglamento Bruselas I el debate sobre la supresión del exequátur se centró en la protección de los derechos de defensa del demandado, lográndose finalmente una solución intermedia. Y que en el Reglamento sobre el Título ejecutivo europeo la supresión el exequátur se realizó sobre la base de la previa armonización de las normas procesales mínimas, normas que garantizan el respeto de los derechos de defensa del deudor; solución que también se ha seguido en el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo y en el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía.

Volviendo al tema que nos ocupa hay que señalar que, con la finalidad de compensar esta falta de audiencia, el propio Reglamento 655/2014 establece una serie de garantías para proteger los derechos del deudor, garantías que se establecen tanto en el desarrollo del procedimiento para dictar la orden de retención, como posteriormente en la fase de ejecución. Como consideración previa hay que recordar que el órgano jurisdiccional solo puede dictar la orden cuando considere que, sobre las pruebas y la información aportada, esté justificada la retención de la cuenta. Además, la orden de retención es siempre opcional y, en el supuesto que se conceda, se bloquean los fondos de la cuenta del deudor sin que se transfieran al acreedor.

La primera salvaguarda que se establece es exigir al acreedor que preste una caución con la finalidad de evitar que se abuse del procedimiento y garantizar la indemnización de cualquier daño o perjuicio sufrido por el deudor como consecuencia de la orden (art. 12).

La exigencia de esta caución será siempre obligatoria cuando el acreedor solicite la orden de retención antes de tener un título ejecutivo y se deja a la discreción del órgano jurisdiccional en el supuesto de que el acreedor ya haya obtenido

una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva, puesto que solo podrá exigirla si, dadas las circunstancias del caso, lo considera adecuado y necesario (por ejemplo, porque la resolución cuya ejecución se pretende no sea aún ejecutiva). El órgano jurisdiccional deberá informar al acreedor del importe de la caución y de las formas en las que puede prestarse de acuerdo con la legislación nacional del Estado miembro en que tiene su sede dicho órgano (por ej. en forma de fianza, garantía bancaria...). Además deberá indicarle que dictará la orden una vez que la haya prestado.

En segundo lugar, otra garantía importante es establecer la responsabilidad del acreedor por cualquier daño o perjuicio que la orden de retención cause por su culpa al deudor. La carga de la prueba corresponderá al deudor (art. 13.1º). Se presume la culpa del acreedor, salvo prueba en contrario, en los siguientes supuestos: a) si la orden se revoca porque el acreedor no ha incoado el procedimiento sobre el fondo del asunto; b) si el acreedor no ha liberado los importes retenidos en exceso; c) si se determina posteriormente que, debido al incumplimiento por el acreedor de sus obligaciones respecto a las solicitudes paralelas *ex art. 16*, era improcedente dictar una orden, o solo procedía dictarla por un importe inferior; d) si se revoca la orden o su ejecución se deja sin efecto debido al incumplimiento por el acreedor de sus obligaciones en materia de notificación o traducción de documentos. Además, los Estados miembros podrán mantener o introducir en su derecho nacional otros motivos de responsabilidad o normas sobre la carga de la prueba.

Por su parte el ap. 4 del art. 13 establece una norma de conflicto en la que se especifica que la ley aplicable a la responsabilidad del acreedor será la del Estado miembro de ejecución. En el supuesto de que se retengan cuentas en más de un Estado miembro, la ley aplicable será la del Estado miembro de ejecución en que el deudor tenga su residencia habitual (conforme a lo establecido en el art. 23 del Reglamento (CE) nº 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales) o, en su defecto, la ley del Estado miembro de ejecución con el que el asunto presente la conexión más estrecha (un factor a tener en cuenta podría ser, como establece el Considerando 19, la cuantía del importe retenido en los distintos Estados miembros de ejecución). Entendemos que será dicha ley la que determinará el alcance de la responsabilidad del acreedor en relación con sus obligaciones.

Por último hay que señalar que toda la regulación establecida en el art. 14, sobre la petición de información sobre las cuentas bancarias del deudor, se ha limitado respecto de la inicialmente propuesta. Como norma general el acceso a la información de las cuentas solo debe concederse cuando el acreedor ya haya obtenido una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva. Además, y con la finalidad de proteger los datos personales del

deudor, la información obtenida no debe facilitarse al acreedor sino únicamente al órgano jurisdiccional requirente y, de forma excepcional, al banco del deudor.

V. La ejecución de la orden de retención y las vías de recurso

En esta materia el Reglamento se alinea a la fórmula de la supresión del exequátur ya instaurada, aunque de distintas formas, en varios instrumentos. Así, “una orden de retención dictada en un Estado miembro será recocida en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno y tendrá fuerza ejecutiva directa en el resto de Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva” (art. 22). Hay que destacar que una de las principales ventajas del Reglamento es establecer una regulación *stricto sensu* de la ejecución de la orden de retención.

A fin de garantizar la ejecución rápida, la autoridad del Estado miembro de origen deberá transmitir la parte A de la orden a la autoridad del Estado miembro de la ejecución conforme a lo dispuesto en el art. 29, es decir, por cualquier medio adecuado que garantice que el contenido de los documentos transmitidos sea verídico, fiel y legible sin dificultad. Cuando dicha autoridad reciba la orden adoptará las medidas necesarias, de acuerdo a lo dispuesto en su ordenamiento, para asegurar su cumplimiento transmitiéndola al banco (art. 23). Una cuestión que habrá que verificar en la práctica, y que es vital para alcanzar los objetivos de este instrumento, es la necesaria coordinación entre las autoridades de origen y de ejecución.

Una vez que el banco reciba la orden deberá cumplimentarla sin demora, es decir, deberá retener el importe especificado en la orden mediante su bloqueo en la propia cuenta del deudor o, cuando lo contemple el derecho nacional, mediante la transferencia de ese importe a una cuenta destinada a fines de retención (art. 24). No obstante, están exentas de retención aquellas cantidades inembargables conforme al Derecho del Estado miembro de ejecución (art. 31). Antes de que finalice el tercer día hábil tras la cumplimentación de la orden, el banco deberá expedir una declaración, conforme al formulario que se establezca, en la que deberá indicarse si se han retenido fondos de la/s cuenta/s del deudor, en qué cuantía así como la fecha de cumplimentación (art. 25.1º). Dicha declaración deberá transmitirse al órgano competente y al acreedor conforme a lo que establecen los aps. 2 y 3 del art. 25.

Y es en este momento, una vez que ya se ha trabado la cuenta y el banco ha transmitido la correspondiente declaración, cuando se notifican al deudor la orden de retención, copias de todos los documentos presentados por el acreedor y la declaración de cumplimentación efectuada por el banco (art. 28.1º).

Si el deudor está domiciliado en el Estado miembro de origen la notificación se realizará conforme a la *lex fori* y si está domiciliado en un Estado miembro distinto del de origen se establecen ciertas salvedades a la aplicación Reglamento (CE) nº 1393/2007. En ese supuesto el órgano jurisdiccional que dictó la orden transmitirá los documentos indicados a la autoridad competente del Estado miembro del domicilio del deudor con arreglo a lo dispuesto en el art. 29. Dicha autoridad adoptará sin demora las medidas necesarias para que se efectúe la notificación al deudor de acuerdo con lo dispuesto en su legislación. Por último, si el deudor estuviese domiciliado en un tercer Estado, la notificación se realizará con arreglo a la normas relativas a la notificación internacional aplicables en el Estado miembro de origen.

Para garantizar el derecho de defensa y compensar el carácter unilateral del procedimiento, se articulan en el Reglamento una serie de recursos que puede interponer el deudor bien ante el órgano jurisdiccional que dictó la orden, bien ante el órgano jurisdiccional o autoridad competente de ejecución.

Conforme establece el art. 33 el deudor puede solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen que revoque o modifique la orden por los motivos, entendemos tasados, que se enumeran: no se reúnen las condiciones o requisitos establecidos en el Reglamento para la adopción de la orden; no se notificaron al deudor, en el plazo de 14 días a partir de la retención, la orden, los documentos presentados y la declaración de cumplimentación; se incumplió el requisito de la traducción de los documentos notificados; falta de liberación de las cantidades retenidas en exceso; pago total o parcial de la deuda; desestimación, en virtud de una resolución judicial, de la pretensión de ejecución del pago de la deuda; suspensión o anulación de la resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva.

Y el deudor podrá solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución que la ejecución de la orden de retención quede limitada o se deje sin efecto por los motivos que se establecen en el art. 34.1º. La ejecución se limitará porque determinadas cantidades estaban exentas de embargo con arreglo al art. 31; y se dejará sin efecto, básicamente, porque la cuenta retenida estaba excluida del ámbito de aplicación del Reglamento; se desestimó la ejecución del título ejecutivo cuya ejecución trataba el acreedor de garantizar por medio de la orden o porque la resolución quedó privada de fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen.

Además, y a solicitud del deudor ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución, la ejecución de la orden de retención se dejará sin efecto en dicho Estado miembro si fuese manifiestamente contraria a su orden público (motivo que no aparecía en la propuesta de Reglamento). De nuevo, y

coincidiendo en este aspecto con el Reglamento Bruselas I bis, nos encontramos con la operatividad del orden público como motivo de oposición a la ejecución. Y es aquí donde se encuentra, a nuestro juicio, uno de los indicadores de la correcta aplicación de este instrumento puesto que habrá que ver si, en la práctica, la operatividad de la cláusula del orden público, en su dimensión procesal, va a impedir la ejecución de órdenes de retención dictadas, conforme a previsto en el Reglamento, inaudita altera parte.

Por su parte, en el art. 35 se regulan otros recursos que pueden interponer tanto deudor como acreedor contra la orden de retención o contra su ejecución (por ejemplo, cuando cambiaron las circunstancias sobre las que se dictó la orden de retención o porque deudor y acreedor convinieron la liquidación de la deuda).

Los recursos analizados deben presentarse por medio del formulario, que se establezca a tal efecto, en cualquier momento (a diferencia de lo previsto en la Propuesta de Reglamento no se establece ningún plazo) y por cualquier medio de comunicación, incluso electrónico, que sea aceptable en virtud de las normas procesales del Estado miembro en el que se presente (art. 36.1º). Se dará traslado del escrito de interposición a la otra parte debiéndose resolver sin demora, después de haber dado a ambas partes la posibilidad de presentar alegaciones, y, en todo caso, dentro de los 21 días siguientes a la recepción por el órgano jurisdiccional. La resolución por la que se revoque o modifique la orden de retención y la resolución por la que se limite o deje sin efecto su ejecución tendrá fuerza ejecutiva inmediata. Cualquiera de las partes tiene derecho a recurrir dicha resolución (art. 37).

También se prevé el derecho de terceros a recurrir la orden de retención o su ejecución conforme a lo previsto en las respectivas legislaciones nacionales (art. 39).

Hasta aquí las previsiones en materia de ejecución no conteniendo el Reglamento ninguna disposición sobre cómo se transforma posteriormente la orden de retención en una medida ejecutiva que implique la transferencia al acreedor de la cantidad retenida. Si como hemos analizado con la orden de retención sólo se bloquean los fondos de la cuenta bancaria del deudor lo que el acreedor querrá es que, si su pretensión ha tenido éxito, dichos fondos sean transferidos a su cuenta o recibir el dinero por otros medios. Esta cuestión, que fue objeto de consulta en el Libro Verde, quedará regida por las respectivas legislaciones nacionales.

VI. La relación del Reglamento 655/2014 con otros instrumentos: en particular con el Reglamento 1215/2012.

Conforme a lo dispuesto en el art. 48, el Reglamento (UE) nº 655/2014 se entenderá sin perjuicio de los siguientes instrumentos:

a) del Reglamento (CE) nº 1393/2007 en materia de notificaciones, aunque con una serie de salvedades que enumera y que se justifican, como hemos analizado, por la celeridad del procedimiento;

b) del Reglamento (CE) nº 1346/2000 en materia de insolvencia;

c) del Reglamento (CE) nº 1206/2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas;

d) del Reglamento (CE) nº 864/2007, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, a salvo de lo dispuesto en materia de ley aplicable a la responsabilidad del acreedor por el daño o perjuicio que la orden de retención cause por su culpa al deudor;

e) de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos, salvo lo dispuesto en los arts. 14.8 y 47 del presente Reglamento;

f) del Reglamento (UE) nº 1215/2012. Es en este último instrumento donde vamos a detenernos ya que su regulación puede incidir en la aplicación del Reglamento sobre la orden europea de retención de cuentas.

Conforme a lo previsto en el Reglamento 44/2001, y anteriormente en el Convenio de Bruselas de 1968, el acreedor puede solicitar medidas cautelares ante el tribunal del Estado miembro que esté conociendo del asunto, sometién dose la eficacia extraterritorial de dicha medida al régimen previsto de reconocimiento y exequátur (excepto las dictadas inaudita altera parte); y, además, conforme a lo dispuesto en el art. 31, ante otro tribunal de otro Estado miembro. Parece claro que en el esquema del Reglamento Bruselas I, se prevén dos foros alternativos en materia de tutela cautelar: el del tribunal competente para conocer del asunto y el establecido en el art. 31. No obstante, esta escueta regulación ha suscitado numerosos problemas en su aplicación práctica, así como interpretaciones doctrinales divergentes sobre distintas cuestiones que no se aclaran. Así, y por señalar algunas, qué medidas provisionales y cautelares quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la norma; si el art. 31 realiza una remisión a las normas internas de competencia judicial internacional o si, por el contrario, establece un foro de competencia judicial internacional; o la competencia de los tribunales que están conociendo del asunto para dictar medidas cautelares.

Si es cierto que estas dificultades fueron subrayadas por la Comisión en su “Informe sobre la aplicación del Reglamento 44/2001”, en los trabajos de reforma del Reglamento la discusión no se centró en la regulación de las medidas provisionales y cautelares ex art. 31, sino que sólo se propuso mejorar las soluciones en materia de libre circulación de dichas medidas. De ahí que la redac-

ción del actual artículo 35 del Reglamento 1215/2012 no haya variado prácticamente, por lo que los problemas señalados seguirán planteándose, y que las principales novedades se hayan introducido en sede de la eficacia de dichas medidas. De nuevo se ha desaprovechado la ocasión para ofrecer una regulación satisfactoria de la materia.

Así, de un lado, la supresión del exequátur se extiende a aquellas medidas provisionales y cautelares dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente en cuanto al fondo del asunto. Si la medida provisional o cautelar es ordenada por un tribunal de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, su efecto se circunscribe al territorio de ese Estado miembro (art. 2.a) Reglamento 1215/2012); Y, de otra parte, si la medida se adoptó inaudita altera parte solo podrá ejecutarse en otro Estado miembro si la resolución que contiene la medida fue notificada al demandado antes de su ejecución (art. 2.a) y art. 42.2º.c) Reglamento 1215/2012). No obstante hay que advertir que esta solución ha sido menos ambiciosa que la inicialmente propuesta por la Comisión y que preveía que las medidas provisionales ordenadas ex parte podían ejecutarse siempre que el deudor tuviese derecho a impugnarla posteriormente en virtud del Derecho del Estado miembro de origen.

Por tanto, y conforme a la regulación del Reglamento Bruselas I bis un acreedor podrá solicitar a un tribunal de un Estado miembro que esté conociendo de un asunto que adopte una de las medidas cautelares previstas en su ordenamiento (por ejemplo, un embargo preventivo de los bienes con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la futura sentencia) pudiendo ejecutarse directamente dicha medida en otro Estado miembro. Nos encontramos, pues, ante otra forma de garantizar la tutela del crédito. Si uno de los grandes atractivos de la regulación de la orden de retención de cuentas es la supresión del exequátur la misma fórmula se ha consagrado, como hemos analizado, en el Reglamento Bruselas I bis por lo que quizás los operadores jurídicos prefieran seguir acudiendo a esta norma, antes que al Reglamento 655/2014 y solicitar una orden de retención. De hecho durante el transcurso de los trabajos preparatorios llegó incluso a cuestionarse la necesidad imprescindible de establecer la medida de la orden europea de retención de cuentas.

Las nuevas soluciones del Reglamento Bruselas I bis en la materia pueden incidir, a nuestro juicio, de forma notable en la operatividad del Reglamento 655/2014 máxime si tenemos en cuenta que la orden europea de retención se dicta inaudita altera parte y que su aplicación efectiva se realizará en enero de 2017 (dos años después de que se esté aplicando la reforma del Reglamento Bruselas I). Cuando llegue ese momento tendremos un nuevo Reglamento pero quizás solo eso, otra norma de derecho procesal civil europeo desconocida y

apenas aplicada como ha sucedido, por ejemplo, en nuestro ordenamiento con el Reglamento por el que se establece el proceso europeo de escasa cuantía.

Estas reflexiones nos obligan a realizar una valoración de conjunto del Reglamento 655/2014, sus ventajas y debilidades, que sirva de conclusión a nuestro trabajo.

VII. Valoración de conjunto: ¿un instrumento de escasa aplicación?

Con la finalidad de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil se ha aprobado el Reglamento (UE) n° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014, por el que se establece un procedimiento que permite al acreedor obtener una orden europea de retención de cuentas. Se trata de una nueva norma europea en materia de tutela del crédito que regula una medida cautelar específica, de carácter real, destinada a bloquear los fondos de la cuenta del deudor, sin transferirlos al acreedor. Esta medida solo será aplicable a los asuntos transfronterizos y tiene un carácter potestativo ya que estará a disposición del acreedor simplemente como una alternativa a las medidas cautelares previstas en el Derecho nacional. De otra parte, y como hemos analizado, el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la aplicación del Reglamento 1215/2012.

El procedimiento que se establece para la obtención de la orden europea de retención es un procedimiento aparentemente rápido, sencillo, que se articula a través de formularios normalizados (aún no establecidos) y en el que no se exige la presencia de abogado. Las normas de competencia judicial internacional, los requisitos y la regulación de algunos aspectos del procedimiento difieren según que el acreedor disponga o no, en el momento de solicitarla, de un título ejecutivo –resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva–. En todo caso debe entenderse que solo podrá ordenarse cuando se acredite que existe el riesgo de que, sin dicha medida, el cobro del crédito va a ser mucho más difícil o imposible.

Para conseguir el efecto sorpresa y evitar de ese modo que el deudor dilapide, oculte o traslade su patrimonio a otro Estado, el procedimiento para la obtención de la orden europea de retención de cuentas es un procedimiento inaudita altera parte, aspecto que ya ha sido cuestionado y que puede ocasionar muchos problemas. No obstante, el propio Reglamento establece una serie de garantías, tanto en el desarrollo del procedimiento como en fase de ejecución, para compensar este carácter unilateral del procedimiento.

La orden europea será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva directa en el resto de Estados miembros al haberse suprimido el procedimiento de exequátur. El

Reglamento contiene, al respecto, disposiciones específicas sobre la ejecución de la orden así como una detallada regulación de los recursos que el deudor puede interponer contra la orden o su ejecución.

Si hasta aquí hemos destacado las principales ventajas del Reglamento somos conscientes, como hemos expuesto a lo largo del trabajo, de que también presenta varias debilidades que pueden comprometer su exitosa aplicación. Su carácter opcional, el hecho de que la orden de retención se dicte siempre de forma unilateral, la operatividad de la cláusula del orden público como motivo de oposición a la ejecución, la nueva regulación de la eficacia de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I bis y su aplicación diferida a 2017, son elementos que pueden contribuir a que, en la práctica, el Reglamento sea de escasa aplicación. Además será necesaria una adecuada formación de jueces, abogados y otros profesionales de la justicia sobre este nuevo procedimiento europeo.

No nos queda, por tanto, más que esperar para comprobar si realmente esta regulación va a facilitar y simplificar el cobro transfronterizo de las deudas.

Bibliografía

- Arenas García, R.: “Del Reglamento Bruselas I al Reglamento Bruselas I bis”, *REDI*, vol. LXV, 2013, pp. 377-382.
- Arenas García, R.: “Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada”, *La Ley*, nº 7601, 31 marzo 2011, pp. 1-12.
- Bogdan, M.: “The Proposed Recast of Rules on Provisional Measures under the Brussels I Regulation”, E. Lein (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, *British Institute of International and Comparative Law*, 2012, pp. 125-133.
- Cadet, F.: “Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *Journ dr. int.*, 2013, pp. 765-790.
- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I, 14ª ed., Granada, Comares, 2013.
- Cordón Moreno, F.J.: “La orden europea de retención de cuentas (Reglamento 655/2014) desde la perspectiva de un proceso seguido en España”, [www.gomezacebo-pombo](http://www.gomezacebo-pombo.com), julio de 2014.
- De Götzen, E.: “Cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil: ¿Dónde estamos y hacia dónde nos dirigimos?”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 309-340.
- De Götzen, E.: “Sequestro conservativo dei conti correnti all’estero e recupero transfrontaliero dei crediti: prime riflessioni sul Regolamento (UE) n. 655/2014”, <http://www.sidi-isil.org>, 13 noviembre 2014.
- De Miguel Asensio, P.A.: “Algunos aspectos de Derecho internacional privado del régimen de las órdenes europeas de retención de cuentas bancarias”, <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, 30 junio 2014.
- De Miguel Asensio, P.A.: “El nuevo Reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *La Ley/Unión Europea*, nº 8013, 31 enero 2013, pp. 1-7.

- Dickinson, A.: "The Revision of the Brussels I Regulation. Surveying The Proposed Brussels I bis Regulation—Solid Foundation but Renovation Hended", *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2010, pp. 247–309.
- Domínguez Ruiz, L.: "La orden europea de retención de cuentas", *Revista de Derecho civil*, nº 4, 2014, pp. 243–256.
- Domínguez Ruiz, L.: *Reclamación de deudas transfronterizas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters–Aranzadi, 2013.
- Fernández Rozas, J. C y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas–Thomson Reuters, 2013.
- Fuentes Camacho, V.: *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, Eurolex, 1996.
- García Cano, S.: *Estudio sobre el proceso monitorio europeo*, Cizur Menor (Navarra), Thomson–Aranzadi, 2008.
- Gascón Inchausti, F.: "Medidas cautelares (art. 31 RBI)", en A. de la Oliva Santos (dir), *Derecho procesal civil europeo*, vol I, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters–Aranzadi, 2012, pp. 309–341.
- Gaudemet–Tallon, H. y Kessedjian, C.: "La refonte du Règlement Bruxelles I", *Rev. trim. dr. eur.*, nº 3, 2013, pp. 435–455.
- Guinchard, E.: "Le droit européen de l'exécution est né", *Rev. trim. dr. eur.*, nº4, 2011, pp. 871–876.
- Hess, B.: "Improving the enforcement of judicial decisions in the European Union: transparency of the debtor's assets, attachment of bank accounts, provisional enforcement and protective measures" http://ec.europa.eu.civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf
- Honorati, C.: "Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 207–227.
- Lopes Pegna, O.: "Il regime di circolazione delle decisioni nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Bruxelles I-bis)", *Riv. dir. int.*, nº 4, 2013, pp. 1206–1220.
- Marchal Escalona, N.: "¿Hacia un nuevo Derecho procesal europeo de protección del consumidor?: La nueva iniciativa europea sobre la resolución de litigios de pequeña cuantía", *REEI*, nº 28, 2014.
- Marino, S.: "La circolazione dell'ordinanza europea di sequestro conservativo dei depositi bancari", *Riv. dir. int.*, nº 4, 2014, pp. 1182–1189.
- Martín Diz, F.: "Crédito transfronterizo en la UE y orden de activos bancarios", *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 30, mayo–agosto de 2008, pp. 381–418.
- Martín Diz, F.: "Instrumentos de derecho comunitario para la protección procesal del crédito transfronterizo", en *Realismo Jurídico y experiencia procesal. Liber Amicorum M. Serra Domínguez*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 715–756.
- Martín Diz, F.: "La orden europea de embargo de activos bancarios", en C. Arangüena Fanego, *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada, Comares, 2011, pp. 133–147.
- Miquel Sala, R.: "La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2012, pp. 217–247.
- Miquel Sala, R.: *El proceso europeo de escasa cuantía*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters–Aranzadi, 2009.
- Nuyts, A.: "La refonte du Règlement Bruxelles I", *Rev. crit. dr. int. pr.*, nº, 1, 2013, pp. 1–37.
- Ormazábal Sánchez, G.: "La investigación y conservación del patrimonio del ejecutado a escala europea. Lo que se avecina desde Bruselas. Algunos aspectos del Proyecto de Reglamento por el que se crea una orden europea de retención de cuentas (OERC)", en F. Ramos Méndez (dir), *Hacia una gestión moderna y eficaz de la ejecución procesal*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 155–162.

- Otero García Castrillón, C.: *Cooperación judicial en la Unión Europea. El cobro de las deudas*, Madrid, Dykinson, 2007.
- Pérez Ragone, A. y Miquel Sala, R.: “Ejecución transfronteriza en la Unión Europea: reflexiones desde Budapest”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1319-1336.
- Rodríguez Vázquez, M. A.: “Review of the Brussels I Regulation: Complete abolition of exequatur?”, *Latest Developments in EU Private International Law*, Amberes, Intersentia, 2011, pp. 153-174.
- : *El título ejecutivo europeo*, Madrid, Colex, 2005.
- : “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2014, pp. 330-348.
- Seatzu, F.: “La Proposta per la riforma del Regolamento Bruxelles I e i provvedimenti provvisori”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2011, pp. 170-177.
- Senés Motilla, C.: “El embargo de cuentas bancarias (Aplicación en el proceso español y propuesta de Derecho europeo)”, en *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 861-883.
- Senés Motilla, C.: “El embargo telemático de cuentas bancarias (Propuesta de regulación en Derecho europeo)”, en A. de la Oliva Santos, F. Gascón Inchausti, M. Aguilera Morales (coord), *La e-Justicia en la Unión Europea. Desarrollos en el ámbito europeo y en los ordenamientos nacionales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters- Aranzadi, 2012, pp. 91-111.
- Vilas Álvarez, D.: “El Reglamento por el que se crea una orden europea de retención de cuentas: claves de su elaboración”, *La Ley Mercantil*, nº 6, septiembre de 2014, pp. 1-20.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000.

LA DIRECTIVA 2013/11/UE, RELATIVA A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS EN MATERIA DE CONSUMO Y SU FUTURA INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL *

José Ignacio PAREDES PÉREZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Objetivos de la Directiva 2013/11/UE. III. Aspectos generales de la futura norma de transposición. 1. *Lex generalis versus lex specialis*. 2. Ley monista. 3. Relación de prevalencia con otras normas. A). Normativa no armonizada. B). Normativa armonizada. IV. Ámbito de aplicación de la norma de transposición. 1. Ámbito de aplicación personal. 2. Ámbito de aplicación territorial. 3. Ámbito de aplicación objetivo. A). La naturaleza contractual del litigio. B). La condición de la entidad acreditada. C). Métodos de solución. V. Principios aplicables a las entidades acreditadas. 1. Facilidad de acceso a las entidades. 2. Principio de transparencia. VI. Principios aplicables a las personas encargadas de la resolución. VII. Principios aplicables a los procedimientos. 1. Principio de eficacia. 2. Principio de igualdad. 3. Principio de voluntariedad y libertad. 4. Principio de legalidad. VIII. A modo de conclusión.

RESUMEN: El 21 mayo 2013 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios (RAL) en materia de consumo. Esta norma tiene por objeto acabar con las disparidades de los procedimientos de RAL entre los Estados miembros, para lo cual establece una armonización de mínimos dirigida a facilitar el conocimiento y el acceso de los consumidores a este tipo de procedimientos en el marco del espacio europeo. Además, garantiza que los litigios, a los que se aplica la norma europea, se sometan a entidades de resolución acreditadas por cumplir los principios obligatorios de calidad previstos en la misma. El presente artículo analiza el contenido de la Directiva 2013/11/UE y las distintas alternativas que plantea su transposición al ordenamiento jurídico español.

PALABRAS CLAVES: DIRECTIVA 2013/11/UE – ENTIDADES DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA – PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA – LITIGIOS TRANSFRONTERIZO – LITIGIOS INTERNO – CONSUMIDORES, ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.

* Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia DER2014–56742–P, titulado “La adaptación de la legislación española al nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, del que es investigador principal el Dr. Fernando Esteban de la Rosa.

** Profesor Asociado de Derecho internacional privado. Universidad de Alcalá.

ABSTRACT: *The Directive 2013/11/EU on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and its Future Incorporation in the Spanish Legal System.*

On 21 May 2013 the European Parliament and the Council adopted Directive 2013/11 / EU on alternative dispute resolution (ADR) for consumer disputes. This one aims to eliminate disparities in ADR procedures between Member States, establishing a minimum harmonization to facilitate the knowledge and access of the consumers to this kind of procedures in the framework of the European area. It also ensures that litigation, to which the European legislative act is applied, are subject to resolution entities accredited as meeting the required quality principles foreseen by it. This work analyzes the content of this Directive 2013/117UE and the alternatives posed by its implementation to the Spanish Law.

KEYWORDS: DIRECTIVE 2013/11/UE – ADR ENTITY – ADR PROCEDURE — CROSS-BORDER DISPUTES – DOMESTIC DISPUTES – CONSUMERS – ARBITRATION AND MEDIATION.

I. Introducción

1. La UE aprobó el 21 mayo 2013 la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante, Directiva)¹, cuyo plazo de incorporación en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros expira el 9 julio 2015. A falta de cuatro meses para la finalización, la observancia en España se antoja difícil, máxime si se tiene en cuenta que la fecha de cierre de este estudio coincide con la aprobación del Anteproyecto de Ley para su transposición (en adelante, AL)². Dicho retraso no es baladí, y eso a pesar de que el objetivo mínimo que persigue la norma europea, el acceso de los consumidores a procedimientos de resolución alternativa de litigios (en adelante RAL) que cumplan con los estándares de calidad obligatorios, está garantizado con la normativa vigente. Valga señalar que, junto a otras obligaciones previstas en la Directiva, la transposición constituye un presupuesto previo para el correcto funcionamiento del instrumento legislativo que la acompaña: el Reglamento n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 mayo 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante Reglamento)³.

¹ DO L 165 de 18.6.2013. Corrección de errores de la Directiva 2013/11/UE, DO L 348 de 4.12.2014.

² El Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo fue aprobado el 16 de abril en Consejos de Ministros, a propuesta del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Dicho documento en fase de consulta viene acompañado de una Memoria del análisis de impacto normativo: http://transparencia.gob.es/es_ES/buscar/contenido/normaelaboracion/NormaEV30L0-01515011. Queremos advertir que, al coincidir la publicación del Anteproyecto con la fecha de cierre de este estudio, las referencias a dicho documento se harán con el único propósito de cotejar la posible concomitancia de nuestras consideraciones, e igualmente de las desavenencias, con su contenido.

³ DO L 165 de 18.6.2013. El presente Reglamento será aplicable a partir del 9 enero 2016, a excepción de las disposiciones a las que se refiere el apartado primero del art. 22.2º, que serán de aplicación a partir del 9 julio 2015: información a la Comisión sobre el carácter bidireccional de los procedimientos de

La creación de una plataforma europea de resolución de controversias en línea, objetivo del Reglamento, toma como presupuesto el fundamento de la Directiva, esto es, la existencia de sistemas nacionales de RAL sometidos a unos estándares equivalentes de calidad⁴. Nos hallamos, en consecuencia, ante dos instrumentos legislativos interrelacionados y complementarios, que comparten el objetivo de la promoción de los procedimientos de RAL y el impulso del comercio transfronterizo, si bien con diferencias en cuanto al ámbito de aplicación.

El alcance de la Directiva excede al del Reglamento, toda vez que se aplica a los litigios entre consumidores y comerciantes derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios, celebrados o no en línea, mediante la intervención de una entidad de RAL acreditada por la autoridad nacional correspondiente. Mientras que el ámbito de aplicación del Reglamento es más restringido en virtud de su principal objetivo: la creación de una plataforma web europea para la resolución de litigios en línea (en adelante RLL). No en vano se aplica a la resolución de litigios derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios, celebrados en línea, entre un consumidor y un comerciante mediante la intervención de una entidad acreditada, en la que intervenga la referida plataforma de RLL. Por lo tanto, la celebración en línea del contrato de consumo, origen de la controversia, constituye el requisito ne-

RLL y los puntos de contacto escogidos por cada Estado miembro. Por otra parte, son aplicables desde el pasado julio 2013 los preceptos relativos a la creación y desarrollo de la plataforma digital europea.

⁴ Para un examen de los rasgos esenciales de actuación de los sistemas de RLL disponibles a nivel mundial y europeo, y con abundante bibliografía, *vid.* el análisis de F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución electrónica de litigios (ODR) en la contratación internacional de consumo”, en F. Esteban de la Rosa y G. Orozco Pardo (dirs.), *Mediación y Arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 176–182; *id.*, “Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 25, 2011, pp. 1–41; *id.*, “¿Hacia un nuevo Derecho internacional europeo de protección del consumidor? La nueva iniciativa europea en el ámbito de la resolución de litigios de consumo”, en *Los derechos del consumidor. Visión internacional. Una mirada interna*, en A. Dreyzin de Klor (dir.), Argentina, Zavalía, 2012, pp. 167–188; *id.*, “Impulso de la Unión Europea a la resolución alternativa de litigios de consumo”, en E.M. Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz, y N. Cornago Muñoz (eds.), *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20–22 de octubre, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 735–744; P. Cortés, “A European Legal Perspective on Consumer Online Dispute Resolution”, *Computer Telecommunications L. Rev.*, n° 15 (4), 2009, pp. 90–100; “Developing Online Dispute Resolution for Consumers in the EU: A Proposal for the Regulation of Accredited Providers”, *International Journal of Law and Information Technology*, n° 19, 2011, pp. 1–28. P. Cortés y F. Esteban de la Rosa, “Building a global redress system for low-value cross-border disputes”, *Int'l Comp. L. Q.* vol. 62, 2013, pp. 407–440. A.E. Vilalta Nicuesa, “La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI”, *Revista General del Derecho Europeo*, n° 33, 2014, pp. 1–35.

cesario para la aplicación de Reglamento, y, a su vez, la diferencia con el ámbito de aplicación de la Directiva⁵.

2. Dicho lo anterior, hemos de advertir que el objeto del presente trabajo es el estudio de las diversas alternativas que plantea la transposición de la Directiva, tomando en consideración el contexto normativo vigente en el ordenamiento jurídico español, lo que no impedirá que nos refiramos al Reglamento cuando sea ello preciso⁶. En primer lugar, comenzaremos estudiando los antecedentes legislativos de la Directiva, como hilo conductor para la identificación de sus objetivos, cuyo papel es determinante en la predeterminación de la forma en que se ha de llevar a cabo su incorporación. En segundo lugar, una vez concretado el enfoque que ha de guiar a la futura norma de transposición, y con ello la sede ideal donde debiera acogerla nuestro ordenamiento, examinaremos cada uno de los aspectos que configurarían su ámbito de aplicación, así como las relaciones con otras normas con las que hipotéticamente pudieran entrar en conflicto. Finalmente, nos ocuparemos del examen de los diferentes requisitos de calidad a los que necesariamente han de adaptarse las entidades de resolución que aspiren a la acreditación, las personas encargadas de la resolución de los litigios, e igualmente los procedimientos de RAL, tanto los existentes como los que pudieran crearse en el futuro.

II. Objetivos de la Directiva 2013/11/UE

3. Para identificar correctamente los objetivos de la Directiva es preciso conocer primero los antecedentes que han dado lugar a su aprobación. Esta cuestión nos retrotrae al 16 noviembre 1993 con la publicación por la Comisión del Libro Verde, sobre el acceso de los consumidores a la justicia⁷, cuyo objeto era el aná-

⁵ La diferencia radica en la operatividad de la plataforma europea de RLL a la que tienen acceso únicamente las reclamaciones sobre contratos celebrados en línea. Más allá de esta diferencia, las entidades de resolución son las mismas, ya sea en el contexto de los litigios a los que se aplica la Directiva (contratos celebrados o no en línea), ya sea en el contexto de los litigios a los que se aplica el Reglamento (contratos celebrados en línea), en la medida en que las entidades vinculadas a la plataforma han debido necesariamente recibir la acreditación por el procedimiento previsto en la Directiva. En cualquiera de los dos casos deberán acreditar ante la autoridad competente su capacidad para sustanciar íntegramente por medios electrónicos los procedimientos que entran dentro de su competencia, cumpliendo con los principios obligatorios de calidad que exige la Directiva, permitiendo a los consumidores presentar en línea una reclamación junto con los documentos justificativos necesarios.

⁶ Sobre el ámbito de aplicación y el funcionamiento del Reglamento, *vid.* J.M. Suárez Robledano, “Breves consideraciones sobre la nueva plataforma digital de resolución de litigios de consumidores y sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Reglamento 524/2013 y Directiva 2013/11/UE)”, *La Ley Unión Europea*, nº 12, febrero, 2014, pp. 29–36.

⁷ Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución de conflictos en materia de consumo en el mercado interior [Documento COM (93) 576 final]. Sobre el documento y sus antece-

lisis de la situación del acceso a la justicia de los consumidores en los Estados miembros, e igualmente de los obstáculos a los que se enfrentan en los litigios transfronterizos, donde el tratamiento tuitivo que les concede los instrumentos clásicos de DIPr (competencia judicial internacional y ley aplicable) no resulta suficiente⁸. Ese documento daría origen, tres años después, a la Comunicación sobre el Plan de Acción sobre acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior⁹, donde se examinan los resultados de la consulta al Libro Verde en relación con la simplificación de los procedimientos judiciales aplicables a los litigios de pequeña cuantía, la creación de procedimientos judiciales dedicados específicamente en materia de consumo, e igualmente la adopción de una serie de iniciativas en el marco de la resolución extrajudicial. El resultado de esta propuesta fue la acción normativa de la Comisión a través de dos Recomendaciones por las que se establecen los principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales para la resolución de litigios en materia de consumo¹⁰. La primera fue la Recomendación 98/257/CE, adoptada el 30 marzo 1998¹¹, referida a los procedimientos que, independientemente de su denominación, conducen a solucionar el litigio mediante la intervención activa de un tercero que impone o propone soluciones a los posibles conflictos entre consumidores y empresarios. Esta primera Recomendación exige a los Estados miembros la notificación de los órganos extrajudiciales que cumplan con los principios de independencia, transparencia, eficacia, legalidad, contradicción, libertad y representación. La segunda fue la Recomendación 2001/310/CE, adoptada el 4 abril 2001¹², relativa a los procedimientos de resolución consensual de los conflictos entre los consumidores y comerciantes, exigiendo a los órganos extrajudiciales nacionales en los que una tercera parte neutra intenta acercar a las partes a cumplir con los principios de imparcialidad,

dentes, *vid* J. M. Bárdenas Carpio, “Los litigios transfronterizos: notas al Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución del litigio”, *Estudios sobre Consumo*, nº 29, 1994, pp. 25–37.

⁸ Actualmente adoptados en el marco de la cooperación judicial en asuntos civiles (art. 81 TFUE): arts. 17–19 Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas I bis) y art. 6 Reglamento 593/2008, de 17 julio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento de Roma I).

⁹ Documento COM (96) 13 final.

¹⁰ Sobre las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE, *vid*. J.A. Revilla González, “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas”, *Estudios sobre Consumo*, nº 70, 2006, pp. 50–73. B. Garrido Courel, “El acceso de los consumidores a la justicia”, *La Ley*, vol. 5, 2002, pp. 1611–1631.

¹¹ DO L 115 de 17.4.1998, al que le acompaña la Comunicación de la Comisión sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, Documento COM (1998) 198 final.

¹² DO L 109 de 19.4.2001, al que le acompaña la Comunicación de la Comisión relativa a la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de litigios, Documento COM (2001) 161 final.

transparencia, eficacia y equidad. Sin embargo, la condición de *soft law* de las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE no lograría mitigar una suerte de lagunas provocadas por la divergencia de las políticas nacionales adoptadas en este ámbito. Las iniciativas y actuaciones de los Estados miembros dibujan un escenario fragmentado por la existencia de diversas lagunas en la cobertura de entidades de RAL de consumo¹³. De un lado, lagunas sectoriales y geográficas por la ausencia en algunos Estados miembros de una entidad de resolución con competencia general cuando no existe una entidad de resolución específica¹⁴. De otro lado, lagunas de calidad por la existencia de un número significativo de entidades extrajudiciales nacionales que no se ajustan a los principios básicos establecidos en las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE. Por último, lagunas de información que obstaculizan a los consumidores y las empresas el acceso a las entidades de resolución alternativa de litigios. En suma, dichas disparidades en términos de cobertura, calidad y conocimiento de los procedimientos de RAL entre los Estados miembros son la fuente de obstáculos significativos en el mercado interior, que afectan a los comerciantes y a los consumidores¹⁵, como de la acción normativa de las autoridades europeas, cambiando esta vez de enfoque con la adopción de la Directiva objeto de estudio. Ésta, igual que el Reglamento, encuentra su fundamento jurídico en el art. 114 TFUE, como una medida más para garantizar el funcionamiento del mercado interior¹⁶.

4. Así las cosas, el objetivo principal de la Directiva no es otro que la integración de las tres lagunas que venimos de identificar. En primer lugar, las lagunas

¹³ Vid., a este respecto, el informe de la UE: “Cross-Border Alternative Dispute Resolution in the European Union”: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/dv/adr_study/_adr_tudy_en.pdf. También el informe de Civic Consulting: “Cross-Border Alternative Dispute Resolution”: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201107/20110712ATT23909/20110712ATT23909EN.pdf>-, y el documento de evaluación de impacto que acompaña a la propuesta de la Directiva y del Reglamento: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/impact_assessment_adr_en.pdf.

¹⁴ Sobre la evolución y situación de los sistemas de RAL de consumo en el contexto europeo y comparado, vid. C. Hodges, I. Benóhr, y N. Cresutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe. Civil Justice Systems*, Oxford, Hart-C.H. Beck-Nomos, 2012.

¹⁵ Vid. el documento de evaluación de impacto que acompaña a la propuesta de la Directiva y del Reglamento: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/impact_assessment_adr_en.pdf, refiriéndose a las disparidades que fragmentan el mercado interior en este ámbito, dando lugar a la posición de desventaja competitiva de los comerciantes y la desconfianza de los consumidores en el comercio transfronterizo.

¹⁶ Tipificando otro supuesto más en que la política europea de protección al consumidor se presenta como un medio para la consecución del buen funcionamiento del mercado interior. Resulta interesante en este sentido el análisis que realiza la Comisión de Asuntos Jurídicos de Parlamento Europeo sobre la no necesidad de citar el art. 169.2º.a) TFUE, junto al art. 114, como parte integrante del fundamento jurídico de la Directiva. Vid. “Informe del Parlamento Europeo, del 16 octubre 2012, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, *Documento de Sesión*, A7-0280/2012, pp. 1-34, esp. pp. 90-95.

en la cobertura de entidades de RAL en toda la UE, tanto por sectores como por Estados miembros. La finalidad de la norma europea es garantizar la existencia de entidades de RAL en todo el espacio europeo. Para cumplir este objetivo la Directiva limita su contenido a lo estrictamente necesario. A ello ayuda su carácter de mínimos (art. 2.3º), compagendiéndose mejor con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. La Directiva desarrolla un sistema adecuado de RAL basado en los procedimientos de resolución existentes en los Estados miembros y el respeto de sus respectivas tradiciones jurídicas (Considerando 21). Este dato es esencial para la comprensión del problema considerado, toda vez que el objeto de la norma europea no es tanto el establecimiento de procedimientos de RAL¹⁷, como la obligación de los Estados miembros a facilitar a los consumidores el acceso a entidades que cumplan con los requisitos de calidad que prevé. Por ello, los Estados miembros que no cumplan este objetivo, porque sólo dispongan de entidades de RAL sectoriales, estarán obligados a la creación *ex novo* de una entidad de RAL de carácter residual o complementaria¹⁸. Dicha obligación, sin embargo, no afecta a los Estados miembros donde ya existen entidades con competencias generales, cumpliendo con los requisitos de calidad, a salvo de su correspondiente acreditación. Desde la perspectiva española, la obligación que impone la norma europea se halla cubierta gracias a la competencia general del Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, SAC)¹⁹. Las Juntas Arbitrales de Consumo son las únicas instituciones extrajudiciales de solución de conflictos, referidos a todos los sectores de la contratación con consumidores, notificadas a la Comisión desde el año 2001 por acreditar el cumplimiento de los requisitos de la Recomendación 257/98/CE, y que se acreditarán como entidades de RAL conforme a la Directiva²⁰. Lo cual no ha de ser un obs-

¹⁷ Afirmando esta idea, *vid.* L. García Montoro, “Resolución alternativa de litigios y litigios en línea en materia de consumo: Directiva 2013/11/UE y Reglamento nº 524/2013”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/CONSUMO3.pdf>.

¹⁸ *Vid.* Considerando nº 24 y art. 5.3 Directiva.

¹⁹ Regulación contenida en los arts. 57 y 58 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (BOE, 25-II-2008), modificado por RD 863/2009, de 14 de mayo (BOE, 25-V-2009) para garantizar el acceso al arbitraje de consumo electrónico en el seno del SAC.

²⁰ La competencia de las otras dos entidades notificadas por España a la Comisión no es general sino específica o sectorial. Se trata, en primer lugar, del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, creado por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. Este órgano de naturaleza pública es competente frente a las reclamaciones contra entidades aseguradoras y entidades gestoras de fondos de pensiones, cuyo procedimiento estudiaremos *infra*. En segundo lugar, la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), entidad de RAL de naturaleza privada que utiliza procedimientos (arbitraje y mediación) para las reclamaciones en la contratación a través de internet. En el año 2005 obtuvo el reconocimiento del “Distintivo Público de confianza en línea” de la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN) por el cumplimiento de los requisitos del RD

táculo, como se verá más adelante, para que los consumidores puedan tener acceso a otros métodos de solución específicos distintos del arbitraje institucional de Derecho público, siempre bajo la condición indispensable de que sea ante una entidad debidamente acreditada.

El segundo objetivo de la Directiva, como hemos señalado antes, es acabar con la falta de conocimiento e información que las partes tienen sobre el acceso a las vías de recurso extrajudicial. Desde la perspectiva de los consumidores, este obstáculo se pretende mitigar con la imposición de una serie de obligaciones de información a los comerciantes, a las entidades de RAL y a las autoridades nacionales competentes. En el caso de los comerciantes, sin perjuicio de las obligaciones previstas en otras normas europeas²¹, la Directiva les exige que informen a los consumidores, de forma clara y precisa, de las entidades de RAL a las que estén adheridas o sometidas (art. 21). Este objetivo se ve aún más reforzado en el Reglamento al imponer su art. 14.1º la obligación a los comerciantes, establecidos en la UE y que celebren contratos en línea, de informar de la plataforma de RLL a través de un enlace electrónico en sus sitios de internet. Por otra parte, la integración de las lagunas de información se persigue también a través de la obligación de asistencia e información que impone la Directiva a las autoridades competentes de cada Estado miembro. Esta obligación tiene como objetivo que los consumidores puedan acceder con más facilidad a la entidad de RAL establecida en otro Estado miembro y que resulte competente para intervenir en un litigio transfronterizo. Los Estados miembros podrán conferir dicha responsabilidad a sus respectivos centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor²², a las organizaciones de consumidores o a cualquier organismo

1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión (BOE, 8-X-2005). La resolución de la concesión fue publicada en el BOE, 25-X-2005. En relación con las entidades notificadas por los demás Estados miembros a la Comisión puede consultarse http://ec.europa.eu/consumers/archive/redress_cons/schemes_en.htm.

²¹ Por ejemplo, la obligación de información precontractual prevista en el art. 97.1º.u) TRLGDCU para los contratos de venta a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, introducida tras la reforma de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE, 28-III-2014), con el objeto de transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2011/83/UE, de 25 octubre 2011, sobre los derechos de los consumidores. Dicho precepto exige al profesional que informe al consumidor, antes de la celebración del contrato, de *la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto y los métodos para tener acceso al mismo*.

²² Tal y como prevé el art. 38 AL, el Centro Europeo del Consumidor (CEC) será el órgano que designe la autoridad española competente a la Comisión para el desempeño de las labores de información y asistencia a los consumidores previstas en la Directiva como en el Reglamento –para una información más detallada de las funciones de este órgano consúltese su web: <http://www.cec.consumo-inc.es/>–. Estas funciones son de sobra conocidas para el CEC en España, en la medida en que coinciden con las labores que realiza en el marco de la red europea de la que forma parte (http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index_en.htm). De cara a la transposición de la Directiva, el CEC en España asistirá a los consumidores domiciliados en su territorio con el objeto de que puedan acceder a las entidades de

que estimen oportuno (arts. 14 y 15 Directiva y art. 7.1º del Reglamento). Del mismo modo, como también se verá, las entidades de RAL estarán obligadas a poner a disposición de los consumidores información referida a su funcionamiento y actividades (art. 7). Para finalizar la Directiva trata de colmar el déficit de calidad variable entre las entidades de RAL, toda vez que la experiencia ha demostrado que un número significativo de entidades ejercen su actividad sin ajustarse a los principios básicos establecidos en las dos Recomendaciones de la Comisión. Para ello impone a las autoridades nacionales competentes el ejercicio de las funciones de control en la fase de acreditación, y de supervisión durante su funcionamiento, con el objeto de garantizar que los litigios, a los que se aplica, se sometan a una entidad que cumpla con los estándares de calidad obligatorios (arts. 19 y 20).

III. Aspectos generales de la futura norma de transposición

1. Lex generalis versus lex specialis

5. El hecho de que el ordenamiento jurídico español cumpla, a través de la regulación de arbitraje de consumo, con la obligación de garantizar el acceso de los consumidores a una entidad de RAL, que satisfaga los requisitos obligatorios establecidos en la Directiva, no es razón suficiente para que de *lege ferenda* la norma de transposición tenga la condición de *lex specialis* frente a aquélla. El propio objetivo de la Directiva desaconseja la opción de partir de la regulación específica de cada procedimiento (arbitraje, mediación, etc.), como marco general para recoger las especialidades propias a las que se refiere la norma europea, dejando fuera cualquier otro tipo de forma de procedimiento que pudiera adoptar una forma distinta.

Como hemos indicado *supra*, el propósito de la Directiva no es el desarrollo de los procedimientos existentes, sino la obligación de cada Estado miembro de facilitar a los consumidores el acceso a entidades acreditadas porque cumplen con los requisitos de calidad obligatorios. Dicho objetivo no quedaría cubierto de partir de la regulación del arbitraje y la mediación de consumo como normas generales para recoger las especialidades de la Directiva, pues independiente-

RAL establecidas en otro Estado miembro. Esa misma labor la viene realizando actualmente el CEC en España dentro de la *ECC-net*, ofreciendo información de las entidades notificadas en virtud de las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE a través de un enlace directo al sitio web de la Comisión. Igualmente, esta misma información la desarrollará en el marco de la Directiva a la luz de la exigencia prevista en el art. 15. Por otra parte, en el marco del Reglamento, el CEC será el punto de contacto en España para realizar todas las funciones previstas en su art. 7, pasando de esta manera a integrarse en la nueva “Red de puntos de contacto de resolución de litigios en línea” (art. 15.7º).

mente de las instituciones arbitrales existentes en el arbitraje institucional de Derecho público, o de los entes públicos en la mediación institucional, habrá instituciones privadas que aspiren a la acreditación y notificación a la Comisión. Por otra parte, se ha de advertir que, en el ámbito de la Directiva, el arbitraje y la mediación no forman parte de una lista cerrada de métodos de solución de conflictos, sino que aquélla ampara igualmente cualquier otro tipo de procedimiento, además de los señalados, como pudiera ser la conciliación, el arreglo facilitado, la recomendación del tercero neutral, el *Ombudsman* del consumidor, los mediadores de empresa, o, con independencia de su denominación, cualquier otro medio extrajudicial de resolución de litigios.

Así las cosas, los criterios a seguir en la transposición deberían basarse, preferentemente, en la fidelidad al espíritu y al texto de la Directiva, y en el principio de mínima reforma de la actual normativa. Como se ha indicado antes, la norma europea ni desarrolla ni limita los procedimientos de solución alternativa de litigios previstos en las legislaciones de los Estados miembros. Tampoco impide que los Estados miembros mantengan o introduzcan legislación en materia de procedimientos de RAL siempre que sea acorde con los requisitos establecidos en ella (Considerando 16). La Directiva está destinada a aplicarse de manera horizontal a todo tipo de procedimiento de RAL con independencia de la forma que puedan adoptar en cada Estado miembro, ya sean procedimientos en los que la entidad reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa, de procedimientos en los que dicha entidad propone una solución, o de procedimientos en los que impone una solución, o incluso que puedan adoptar la forma de una combinación de dos o más procedimientos (Considerando 21).

Desde una perspectiva integradora del ordenamiento jurídico, la condición de la Directiva como norma horizontal justifica también la condición de *lex generalis* de la futura norma de transposición, articulando un marco normativo general aplicable a cualquier tipo de procedimiento de RAL entre consumidores y comerciantes, al que se pueden someter las partes a través de una entidad acreditada por los cauces previstos en ella²³. Por otra parte, en lo que se refiere a su título competencial, la futura ley se circunscribiría estrictamente al ámbito de la competencia exclusiva del Estado en materia mercantil, civil y procesal²⁴, sin

²³ El Anteproyecto merece un juicio global positivo, ya que acoge la condición de *lex generalis*, articulando un marco normativo común aplicable a cualquier procedimiento de RAL, si bien se presta a la crítica en relación con algunos aspectos en los que incorpora un enfoque mixto. Esta opción conduce, desde el punto de vista de la técnica jurídica, al resultado incoherente de tener que reproducir la misma norma en textos jurídicos diferentes. Por ejemplo, lo que sucede, en relación con el principio de libertad, con el art. 57.4º TRLGDCU (arbitraje de consumo) y el art. 7.1º AL (procedimientos vinculantes).

²⁴ En este mismo sentido se pronuncia la disposición final primera del Anteproyecto. Hay que recordar la doctrina del TC, en su STC 71/1982, de 30 de noviembre, y STC 15/1989, de 26 de enero, afirmando que cuando la norma tiene como objeto la protección al consumidor hay que examinar si está

perjuicio de las disposiciones que pudieran dictar las CCAA en el ejercicio de sus competencias, como acontece con la mediación de consumo²⁵.

6. En cuanto a la sede de la futura norma estatal de transposición, atendiendo al principio de mínima reforma de la actual normativa, sería idónea su incorporación en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), a tenor del criterio seguido por el legislador estatal en la identificación de las normas objeto de refundición²⁶. En particular, como reza su Exposición de Motivos, el legislador estatal consideró el listado del anexo de la actual Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 abril 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios²⁷, que identifica las disposiciones comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores, y, en consecuencia, las normas de transposición respecto de las cuales debe examinarse la procedencia de su incorporación al texto refundido.

Precisamente el art. 23 de la Directiva modifica la Directiva 2009/22/CE para incluirse en el listado del anexo con el objeto de garantizar la protección de los intereses colectivos de los consumidores. Por otra parte, atendiendo al ámbito material de la norma europea objeto de estudio, aplicable a los litigios entre consumidores y comerciantes relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, su incorporación en el TRLGDCU se integraría de manera armónica con los diversos aspectos regula-

integrada en alguna materia concreta (legislación civil, mercantil, procesal, etc.) cuya competencia puede estar atribuida expresamente por el art. 149 CE al Estado, de modo que no es suficiente que la Comunidad Autónoma, incluso aunque haya asumido de forma exclusiva la competencia, emita una norma de defensa de los consumidores dentro de su ámbito territorial, sino que hay que examinar si la materia concreta en que se articula aquella finalidad defensiva es también competencia suya o, por el contrario, es materia estatal.

²⁵ Al respecto del reparto de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de derecho de protección a los consumidores, *vid.*, por todos, M.J. Reyes López, *Derecho de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 55.

²⁶ Lamentablemente no es la posición que sigue el Anteproyecto al optar por la aprobación de una ley propia e independiente de la Directiva. La razón que se esgrime en la Memoria para no insertar la futura ley de transposición en el TRLGDCU es que esta ley no es de aplicación en su totalidad a los servicios financieros, al existir especialidades que han determinado la existencia de normas reguladoras con carácter específico aplicables a dichos servicios, mientras que la ley que ahora se transpone es de aplicación general a todos los sectores y formas de contratación. Se trata, en nuestra opinión, de un argumento vacío de contenido, pues olvida que el texto refundido goza también del carácter de norma horizontal aplicable a contratos que cuentan con una regulación específica, como los contratos de crédito al consumo o los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.

²⁷ DO L 110 de 1.5.2009.

dos por las normas de transposición de las directivas europeas anteriormente integradas en el texto refundido²⁸.

A nuestro juicio, la incorporación de la Directiva debería tener su acomodo en el título quinto del libro primero del TRLGDCU, donde se articula el acceso a la justicia de los consumidores y, en particular, contiene la regulación de las acciones de cesación frente a las conductas contrarias a la regulación contenida en el texto refundido y el SAC. Lo idóneo sería la inserción de un nuevo capítulo segundo para la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, pasando a quedar contenida la regulación del SAC en un nuevo capítulo tercero.

De esta manera, el articulado del nuevo capítulo segundo se encargaría de incorporar las disposiciones adoptadas por la norma estatal de transposición de la Directiva, estructurado en seis títulos²⁹. En el título I, bajo la rúbrica “Disposiciones generales” se regularía el objeto, el ámbito de aplicación de la regulación y su relación con otras normas del ordenamiento jurídico. El título II contendría la regulación de los principios relativos a los procedimientos de RAL, estructurados, a su vez, en función de su aplicación común a cualquier procedimiento, con independencia de su forma, o de su aplicación específica atendiendo a la naturaleza vinculante o no del procedimiento. El título III establecería la regulación de los principios que han de guiar la actuación de las entidades de RAL, e igualmente las condiciones para aspirar a la acreditación por la autoridad competente. El título IV regularía los principios que han de cumplir las personas naturales que intervienen en la resolución del conflicto, como los principios de su actuación. El título V quedaría reservado a la regulación del papel de las autoridades competentes, al procedimiento para la acreditación de entidades y su inclusión en el listado de la Comisión, e igualmente las labores de control y supervisión de las entidades acreditadas en nuestro país. Finalmente, el título VI establecería los mecanismos de información y asistencia a los consumidores en todo

²⁸ De especial importancia es la modificación del TRLGDCU a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, con el objeto de transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2011/83/UE, de 25 octubre 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (BOE, 28-III-2014). La Directiva 2011/83/UE procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Asimismo, el TRLGDCU incorpora también la regulación sobre viajes combinados, por tratarse de una norma de transposición de directiva europea que se integra en el acervo comunitario de protección de los consumidores y establece un régimen jurídico específico en la contratación con consumidores.

²⁹ En este punto coincidimos con la estructura que sigue el Anteproyecto.

lo relativo al recurso a las RAL y la cooperación entre las entidades acreditadas y las administraciones públicas competentes.

2. *Ley monista*

7. La futura ley de transposición ha de optar claramente por una regulación unitaria de los litigios nacionales y transfronterizos en correspondencia con la exigencia prevista en el art. 2 de la Directiva³⁰. Siguiendo el catálogo de definiciones que establece el art. 4, en la letra e), se habrá de definir el litigio nacional como cualquier litigio contractual derivado de un contrato de compraventa o de servicios en que el consumidor, en el momento de realizar la orden de pedido, tiene su residencia en el mismo Estado miembro en el que está establecido el comerciante. Y el litigio transfronterizo, de conformidad con la letra f), como el derivado de un contrato de compraventa o de servicios en el que el consumidor, en el momento de realizar la orden de pedido, tiene su residencia en un Estado miembro distinto de aquel en que está establecido el comerciante³¹. En relación con la determinación de la residencia habitual del consumidor, habrá de seguirse la remisión que efectúa el art. 11.2º a la noción autónoma del Reglamento de Roma I. Muy al contrario de lo que sucede con la noción del lugar de establecimiento del comerciante, cuya definición estará en línea con la prevista en el apartado tercero del art. 4, distinguiendo si es una persona física o una empresa u otro tipo de persona jurídica³². En el primer caso, se identificará con el lugar donde tiene su actividad la persona física. En el segundo, con el lugar donde tenga su domicilio social, su administración central o su lugar principal de actividad, incluida una sucursal, una agencia u otro tipo de establecimiento.

8. Aunque la acción normativa de las directivas, adoptadas en el marco de la realización del mercado interior, tenga por objeto situaciones intracomunitarias, la transposición en los ordenamientos nacionales conlleva, por lo general, una asimilación en la regulación con las situaciones internas. Sin embargo, en la Directiva en estudio es el legislador europeo el que directamente previene de la necesidad de no fragmentar la regulación en función del carácter nacional o transfronterizo del litigio, con el objeto de evitar así, aparte de discriminaciones a la inversa, la fragmentación indirecta de los mercados nacionales³³.

³⁰ El Anteproyecto declara su carácter monista en el art. 2.1º, al señalar que la Ley será de aplicación a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos de consumo, nacionales y transfronterizos.

³¹ En contraste con la Directiva, el Anteproyecto define solo la noción de conflicto transfronterizo (art. 3.1.) en los mismos términos que la norma europea.

³² *Vid.*, en este mismo sentido, el art. 3.2º AL.

³³ En esta dirección, *vid.* F. Esteban de la Rosa, “Régimen europeo de la resolución...”, *loc. cit.*, p. 184, vaticinando una regulación unitaria en este ámbito con el objeto de consolidar la integración de mercados en la UE.

Dicha extensión de la acción normativa de la Directiva a los litigios internos puede plantear un problema competencial, pues, en principio, el ámbito de competencia de las instituciones europeas frente a los actos normativos adoptados con base en el art. 114 TFUE se extiende únicamente a las situaciones intracomunitarias.

En efecto, la elección del fundamento jurídico reviste una importancia de naturaleza constitucional³⁴, en la medida en que, conforme al art. 13.2º TUE, cada institución debe actuar dentro de los límites de las atribuciones que le confiere el Tratado³⁵. Como ya declaró el TJUE en la decisión de la Publicidad y Patrocinio del Tabaco³⁶, el art. 114 TFUE no atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior.

En el tema que nos ocupa, pudiera ser que la acción normativa de las autoridades europeas exceda de los criterios definidores de su competencia (*ultra vires*), al no abarcar el art. 114 TFUE las medidas propuestas sobre litigios nacionales³⁷, habiendo adoptado, en consecuencia, medidas que van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de la Directiva³⁸. Sin embargo, el sentir de las instituciones europeas es otro, pues consideran que las medidas de la Directiva, que se refieren a los litigios tanto nacionales como transfronterizos, pueden tener como fundamento jurídico el art. 114 TFUE.

Concretamente, la Comisión, en su evaluación del impacto, defiende que los problemas detectados en el contexto transfronterizo difícilmente podrán resolverse a menos que también se aborden a escala nacional³⁹ y cuantifica el ahorro que también se puede obtener en el marco nacional⁴⁰. Expone asimismo que las lagunas existentes en materia de RAL no pueden colmarse si no se abordan los problemas (nacionales) de cobertura dentro de los Estados miembros⁴¹. Destaca

³⁴ A este respecto, *vid.*, por todos, Dictamen 2/00 del TJUE 6 diciembre 2001: *Protocolo de Cartagena*, ap. 5; y STJUE 1 octubre 2009, as. C-370/07: *Comisión / Consejo*, ap. 46 a 49.

³⁵ STJUE 23 octubre 2007, as. C-403/05: *Parlamento / Comisión*, ap. 49, y la jurisprudencia allí citada.

³⁶ STJUE 5 octubre 2000, as. C-376/98: *Alemania / Comisión / Parlamento y Consejo*, ap. 83.

³⁷ Este argumento se esgrime, por ejemplo, en el dictamen motivado del *Bundesrat* alemán, *vid.* Dictamen motivado del *Bundesrat* de la República Federal de Alemania de 24 enero 2012, PE480.713v01-00.

³⁸ Esta objeción en relación con el principio de subsidiariedad es la que formula el Senado holandés, *vid.* Dictamen motivado del Senado del Reino de los Países Bajos de 24 enero 2012, PE480.810v01-00.

³⁹ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 29 noviembre 2011, "Evaluación del impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Directiva sobre RAL en materia de consumo)" y "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (Reglamento sobre RLL en materia de consumo)" [(SEC(2011)1408], p. 21.

⁴⁰ SEC(2011) 1408, p. 22.

⁴¹ *Ibid.*, p. 24.

que sin un sistema de RAL nacional que funcione bien y en el que pueda basarse y apoyarse la RAL transfronteriza, no se conseguirá desarrollar una RAL eficiente y efectiva para los litigios transfronterizos⁴². El Parlamento Europeo apoya igualmente la justificación de la Comisión, argumentando que es razonable pensar que no cabe desarrollar un sistema que garantice una cobertura global de la RAL y el cumplimiento de los criterios de calidad únicamente en lo que atañe a los litigios transfronterizos, en especial si este sistema ha de crearse, como se propone, sobre la base de la RAL en los Estados miembros⁴³. Por otra parte, se señala también que dicho objetivo no hubiera resultado posible de haber ejercido el legislador europeo su competencia legislativa en el marco de la cooperación judicial en asuntos civiles (art. 81.2º TFUE), pues, a pesar de preverse expresamente en él el desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de litigios, su acción normativa está restringida exclusivamente en esta materia a asuntos civiles transfronterizos.

9. Ahora bien, al margen de la justificación en criterios basados en la lógica de la integración, la regulación unitaria encuentra su justificación en criterios que responden más bien a una lógica de Derecho privado, pues son pocas las cuestiones en este ámbito que exijan una solución distinta de los litigios intracomunitarios y de los litigios domésticos. No obstante, no significa que la norma de transposición tenga que ofrecer una regulación lineal, pues será necesario que se cuente también con algún precepto que regule ciertos aspectos de los litigios transfronterizos que se desarrollen ante entidades establecidas en territorio español⁴⁴. En este sentido, al no ser el objetivo de la norma de transposición el desarrollo de los procedimientos de arbitraje ni de mediación, las particularidades que plantean uno y otro instituto en el ámbito del tráfico jurídico externo han de resolverse de acuerdo con lo previsto en las respectivas regulaciones⁴⁵.

⁴² *Ibid.*, pp. 30–31.

⁴³ *Vid.* el Informe del Parlamento Europeo, del 16 octubre 2012, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, *Documento de Sesión*, A7–0280/2012, pp. 1–134, p. 94.

⁴⁴ Por ejemplo, al estilo del art. 3 AL, junto a la determinación del carácter transfronterizo del litigio, convendría precisar la noción de residencia del consumidor y la noción del lugar de establecimiento del comerciante. Igualmente el lugar de establecimiento de la entidad de resolución alternativa en función de si está gestionada por una persona natural, por una persona jurídica o por una autoridad u otro organismo público. En relación con el principio de legalidad, cuando el litigio sea de carácter transfronterizo y el procedimiento vinculante, que la reclamación sea resulta de conformidad con las normas de conflicto previstas en la normativa europea sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*vid.* art. 8 AL). En relación con el principio de libertad, deberá tenerse en cuenta el juego de las normas imperativas frente a las cláusulas que sometan la controversia a cualquier procedimiento vinculante que pudiera menoscabar la tutela judicial efectiva del consumidor (*vid.* art. 7 LA).

⁴⁵ Por ejemplo, en relación con el arbitraje y la mediación deberían aplicarse la normas de DIPr que resuelven los problemas de la cuestión de la determinación del régimen del convenio arbitral o de las

3. Relación de prevalencia con otras normas

A) Normativa no armonizada

10. Siguiendo la prescripción que establece el art. 3 de la Directiva, salvo que se dispusiere otra cosa, las disposiciones de la futura ley estatal de transposición deberá prevalecer siempre, en caso de conflicto, sobre cualquier regulación recogida en una normativa nacional que se refiera a procedimientos extrajudiciales de RAL, sea o no transposición de lo establecido en otro acto jurídico europeo⁴⁶. Como hemos indicado *supra*, la propia Directiva indica que el desarrollo en la UE de un sistema adecuado de la RAL debe basarse en los procedimientos existentes en los Estados miembros y en el respeto de sus respectivas tradiciones jurídicas. Ahora bien, que no tenga por objeto el desarrollo de los procedimientos de RAL no significa que los procedimientos existentes, como los que se pudieran crear, no tengan que adecuarse a sus exigencias, siempre que se decida su reconocimiento en el marco de la norma europea. Como hemos señalado antes, la Directiva está destinada a aplicarse de manera horizontal a todo tipo de procedimientos de RAL (Considerando 19). Lo que supone que las disposiciones existentes en nuestro ordenamiento en materia de procedimientos de RAL de consumo, como las que se vayan a crear, han de respetar las disposiciones previstas en la futura ley estatal de transposición. De este modo, con el objeto de adecuarse a las previsiones establecidas en la norma de transposición, en nuestro ordenamiento jurídico será preciso acometer una reforma de las disposiciones reguladoras del SAC⁴⁷.

La prevalencia de la Directiva justifica la necesidad de adecuar el RD 231/2008 a las futuras previsiones que establezcan las disposiciones de la norma estatal de transposición, por ejemplo, introduciendo en la normativa reglamentaria estatal las disposiciones pertinentes que regulen las particularidades del arbitraje de consumo y la mediación pre-arbitral en conflictos transfronterizos en la UE.

La misma obligación de adecuación a las exigencias previstas en la norma de transposición deberá cumplir cualquiera normativa cuyo objeto sea la regulación

cláusulas de mediación, el procedimiento, el fondo de la controversia arbitral, el exequátur de laudos extranjeros o la ejecución de los acuerdos alcanzados tras la mediación, etc.

⁴⁶ Dicha prescripción la recoge la disposición adicional primera del Anteproyecto en los siguientes términos: “En caso de incompatibilidad, lo dispuesto en esta Ley prevalecerá sobre cualquier norma comunitaria o nacional de transposición que se refiera a procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos de consumo iniciados por un consumidor”.

⁴⁷ En este mismo sentido, sobre la adaptación del SAC, *vid.* la disposición adicional primera del Anteproyecto.

de la mediación de consumo⁴⁸. La competencia en este ámbito es exclusiva de las CCAA, lo que incluye la regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en este ámbito⁴⁹. Precisamente en este título competencial se incardina la adopción por el gobierno catalán del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo⁵⁰, ejecutando así la previsión recogida en el punto a) de la disposición final segunda del Código de Consumo de Cataluña⁵¹, que le emplazaba al establecimiento de la regulación del procedimiento de mediación previsto en el capítulo II del título III de este último texto normativo. Esta norma reglamentaria es pionera en toda España, pues, más allá de la mediación pre-arbitral prevista en el RD 231/2008, por el que se regula el SAC, no se encuentra en ninguna otra Comunidad Autónoma regulación parecida, a pesar de que hayan asumido todas ellas la competencia exclusiva en este ámbito. A lo sumo, las CCAA que han adoptado nuevas leyes de protección al consumidor se han limitado a señalar sin más su competencia en la materia⁵². Por el contrario, el Decreto 98/2014 regula de manera pormenorizada todos los aspectos que tienen que ver con la mediación de consumo, desde la reclamación a la empresa hasta la finalización, con resultado satisfactorio o no, del procedimiento⁵³.

De acuerdo con lo establecido en el apartado segundo del art. 131.1º y apartado sexto del art. 132.2º Código de Consumo de Cataluña, la competencia de la Comunidad Autónoma catalana en el ámbito que nos ocupa abarca el fomento, la

⁴⁸ El art. 2.2º.d) Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, excluye de su ámbito de aplicación la mediación en materia de consumo, en congruencia con las competencias autonómicas en la materia.

⁴⁹ Sobre la mediación de consumo, *vid.*, por todos, M.J. Marín López, “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 11, 2007, pp. 123–150, esp. pp. 141–146.

⁵⁰ DOGC, nº 6661 de 10 julio 2014. Sobre la mediación de consumo en Cataluña, *vid.* A.E. Vilalta Nicuesa, “Las reclamaciones de consumo en Cataluña y el sistema de mediación institucional (Análisis del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, a la luz de la normativa comunitaria y estatal)”, *Indret*, nº 4, 2014, pp. 1–27.

⁵¹ Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña (DOGC, nº 5677, de 23 julio 2010), que desarrolla el título competencial previsto en el art. 123 Ley Orgánica 6/2009, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE, 20-VI-2009), entre los que se encuentra “la regulación de los órganos y los procedimientos de mediación en materia de consumo”.

⁵² Por ejemplo, recientemente el art. 27.1. de la Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León (BOE, 27-III-2015) se limita a señalar: “La Administración de la Comunidad de Castilla y León fomentará y desarrollará la mediación como sistema para la resolución amistosa de conflictos en materia de consumo”.

⁵³ Deja a salvo las cuestiones procesales relativas a las condiciones necesarias para la consideración de los acuerdos de mediación de consumo como títulos ejecutivos, al circunscribirse en el ámbito de competencias del Estado. Por ello, el art. 30 Decreto 98/2014 hace una remisión implícita a los arts. 23, 25 y 26 de la Ley estatal (Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), conforme a los cuales, las partes pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de configurar el acuerdo como título ejecutivo.

gestión y el desarrollo de la mediación de consumo. Este ámbito de competencia lo expresa el art. 1.2º Decreto 98/2014 al definir su ámbito de aplicación, señalando que se extiende a todos los procedimientos de mediación de consumo que lleven a cabo las entidades acreditadas en el territorio de Cataluña. Concretamente, en el catálogo de conceptos que recoge el art. 2, su apartado primero define la mediación de consumo como el procedimiento voluntario de resolución extrajudicial de litigios mediante el cual los consumidores y los empresarios promueven la obtención de una solución consensuada, con la intervención de una persona mediadora formada en mediación que actúa de manera imparcial, experta y neutra.

De este modo, las entidades aspirantes a la acreditación para realizar la mediación de acuerdo con las condiciones establecidas en la Directiva deberán disponer de un estatuto o reglamento propio donde se recoja, entre otras cuestiones, una descripción detallada de las normas de su procedimiento garantizando su conformidad con las normas procedimentales previstas en el reglamento catalán. Esta obligación resulta de lo previsto en el art. 19.1º.c) de la Directiva, que reproduce el art. 10 del Decreto 98/2014, en relación con el estatuto o el reglamento propio de la entidad acreditada, entre la que figura la de recoger toda la información relativa a sus normas de procedimiento.

11. Lejos de poner en duda la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Cataluña en la regulación de la mediación de consumo, a la vista del contenido de la norma reglamentaria, creemos que el ejecutivo catalán invade la competencia que le corresponden al Estado en ciertos ámbitos relacionados con la transposición de la Directiva. Dicha extralimitación será igualmente la fuente de serios desajustes con la futura norma estatal de transposición, pues, como prevé expresamente aquella, su finalidad es también la aplicación y ejecución de la Directiva en el ordenamiento jurídico catalán en lo referente a la mediación. Como acabamos de indicar, el art. 1.2º Decreto 98/2014 define su ámbito de aplicación, señalando que abarca todos los procedimientos de mediación de consumo que lleven a cabo las entidades acreditadas en el territorio de Cataluña, entendiéndose por éstas: “los servicios públicos de consumo, las organizaciones de personas consumidoras, las asociaciones y los colegios profesionales, así como las entidades que reciban la acreditación mediante una norma con rango de ley” (art. 2.2º).

A tenor del contenido de este último precepto, no hay duda que atribuye *ex lege* la condición de entidad acreditada a la Agencia Catalana de Consumo y las oficinas municipales de información al consumidor (en cuanto servicios públicos de consumo catalanes), junto a las organizaciones de consumidores y los colegios profesionales, sin pasar ninguna de ellas por el filtro de la evaluación por

parte de la autoridad competente, tal y como exige el art. 20 de la Directiva, con el objeto de verificar si cumplen las condiciones para ser consideradas entidades de RAL. Por la fisonomía de las entidades descritas parece que someta a dicho examen solamente a entidades de naturaleza privada que aspiren a ser acreditadas. Análogamente, del propio art. 2.2º parece también deducirse la designación de la autoridad a la que corresponderá las funciones de recepción de la información de las entidades que aspiren a su acreditación, y de evaluación del cumplimiento de las condiciones exigidas a este fin.

Dos observaciones merecen estas dos cuestiones. Comenzando con la última, el ejecutivo catalán parece invadir el ámbito de competencias del legislador estatal, pues aunque quepa la posibilidad de que, en relación con las autoridades competentes del art. 20 de la Directiva, la futura ley estatal designe a los órganos de consumo de las CCAA —entre los que se encontraría la Agencia Catalana de Consumo—, lo cierto es que se trata de una decisión que se circunscribe estrictamente al ámbito de competencias del Estado en la transposición de la Directiva⁵⁴. Hemos de tener en cuenta que esa designación iría más allá de la acreditación a entidades en el ámbito de la mediación en justa correspondencia con la heterogeneidad de procedimientos a los que se aplica la Directiva.

De otra parte, en relación con la atribución *ex lege* de la condición de entidad acreditada a los servicios públicos catalanes de consumo, las organizaciones de consumidores y los colegios profesionales, hemos de señalar que no solo supone una transposición defectuosa o incorrecta de las previsiones de la Directiva, sino también la vulneración del Derecho de la UE, toda vez que la exigencia de la solicitud y concesión de la acreditación prevista para las entidades de naturaleza privada, del que están exoneradas *ex lege* las otras entidades mencionadas en dicho precepto, supone una restricción al acceso a la actividad de servicio, y su

⁵⁴ El Capítulo IV establece un procedimiento de notificación y de supervisión con el objeto de que las autoridades de cada Estado miembro garanticen que las entidades cumplan y funcionen con arreglo a los requisitos obligatorios que establece la Directiva. Cada Estado miembro deberá designar una o varias autoridades competentes que realicen esas funciones. En España esta competencia corresponde al Estado de conformidad con el título competencial que fundamenta la propia norma de transposición. Concretamente, dos opciones tendría el Estado a este respecto. De un lado, a tenor de la competencia de las CC AA en materia de defensa del consumidor, es razonable pensar que, junto a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN), el Estado español pudiera designar a la Comisión a más de una autoridad regional competente. De otro lado, cabe también la posibilidad de que designe una autoridad sectorial, como sería el caso del Banco de España en el ámbito de los servicios financieros. El Anteproyecto se decanta por esta última opción, declarando autoridad competente a la AECOSAN (art. 27.1º) y al Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en el ámbito del sector financiero (art. 27.2º), dándose la paradoja de que la entidad supervisora sea al alimón entidad de RAL y autoridad nacional competente. En cualquier caso, de acuerdo con el art. 27.4º AL, la AECOSAN será el órgano la que desempeñe el papel de punto de contacto único con la Comisión.

ejercicio, contraria a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior⁵⁵.

Más allá de esta última consideración, que requiere un análisis más detenido del que es posible realizar en este trabajo, la transposición de la norma catalana es defectuosa en la medida en que en el sistema de la Directiva no hay lugar para la acreditación *ex lege*. Todas las entidades que aspiran a ser acreditadas, y por tanto incluidas en el listado de la Comisión, deberán dirigir su solicitud a la autoridad competente, acompañándose de la documentación acreditativa a la que se refiere el art. 19 de la Directiva. Solamente tras la comprobación, por parte de la autoridad competente, del cumplimiento de los requisitos exigidos a la entidad aspirante, aquélla determinará su carácter de entidad acreditada, así como su inclusión en el listado de la Comisión (art. 20). Este procedimiento es común a todas las entidades con independencia de que su naturaleza sea pública o privada, como de la forma que revistan los procedimientos de RAL, e incluso de que ya estuvieran notificadas en el ámbito de las dos Recomendaciones⁵⁶.

B) Normativa armonizada

12. Algunos actos jurídicos vigentes de la UE dictados en sectores específicos prevén también disposiciones cuyo objeto no es tanto el fomento⁵⁷, como el establecimiento de entidades adecuadas y eficaces de resolución extrajudicial de litigios aplicables en materia de consumo. Como ya se ha indicado, a tenor de lo establecido en el art. 3 de la Directiva, salvo que se dispusiere otra cosa, las disposiciones de la futura norma de transposición prevalecerán igualmente, en caso de conflicto, sobre dichas disposiciones sectoriales. En unos casos el objeto de estos actos jurídicos europeos es la regulación de un sector específico que exce-

⁵⁵ DO L 376 de 27.12.2006. Su transposición al ordenamiento jurídico español fue llevada a cabo a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE, 24-XI-2009).

⁵⁶ Esto obligará, por ejemplo, a pasar por el filtro de la solicitud, comprobación y acreditación de las Juntas Arbitrales constituidas en el marco del SAC, aun cuando ciertamente sean las únicas instituciones notificadas por España a la Comisión, desde el año 2001, por acreditar el cumplimiento de los requisitos de la Recomendación 257/98/CE. Por todas estas razones consideramos que la regulación del ejecutivo catalán no se ajusta a las exigencias de la Directiva, con lo que debería proceder a la oportuna revisión o modificación.

⁵⁷ Algunas directivas se limitan a establecer únicamente que los Estados miembros fomentarán la creación o el desarrollo de procedimientos extrajudiciales adecuados y efectivos de reclamación y reparación para la solución de litigios en materia de consumo en el ámbito cubierto por ellas. Es el caso, por ejemplo, del art. 14 Directiva 2002/65/CE, de 23 septiembre 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DO L 271 de 9 octubre 2002), e igualmente del art. 14.2º Directiva 2008/122/CE, de 14 enero 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DO L 33 de 3 febrero 2009).

de la propia política de protección al consumidor (*ad ex.*, telecomunicaciones y sector energético), en otros casos se refieren a sectores concretos ubicados en el marco de esta última (*v.gr.*, crédito al consumo y servicios de pago).

13. A título meramente ejemplificativo, en el primer grupo nos encontramos con las disposiciones estatales que incorporan las obligaciones impuestas por el art. 34 Directiva 2002/22/CE, de 7 marzo 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal)⁵⁸, cuya transposición ha creado el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones⁵⁹.

Igualmente, de forma transversal a la protección al consumidor, se hallan las medidas adoptadas en el sector energético en desarrollo de las obligaciones que imponen en este ámbito el art. 3.13º y el Anexo 1 de la Directiva 2009/72/CE, de 13 julio 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE⁶⁰, e igualmente el art. 3.9º y el Anexo 1 de la Directiva 2009/73/CE, de 13 julio 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE⁶¹.

Estos preceptos establecen la obligación de los Estados miembros de garantizar la existencia de un mecanismo independiente encargado de tramitar eficazmente las reclamaciones y la solución extrajudicial de conflictos⁶². Con base en

⁵⁸ DO L 108 de 24.4.2002. Concretamente, en el art. 55 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones (BOE, 10-V-2014), que transpone el art. 34 Directiva 2002/22/CE tras la derogación del art. 38.1 de la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones (BOE, 4-XI-2003). Igualmente, en el art. 104.4º RD 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (BOE, 29-IV-2005); el art. 27 RD 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas (BOE, 30-V-2009); y la Orden Ministerial ITC/1030/2007, de 12 de abril, por la que se regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios finales y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones (BOE, 20-IV-2007).

⁵⁹ La STC 72/2014, de 8 de mayo, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Generalitat de Cataluña contra varios artículos de la Ley 32/2003, entre los que se encontraba el art. 38.1º relativo a este procedimiento administrativo, rechazando el TC su impugnación al encontrar acomodo en el título competencia recogido en el art. 149.1º.21 CE (f.j. 10).

⁶⁰ DO L nº 211, de 14-VIII-2009.

⁶¹ DO L 211 de 14.8.2009.

⁶² Adicionalmente, el Anexo 1 de las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, bajo el título común de “Medidas de protección al consumidor”, establece en su punto 1.f) como derecho de los consumidores, el que: “dispongan de procedimientos transparentes, sencillos y poco onerosos para tramitar sus reclamaciones. Concretamente, todos los consumidores tendrán derecho a un buen nivel de servicio y tramitación de las reclamaciones por parte del suministrador del servicio de electricidad. Tales procedimien-

tales premisas, a diferencia de lo que acontece con el sector gasista⁶³, el art. 43.5º Ley 24/2013, del sector eléctrico⁶⁴, prevé un procedimiento administrativo de resolución de reclamaciones por el Ministerio de Industria, que guarda un evidente paralelismo con el del sector de telecomunicaciones⁶⁵.

14. En el segundo grupo de actos jurídicos, se hallan las obligaciones de los Estados miembros de establecer procedimientos adecuados y eficaces de resolución extrajudicial de litigios en el ámbito del crédito al consumo y los servicios de pago, previstas en el art. 24 Directiva 2008/48/CE, de 23 abril 2008, de crédi-

tos de solución extrajudicial permitirán la resolución equitativa y rápida de los litigios, preferiblemente en un plazo de tres meses, y contemplarán, cuando esté justificado, un sistema de reembolso y/o compensación. Siempre que sea posible, los procedimientos en cuestión deberán ajustarse a los principios establecidos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 marzo 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo”.

⁶³ Las obligaciones del art. 3.9º y el Anexo I de la Directiva 2009/73/CE han sido recogidas en el art. 57 bis Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, a su vez, introducido por el ap. 5 del art. 2 del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista (BOE, 31-III-2012). En la actualidad, el tratamiento de las reclamaciones en el sector gasista requiere mejoras sustanciales, toda vez que, a diferencia de lo que acontece con el sector de la electricidad, aún no está definido un procedimiento específico para todos los usuarios finales que sean personas físicas, incluidos los consumidores a mercado libre. En el mercado del gas solamente los consumidores bajo la modalidad del suministro de último recurso pueden reclamar en vía administrativa a la autoridad autonómica competente.

⁶⁴ BOE, 27-XII-2013. Téngase en cuenta en este sentido la STC 142/2014, de 11 septiembre 2014, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad 4806-2009, interpuesto por el Gobierno de la Comunidad de Madrid respecto de los art. 4 y 5 Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (BOE, 24-II-2009), que obligaba a la Comisión Nacional de la Energía a poner en funcionamiento una Oficina de Defensa del Consumidor de Productos Energéticos, estando entre sus funciones la de resolver las controversias entre operadores del sector energético y los consumidores a través de un arbitraje institucional. El TC desestimó parcialmente el recurso por pérdida sobrevenida de objeto, en la medida en que las normas impugnadas del Real Decreto-ley 1/2009 no se trasladaron a la Ley 7/2009, que lo sustituye (FJ 2º). En relación con el problema planteado, *vid.* A.I. Mendoza Lozana, “La frustrada creación de la oficina de defensa del consumidor de productos energéticos no erradica los problemas competenciales entre Estado y Comunidades Autónomas sobre energía y consumo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 142/2014, de 11 septiembre 2014, (RTC 2014\142)”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, noviembre 2014, <http://blog.uclm.es/cesco/2014/12/01/>.

⁶⁵ Dicho procedimiento, pendiente de desarrollo mediante orden ministerial, se atribuye con carácter potestativo a todos los usuarios finales que sean personas físicas, siendo vinculante para los sujetos del sector eléctrico, quienes estarán obligados a someterse al mismo y a cumplir la resolución que le ponga fin. En cuanto a los efectos de la resolución, la misma podrá ordenar la devolución de importes indebidamente facturados y, en general, disponer cuantas medidas tiendan a restituir al consumidor en sus derechos e intereses legítimos, incluyendo el reembolso y compensación por los gastos y perjuicios que se hubiesen podido generar. La resolución que se dicte agota la vía administrativa pudiéndose impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

to al consumo⁶⁶, y en el art. 83 Directiva 2007/64/CE, de 13 noviembre 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior⁶⁷.

Dichas obligaciones fueron incorporadas en el art. 35 Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo⁶⁸, y en el art. 50 Ley 16/2009, de 13 noviembre servicios de pago⁶⁹. Uno y otro precepto prevén el sometimiento de las entidades de crédito y los proveedores de servicios de pago en sus relaciones con los consumidores a los procedimientos establecidos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros⁷⁰. Esta normativa está recogida en los arts. 29 y 30 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero⁷¹, cuyo objeto es la protección del usuario en cada uno de los tres ámbitos de la actividad financiera: banca, seguros y valores. El art. 29 establece la obligatoriedad de contar con un servicio de atención al cliente y la potestad de designar un defensor del cliente⁷². El art. 30 designa los órganos públicos a los que puede acudir el consumidor después de haber presentado la reclamación ante estas entidades⁷³, e igualmente habilita a dictar las disposicio-

⁶⁶ DO L 133 de 22.5.2008.

⁶⁷ DO L 319 de 5.12.2007.

⁶⁸ BOE , 25-VI-2011. Al respecto de los procedimientos de RAL en el ámbito del crédito al consumo, vid. I. Espín Alba, "Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de créditos al consumo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2160, noviembre de 2013, pp. 1-25, y la bibliografía que acompaña.

⁶⁹ BOE, 14-XI-2009.

⁷⁰ En relación con el ámbito específico de los servicios financieros, el Anteproyecto prevé en su disposición adicional cuarta la acreditación y notificación de una única entidad que habrá de ser constituida por ley. A estos efectos se establece un mandato al Gobierno de remitir, en el plazo de diez días a contar desde la entrada en vigor de la ley de transposición, un proyecto de ley a las Cortes Generales que regule el sistema institucional de protección del cliente financiero en el que se establezca su organización y funciones. No obstante, hasta la entrada en vigor de dicha ley, se establece también la obligación de adecuar a las exigencias previstas en la ley de transposición el funcionamiento y el procedimiento de los servicios de reclamaciones regulados en el art. 30 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero. En especial, se garantizará su independencia orgánica y funcional en el seno del organismo donde están incardinados con el fin de poder ser acreditados como entidad de resolución alternativa de conflictos financieros.

⁷¹ BOE, 23-XI-2002. Su art. 30 fue modificado por la Disposición final undécima de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE, 5-III-2011).

⁷² El art. 29 establece la obligatoriedad de las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, y las entidades gestoras de fondos de pensiones, de contar con un servicio de atención al cliente encargado de atender y resolver las quejas y reclamaciones, e igualmente la potestad de designar un defensor del cliente, que habrá de ser una entidad o un experto independiente de reconocido prestigio, y a quien corresponderá atender y resolver los tipos de reclamaciones que se sometan a su decisión en el marco de lo que disponga su reglamento de funcionamiento, así como promover el cumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela y de las buenas prácticas y usos financieros.

⁷³ El art. 30 Ley 44/2002 designa al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, como los órganos a los que puede acudir el consumidor después de haber presentado la reclamación ante el servi-

nes de desarrollo del procedimiento de presentación de reclamaciones ante dichos órganos⁷⁴. Dicho procedimiento, en suma, participa de las mismas características al que somete las reclamaciones ante la Agencia Estatal para la Seguridad Aérea por incumplimiento por la compañía aérea de las obligaciones establecidas en el Reglamento nº 261/2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o de gran retraso de los vuelos⁷⁵.

IV. Ámbito de aplicación de la norma de transposición

1. Ámbito de aplicación personal

15. La Directiva, como el Reglamento, se aplican *ratione personae* siempre que la controversia tenga su fuente en un contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor, excluyendo las reclamaciones entre comerciantes. El art. 4.1º.b) define al comerciante como toda persona física, o toda persona jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que lo haga en su nombre, o a su cargo, con fines relacionados con sus actividades comerciales o empresariales, su oficio o su profesión. Por su parte, la letra a) define al consumidor en la misma línea que lo hacen las directivas en materia de consumo dictadas en la realización del mercado interior⁷⁶, acogiendo la noción estricta basada en el criterio objetivo de la no actividad profesional⁷⁷: “toda persona

cio de atención al cliente, o, de existir, ante el defensor del cliente de la entidad reclamada. Los Servicios de Reclamaciones son competentes para atender las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros, que estén relacionadas con sus intereses y derechos legalmente reconocidos, y que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

⁷⁴ El art. 30 Ley 44/2002 habilita al Ministro de Economía para dictar las disposiciones de desarrollo del procedimiento de presentación de reclamaciones, lo cual ha tenido lugar a través de la Orden Ministerial ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras (BOE, 24-III-2004), y la Orden Ministerial ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (BOE, 22-XI-2012). Como establece el citado precepto, su actuación habrá de ajustarse a los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación, y deberán resolver las reclamaciones a través de informes motivados, que no tendrán en ningún caso carácter de acto administrativo recurrible.

⁷⁵ En el marco de competencias atribuidas por el art. 9 RD 184/2008, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (BOE, 14-II-2008).

⁷⁶ Vid. a este respecto, S. Cámara Lapuente, “El concepto legal de ‘consumidor’ en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2011, pp. 84-117.

⁷⁷ En relación con la interpretación del TJUE de la noción de consumidor en las normas de derecho derivado, vid. STJUE 14 marzo 1991, as. C-361/89: *Di Pinto*.

física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o profesionales, a su oficio o a su profesión⁷⁸. Teniendo en cuenta la noción de consumidor del art. 3 TRLGDCU⁷⁹, la duda que se plantea, de cara a la futura transposición, es sobre la posible extensión de la noción de la Directiva a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. El TJUE ha resuelto este tipo de desajuste entre el Derecho nacional y el Derecho europeo, en el bien entendido de que la cláusula de mínimos de una directiva no puede interpretarse que prohíbe a los Estados adoptar medidas en un ámbito al que ella no se refiere⁸⁰. Lo cual quiere decir, si tomamos en consideración el carácter de mínimos de la Directiva objeto de estudio, que la extensión de la tutela que realiza el art. 3 TRLGDACU se ubicaría en un espacio en que el legislador español tiene total libertad⁸¹. En consecuencia, de cara a la transposición⁸², tendrían también derecho al acceso a las entidades de RAL, establecidas en territorio español, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica sin ánimo de lucro, ya sea el litigio interno o sea transfronterizo⁸³.

16. Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con el Reglamento, la Directiva establece su aplicabilidad únicamente a las reclamaciones presentadas por los consumidores contra los comerciantes, quedando, por lo tanto, excluida de su ámbito de eficacia las reclamaciones presentadas por comerciantes contra consumidores⁸⁴. No obstante, debemos dejar constancia aquí de la puntualización de

⁷⁸ En relación con los contratos de doble finalidad, celebrados con un propósito en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, el Considerando 5 Directiva hace un guiño a la STJUE 12 enero 2005, as. 464/01: *Gruber*, al señalar que dicha persona debe ser considerada un consumidor cuando el propósito comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del suministro.

⁷⁹ Modificado por el artículo único 1 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE, 28-III-2014).

⁸⁰ STJUE 14 marzo 1991, as. C-361/89: *Di Pinto*, ap. 22; STJUE 4 junio 2009, as. C-285/08: *Moteurs Leroy Somer*, ap. 26-28.

⁸¹ S. Cámara Lapuente, “El concepto legal de...”, *loc. cit.*, p. 98.

⁸² La solución que proponemos está en la misma línea con la que ofrece el art. 1.3º AL: “En el supuesto de que una norma sectorial no limite la presentación de reclamaciones ante estas entidades a las personas físicas, serán consideradas igualmente consumidoras las personas jurídicas y entidades que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

⁸³ Entendemos que no habría ningún inconveniente para extender la tutela a las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que no tengan ánimo de lucro en el caso de los litigios transfronterizos, de los que pudieran conocer cualquier entidad establecida en España, tratándose de supuestos fuera del marco de la cooperación judicial en asuntos civiles (art. 81 TFUE), y, por ende, de la definición autónoma desarrollada por el TJUE en el contexto del art. 17 Reglamento 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento de Bruselas I bis) y del art. 6 Reglamento 593/2008, de 17 julio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento de Roma I).

⁸⁴ Dicha exclusión, que no constaba en la Propuesta de la Comisión, fue introducida por el Parlamento Europeo bajo el argumento de que los comerciantes ya cuentan con medios suficientes para resolver

la Directiva, no impidiendo que los Estados miembros puedan adoptar o mantener en vigor disposiciones sobre procedimientos para la resolución extrajudicial de dichos litigios. Esta precisión la realiza la norma europea con el objeto de respetar el principio de proporcionalidad, y con ello la identidad de las legislaciones de los países que prevean en este ámbito el criterio bidireccional. Lo cual, tomando en consideración la normativa vigente, no sería el caso de España, toda vez que los procedimientos de RAL previstos en nuestro sistema jurídico poseen un carácter unidireccional, recayendo en el consumidor la legitimación para iniciarlos mediante la correspondiente reclamación⁸⁵.

2. *Ámbito de aplicación territorial*

17. En lo que respecta a su alcance *ratione territorii*, no es poco común la concreción de esta cuestión en atención a la aplicación de la Directiva también a los litigios transfronterizos⁸⁶, si bien se trata de un criterio impropio para esta cuestión, al estar relacionado más con la esfera de competencia de la entidad de resolución que con el ámbito territorial de la propia normativa. En puridad, la delimitación del ámbito espacial de la norma europea está supeditada a que la entidad se halle establecida en un Estado miembro, lo que equivale a decir que la norma de transposición resultará de aplicación siempre que la entidad de resolución competente se halle establecida en España. Atendiendo a la definición prevista en el apartado tercero del art. 4 de la Directiva⁸⁷, en el caso de que la entidad sea gestionada por una persona física, cuando la persona realice sus actividades en territorio español. En el caso de que sea gestionada por una persona jurídica, con ánimo o sin ánimo de lucro, cuando también realice sus actividades en territorio español o tenga su domicilio social en España.

esas reclamaciones sin estar incluidos en el ámbito de la RAL, *vid.* Informe del Parlamento Europeo, del 16 octubre 2012, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, *Documento de Sesión*, A7-0280/2012, p. 87.

⁸⁵ Por el contrario, el art. 2.2º Reglamento establece su aplicabilidad a los litigios iniciados por un comerciante frente a un consumidor, siempre que la legislación del Estado miembro de residencia habitual del consumidor admita que tales litigios se resuelvan a través de la intervención de una entidad de resolución alternativa. A tal efecto, como establece el art. 2.3º Reglamento, serán los Estados miembros quienes deberán informar a la Comisión si su legislación permite o no esta última posibilidad, e igualmente de las entidades de resolución alternativa competentes para conocer de tales litigios, esto es, las que notifiquen las autoridades competentes en la lista a la que se refiere el art. 20.2º Directiva. De nuevo el principio de proporcionalidad se halla tras este precepto, respetando las singularidades de cada Estado miembro. Volviendo al caso español, por ejemplo, la aplicación bidireccional del Reglamento quedaría frenada en el ámbito del arbitraje institucional en virtud del carácter unidireccional que posee el SAC.

⁸⁶ Afirmando esta misma idea, *vid.* L. García Montoro, "Resolución alternativa de litigios y litigios en línea en materia de consumo: Directiva 2013/11/UE y Reglamento nº 524/2013", *Revista CESCO de Derecho de consumo*, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/CONSUMO3.pdf>.

⁸⁷ *Vid.* a este respecto el art. 17.4º AL.

Concretamente, el criterio territorial del establecimiento de la entidad de resolución interviene en las dos fases en que se desarrolla la norma europea: antes y después de la acreditación. En la primera, en lo que a la fase de solicitud de la acreditación se refiere, la ley estatal (de transposición) será aplicable siempre que se trate de una entidad establecida en territorio español, tal y como lo prevé el art. 2.4º de la Directiva. Es el corolario lógico del principio de territorialidad, es decir, la esfera de aplicación de la norma transpuesta queda siempre supeditada al ámbito de actuación de la autoridad española competente. En la segunda fase, una vez acreditada, cualquiera que sea la naturaleza del litigio (interno o transfronterizo), como la forma del procedimiento, la norma de transposición será aplicable siempre que las partes sometan aquél a una entidad de RAL establecida en territorio español. El cumplimiento de esta condición conlleva entonces la delimitación espacial de la normativa transpuesta, determinando los litigios transfronterizos a los que se aplica. No se debe pasar por alto que para cumplir el objetivo principal de la Directiva –garantizar a los consumidores el derecho al acceso voluntario a entidades de resolución de conflictos–, la futura ley ha de prever la obligación de las entidades acreditadas a aceptar no solamente los litigios transfronterizos en los que una de las partes tenga su residencia (consumidor) o establecimiento (comerciante) en territorio español, sino también, como cláusula de cierre del sistema, de aquellos otros supuestos que se pudieran suscitar en el caso de que un Estado miembro recurra a una entidad establecida en España cuando no existiera en él una entidad competente (art. 5.3º de la Directiva).

3. Ámbito de aplicación objetivo

A) La naturaleza contractual del litigio

18. La aplicación de la norma europea, por tanto de la ley de transposición, queda supeditada al cumplimiento cumulativo de una serie de circunstancias relacionadas con la naturaleza de la controversia, la condición de la entidad acreditada y la forma del procedimiento, siempre a condición de que la resolución del litigio no tenga lugar en el marco de un procedimiento judicial (art. 2.2º.f.). En relación con el primer aspecto, señala el art. 2.1º de la Directiva, es preciso que la controversia se refiera a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o prestación de servicios entre un consumidor y un comerciante. Se trata de una definición un tanto desafortunada, pues a primera vista parece dejar fuera los litigios relativos al incumplimiento por el comerciante de las obligaciones legales (no convencionales) nacidas con la celebración del contrato de consumo. Pensemos, por ejemplo, en los derechos del consumidor frente a la garantía legal de los bienes de consumo por incumplimiento del co-

mercante de la obligación legal de conformidad (arts. 114 a 122 TRLGDCU), o en los derechos del consumidor por el cumplimiento defectuoso por parte del comerciante de las obligaciones legales de información precontractual en la contratación a distancia (arts. 97, 98 y 100 TRLGDCU). Sin embargo, no hay razones para dudar de la exclusión de este tipo de litigios, en la medida en que la expresión obligaciones contractuales engloba, al estilo del art. 7.1º Reglamento de Bruselas I bis, todas aquellas que tienen su fuente en un acuerdo libremente asumido entre las partes⁸⁸, esto es, que procedan del contrato⁸⁹. Más preocupante, si cabe, es el alcance material de la normativa europea al quedar fuera los litigios que tengan por objeto bienes inmuebles. En efecto, de acuerdo con los arts. 2.1º y 4.c), la Directiva se aplica a los procedimientos de resolución extra-judicial relativos a obligaciones contractuales nacidas de contratos de compraventa, entendiéndose por tal aquel en virtud del cual el comerciante transfiere o se compromete a transferir al consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto incluya, a la vez, bienes y servicios. En cuanto al objeto, solamente está pensado para los litigios derivados de la venta de productos corporales, e incorporeales como los derivados del suministro de contenidos digitales a cambio de una retribución (Considerando 16). Por su parte, el apartado d) define al contrato de servicios como todo contrato, con excepción de un contrato de compraventa, en virtud del cual el comerciante presta o se compromete a prestar un servicio al consumidor y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio. Así las cosas, del mismo modo que acontece con la noción de consumidor, en uso de su libertad sería conveniente la ampliación por el legislador espa-

⁸⁸ Sobre la noción de obligación contractual en el DIPr europeo, *vid* nuestro trabajo, J.I. Paredes Pérez, “Algunas consideraciones nociones en torno al alcance de la noción autónoma de contrato en Derecho internacional privado comunitario”, *REDI*, nº. 1, 2006, pp. 319-330.

⁸⁹ Tal y como prevé el art. 3.2º AL, atendiendo al origen contractual del problema quedarán excluidas de la futura transposición, los litigios sobre servicios no económicos de interés general (art. 2.2º.c. Directiva). Estos servicios se caracterizan por realizarse en ausencia de una contraprestación económica, englobando los servicios prestados por el Estado o en su nombre sin recibir una retribución a cambio (sistema de escolaridad obligatoria, protección social sanitaria, etc.), e igualmente las funciones básicas del Estado (seguridad, justicia, etc.). De este modo, la norma de trasposición tampoco será de aplicación a las reclamaciones sobre servicios relacionados con la salud, prestados a pacientes por un profesional sanitario con el fin de evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, así como la extensión de recetas, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios (art. 2.2º.h). Igualmente, las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior (art. 2.2º.i). Por otra parte, más allá de que la controversia tenga su origen en el contrato, quedarán también excluidas, igual que establece el art. 57.1º TRLGDCU en relación con el SAC, las reclamaciones sobre materias no disponibles para las partes, es decir, desde una perspectiva procesal, aquellas controversias para cuya resolución fuera necesaria una resolución judicial, dicho de otro modo, donde no pudiera operar el principio dispositivo en el proceso: conflictos que versen sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.

ñol del ámbito material de la ley de transposición a los conflictos que versen sobre contratos de consumo cuyo objeto fueran bienes inmuebles⁹⁰.

B) La condición de la entidad acreditada

19. De acuerdo con la Directiva, la norma de transposición será aplicable con respecto a toda entidad, independientemente de cómo se denomine, establecida de manera duradera, que ofrezca, una vez acreditada o autorizada por la autoridad española competente, la resolución de litigios entre comerciantes y consumidores mediante un procedimiento conforme con las prescripciones que establezca la ley. En consecuencia, atendiendo a esta descripción, resultará indiferente la naturaleza pública o privada de la entidad de resolución⁹¹. Por el contrario, en lo que respecta a la entidad en sí misma, deviene relevante el requisito de que esté establecida de manera duradera y que haya sido autorizada por la autoridad competente. La primera condición dejará fuera del ámbito de apli-

⁹⁰ El Anteproyecto no contempla la ampliación que proponemos. Siendo cierto que no excluye los conflictos contractuales sobre bienes inmuebles, sin embargo exige que surjan como consecuencia de un contrato de compraventa o de servicios, por lo que quedarían fuera de su ámbito de aplicación los conflictos que tengan, por ejemplo, su origen en contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. No obstante, cabe una corrección de tal situación por medio de la normativa sectorial, como acontece en el ámbito del SAC, cuyo ámbito de aplicación alcanza, con independencia del tipo de contrato, a cualquier conflicto cuya fuente sea un contrato que tenga por objeto bienes inmuebles.

⁹¹ En general, la Directiva da carta de naturaleza a las entidades privadas que ofrecen servicios de resolución alternativa de litigios, a las que exige que cuenten con suficientes recursos humanos, materiales y financieros para llevar a cabo sus fines, *vid.*, A.E. Vilalta Nicuesa, “La paradoja de la mediación...”, *loc. cit.*, p. 15. En España, predominan las entidades de naturaleza pública a tenor de la iniciativa de las Administraciones en este ámbito. Sin ánimo de ser exhaustivos, se trata del caso de las Juntas Arbitrales, los organismos autonómicos competentes en materia de consumo, las oficinas municipales de información al consumidor, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la Oficina de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones, la Oficina de Atención al Usuario de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea. Pero tampoco debemos preterir la naturaleza privada de entidades que ofrecen la resolución de litigios de consumo, como Confianza Online y los defensores del cliente en los servicios financieros, si bien este panorama debe cambiar con la entrada en vigor de la norma de transposición. De *lege ferenda* habrá que facilitar el acceso de entidades privadas en este ámbito (colegios profesionales, asociaciones, instituciones arbitrales y de mediación, despachos de abogados, etc.), incluidos los procedimientos que finalicen con una solución vinculante para las partes siempre, como en el caso de los arbitrajes institucionales, siempre a condición de que se traten de entidades y asociaciones sin ánimo de lucro (art. 14 Ley 60/2003, de Arbitraje). Por ello sorprende la posición que adopta a este respecto el Anteproyecto en su art. 17.3º, estableciendo que solo serán acreditadas y notificadas en los procedimientos que finalicen con una solución vinculante para los consumidores aquellas instituciones o entidades creadas por normas que den cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos o a un sector específico. En mi opinión, más que contradecir los objetivos de la propia Directiva, que ya quedan satisfechos con el estado actual de la regulación sobre el SAC, la exclusión de la acreditación y notificación de las entidades privadas que cumplan con los requisitos de calidad legalmente establecidos es incompatible con la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, toda vez que puede suponer una restricción a los servicios otorgados por una entidad acreditada en otro Estado miembro (*v.gr.*, un proveedor de arbitraje en el Reino Unido).

cación de la Directiva, *ergo* de la norma de transposición, los procedimientos extrajudiciales creados *ad hoc* para un único litigio entre un consumidor y un comerciante (Considerando 20). La segunda, por su parte, dejará fuera las negociaciones directas entre el consumidor y el empresario para la solución de sus conflictos e igualmente los procedimientos internos de tramitación de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante (art. 2.2º.b). En relación con el sistema de tratamientos de las reclamaciones del comerciante, la Directiva no impide que los Estados miembros mantengan o introduzcan disposiciones nacionales sobre dichos procedimientos, en la medida en que pueden constituir un medio eficaz de resolución temprana de litigios en materia de consumo (Considerando 17).

En España, tras un intento fallido de obligar a las empresas de servicios a contar con un servicio de atención al cliente destinado a los consumidores⁹², la Ley 3/2014 ha establecido unos parámetros mínimos de calidad que, con carácter general, deberán cumplir todos los empresarios en relación con la tramitación interna de las quejas o reclamaciones, aun cuando no opten por la puesta a disposición del consumidor de aquel tipo de servicio. Entre dichas obligaciones se halla la de dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación.

La futura norma de transposición deberá introducir una nueva redacción de los apartados tercero y cuarto del art. 21 TRLGDCU para el caso de que aquélla no hubiera sido resuelta satisfactoriamente en dicho plazo, obligando a los empresarios a facilitar el acceso al consumidor a la entidades a la que estuvieran adheridos siempre que sean de las incluidas en la lista de la Directiva 2013/11/UE⁹³.

⁹² Vid. Proyecto de Ley por la que se regulan los servicios de atención al cliente destinados a los consumidores y usuarios (BOCG, nº 131, 10 junio 2011), que caducaría finalmente al terminar su tramitación en las Cortes ante la disolución de la novena Legislatura. Esta iniciativa preveía, con carácter general, la obligación de todas las empresas prestadoras de servicios de disponer un servicio de atención al cliente con el objeto de poder facilitar información, atender y resolver las quejas y reclamaciones y cualquier incidencia que se plantearan por el cliente. No obstante, esta exigencia concretaría en la normativa sectorial en relación con ciertos servicios básicos y de especial trascendencia económica. Así sucede, por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, donde el art. 47.2º Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, y el art. 104 RD 424/2005, de 15 de abril, establecen la obligatoriedad de que los operadores dispongan de un departamento o servicio especializado de atención al cliente que tenga por objeto facilitar información y atender y resolver las quejas y reclamaciones de sus clientes. Igualmente, en el sector de la electricidad a través de lo previsto en el art. 46.1.o) Ley 24/2013, del sector eléctrico. En el sector del gas, tal y como prevé el art. 8.2.n) Ley 34/1998, al establecer las obligaciones de las comercializadoras. También en el sector de los servicios financieros en virtud del art. 29 Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

⁹³ Vid. es este mismo sentido la disposición final cuarta del AL.

20. Por otra parte, la Directiva excluye igualmente los procedimientos ante entidades de resolución de litigios en los que las personas físicas responsables de su resolución estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el comerciante en cuestión. Este tipo de entidades se encuentra bastante extendido en Francia bajo la figura del mediador de empresa⁹⁴. Esta es la razón por la que la Directiva deja la posibilidad de que los Estados miembros decidan autorizarlos como procedimientos de resolución alternativa en el marco de la Directiva siempre a condición del cumplimiento de las exigencias previstas en el apartado tercero del art. 6 (principios de independencia e imparcialidad)⁹⁵.

Concretamente, en lo que se refiere a las personas encargadas de la resolución del litigio, la norma de transposición deberá exigir que sean nombradas por un órgano colegiado; que dispongan de un mandato mínimo de tres años; y que se comprometan a no trabajar para el comerciante, ni para una organización profesional de la que fuese miembro aquél, por un periodo de tres años a contar desde el término de su actuación en el procedimiento. De otro lado, en lo que a la entidad de resolución de litigios se refiere, que no tengan ningún vínculo jerárquico ni funcional con el empresario, estando su actividad claramente separada de las entidades operativas del comerciante; y que dispongan para el cumplimiento de sus funciones de un presupuesto suficiente que fuese independiente del presupuesto general de aquél.

En el contexto actual de nuestro sistema, la fisonomía de los mediadores de empresas se aproxima bastante a la figura de los defensores del cliente en el ámbito de los servicios financieros. Ahora bien, de cara a la transposición de la Directiva, la acreditación de estas entidades exigirá la revisión de ciertos aspectos del reglamento de funcionamiento, como, por ejemplo, lo concerniente a su designación al ser nombrados actualmente por el consejo de administración de la entidad financiera (art. 5 Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo).

⁹⁴ Por ejemplo, *Médiation d'Electricité de France, Médiateur de Gaz de France, Médiateur du Groupe La Poste, Médiateur de la SNFC*, etc. Dichas entidades realizan la labor de mediación conforme a su adhesión a la *Charte des Bonnes Pratiques de la Médiation de la Consommation*, adoptada por la Comisión francesa de la Mediación del Consumo, que se inscribe en el marco de la Directiva 2008/52/CE. [http:// www.mediation-conso.fr/charte.html](http://www.mediation-conso.fr/charte.html). También en relación con los diferentes tipos de mediadores en Francia, *vid.* CH. Hodges, I. Benóhr y N. Cresutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe...*, *op. cit.*, pp. 43-46.

⁹⁵ El Anteproyecto contempla, si bien de manera excepcional, la posibilidad de la acreditación de entidades de resolución en las que las personas encargadas de resolver estén retribuidas por el empresario. Dicha excepcionalidad lo expresa de manera inadecuada e imprecisa, admitiéndolas en sectores en los que exista un alto nivel de conflictividad y escasa adhesión empresarial a entidades de resolución alternativa (art. 14.4º AL). En nuestra opinión, no vemos las razones que lleva a su admisibilidad excepcional, y si las hubiere deberían ser explicadas con más precisión, pues las meras referencias que se hacen el citado precepto a “un alto nivel de conflictividad” y a “escasa adhesión” adolecen de una evidente imprecisión que ponen en cuestión la misma seguridad jurídica.

C) Métodos de solución

21. Desde un punto de vista objetivo, la futura ley de transposición será aplicable con independencia de cuál sea el método que revistan los procedimientos de RAL. Esto obedece a la heterogeneidad de procedimientos que conviven tanto en la UE, como en el interior de los Estados miembros. Se aplica a los procedimientos en los que la entidad reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa, a los procedimientos en los que dicha entidad propone, o impone una solución, e igualmente a los que puedan adoptar la forma de una combinación de dos o más de estos procedimientos. En lo que respecta a la naturaleza, también se aplica a los procedimientos administrativos de resolución de reclamaciones.

La realidad española confirma igualmente esa variedad o diversidad en relación con la heterogeneidad de los procedimientos de RAL de consumo. Por ejemplo, procedimientos de heterocomposición (*v.gr.*, el arbitraje institucional en el RD 231/2008, por el que se regula el SAC), de autocomposición (*v.gr.*, la mediación institucional en el Decreto 98/2014 del gobierno catalán), e igualmente de naturaleza administrativa (*v.gr.*, el procedimiento seguido, en virtud de la Ley 9/2014, ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones).

En cuanto a la forma, dicha heterogeneidad lo confirman, en primer lugar, los procedimientos en los que la entidad reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa se halla la mediación institucional, o acuerdos facilitados, que ofrecen los servicios públicos de consumo, fuera del SAC (*v.gr.*, la mediación institucional en el Decreto catalán 98/2014, de 8 de julio).

En segundo lugar, los procedimientos en los que la entidad propone una solución, como los que se sustancian en el marco de las reclamaciones ante el *Ombudsman* del consumidor en sectores específicos: transporte aéreo (Agencia Estatal para la Seguridad Aérea) y servicios financieros (Servicio de Reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones)⁹⁶.

⁹⁶ Por ejemplo, la OM ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, al que puede acudir el consumidor después de haber agotado la vía de la reclamación ante el servicio de atención al cliente de la entidad financiera reclamada, o de existir, ante el defensor del cliente de la misma. Como establece el artículo 30.2º Ley 44/2002, el procedimiento de reclamación ante estos órganos finaliza con la emisión de un informe motivado, que no tendrá en ningún caso carácter administrativo recurrible. Se trata, como hemos indicado antes, de un procedimiento similar del previsto en el sector del transporte aéreo ante la Agencia Estatal para la Seguridad Aérea en relación con las reclamaciones relativas al incumplimiento por la compañía aérea de las obligaciones establecidas en el Reglamento nº 261/2004, en caso de dene-

En tercer lugar, los procedimientos en que la entidad impone una solución, entre los que se encuentran los que son el resultado de la actividad administrativa arbitral (Juntas arbitrales del SAC y Juntas Arbitrales de Transporte Terrestre), o el arbitraje administrado por instituciones de Derecho privado notificadas a la Comisión por acreditar el cumplimiento de los requisitos de la Recomendación 257/98/CE (Confianza Online), cuyo resultado es un laudo que tiene carácter vinculante para las partes y produce el efecto de la cosa juzgada material⁹⁷. Igualmente, los procedimientos administrativos ante organismos de naturaleza jurídico-pública (reclamaciones ante la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, y el previsto para el sector de la energía eléctrica), que obliga a las compañías a participar y a cumplir la resolución que le ponga fin, teniendo ésta la consideración de acto administrativo recurrible.

Por último, los procedimientos ante una institución privada, como el previsto ante el defensor del cliente en el ámbito de los servicios financieros, que obligan a participar a la entidad financiera reclamada, siendo vinculante su decisión en el caso de que fuera favorable al consumidor y éste lo aceptara (art. 29.2º Ley 44/2002).

En cuarto lugar, los procedimientos que pueden adoptar la forma de una combinación de cualquiera de los anteriores, como acontece con la mediación pre-arbitral y el arbitraje en el marco del sistema previsto en el RD 231/2008.

V. Principios aplicables a las entidades acreditadas

1. Facilidad de acceso a las entidades

22. De conformidad con el art. 5.1º de la Directiva, los Estados miembros deberán facilitar el acceso a los consumidores a procedimientos de RAL, y garantizarán que los litigios a los que se aplique la misma, y en los que esté implicado

gación de embarque y de cancelación o de gran retraso de los vuelos. Por lo demás, en el caso de que el informe fuera favorable al consumidor y la entidad financiera o la compañía aérea no cumpliera con las obligaciones en él contenidas, el primero puede acudir a la vía judicial y aportarlo como prueba documental. A este respecto, *vid.* S Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Barcelona, de 17 marzo 2011 (AC 2011\1032) y la S Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao, de 11 mayo 2012 (JUR 2013\94237), valorando el informe de la Agencia Estatal para la Seguridad Aérea, en ambos casos, por denegación indebida de embarque.

⁹⁷ Por tanto, de cara a la transposición no debiera haber ninguna cortapisa para acreditar a entidades de naturaleza privada que ofrezcan procedimientos que finalicen, como el arbitraje, con una solución vinculante para los consumidores. Como hemos indicado *supra* (nota a pie nº 92), dicha limitación podría suponer una restricción al acceso a la actividad de servicio, y su ejercicio, contraria a la Directiva 2006/123/CE. El único requisito que deberían cumplir es la limitación establecida en el art. 14 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que impide a las entidades y asociaciones con ánimo de lucro la realización del arbitraje institucional.

un comerciante establecido en sus territorios respectivos, puedan someterse a una entidad acreditada. De cara a la futura transposición, este precepto contiene implícitamente una doble exigencia. De un lado, garantizar a los consumidores el derecho a presentar en línea una reclamación, o fuera de línea cuando proceda, ante una entidad de resolución en relación con un litigio surgido con un comerciante establecido en España⁹⁸. De otro lado, garantizar que cualquiera de los litigios (transfronterizos e internos) a los que se aplica la Directiva pueda someterse a una entidad establecida en nuestro territorio que haya recibido la acreditación de la autoridad española competente. La primera exigencia constituye, sin ninguna duda, el objeto de la que será la futura ley de transposición, por lo que debería abrir su articulado⁹⁹. La adecuación a esta exigencia, en lo que a los litigios transfronterizos se refiere, pasa por la revisión de la normativa vigente en relación con los procedimientos. Por ejemplo, la reforma del RD 231/2008 sobre el SAC con el objeto de prever expresamente su aplicación a los conflictos transfronterizos. Esta exigencia se encontrará también en la norma de transposición en relación con la regulación de las entidades de resolución, para cumplir la obligación que establece el apartado e) del art. 5.2º de la Directiva, esto es, garantizando la aceptación de litigios nacionales y transfronterizos, incluidos los cubiertos por el Reglamento.

De acuerdo con el art. 5.3º de la Directiva, el cumplimiento de la segunda exigencia se lleva a cabo con la existencia de una entidad de RAL competente para tratar los litigios para cuya resolución no lo fuera ninguna entidad de resolución alternativa específica. No obstante, el precepto señalado advierte de la posibilidad de cumplir con ella mediante el recurso a una entidad establecida en otro Estado miembro de la UE, o a entidades de resolución de litigios de ámbito supranacional que den cobertura a los empresarios de distintos Estados miembros de la Unión. De estas dos posibilidades, la primera no será necesaria en nuestro ordenamiento jurídico, pues como ya se ha indicado, el SAC garantiza la total cobertura sectorial y geográfica del acceso a la RAL en el territorio español. La segunda, sin embargo, permitirá el acceso a entidades de RAL paneuropeas al ser común a dos o más Estados miembros o al haber sido creada por una asociación de cobertura europea para un sector específico¹⁰⁰.

⁹⁸ Vid. en este mismo sentido los art. 9 y 14.2º AL.

⁹⁹ Como hace el Anteproyecto en su art. 1.1º al establecer su objeto: “Esta Ley tiene por objeto garantizar a los consumidores la posibilidad de presentar reclamaciones de consumo ante entidades de resolución alternativa de conflictos, acreditadas por la autoridad competente que figuren incluidas en la lista consolidada publicada por la Comisión Europea a la que se refiere esta norma”.

¹⁰⁰ Utilizando en estos casos códigos de buenas conductas, como tipo de norma para la resolución del litigio. Un ejemplo de este tipo de entidades lo encontramos en el sector de las agencias de alquiler de vehículos a través del Servicio de Conciliación para Alquiler de Vehículos (*European Car Rental Conciliation Service*) perteneciente a la Federación Europea de Agencias de Alquiler de Coches (*Leaseuro-*

23. En línea con lo previsto en los numerales sexto y séptimo del art. 5 de la Directiva, la norma de transposición considerará cumplida la garantía de acceso a una entidad de RAL en las dos situaciones siguientes: en el caso en que la entidad acreditada por la autoridad española competente se niegue a tramitar la reclamación por cualquiera de los motivos previstos en el apartado cuarto del citado precepto¹⁰¹; o en el caso de las entidades integradas o financiadas por una organización profesional o asociación empresarial de un sector económico específico, cuando el comerciante reclamado no perteneciese a ellas.

2. Principio de transparencia

24. La norma de transposición deberá también recoger los requisitos de transparencia que deben cumplir las entidades acreditadas, tal y como establece el art. 7 de la Directiva, los cuales servirán no solamente para mejorar su credibilidad entre los consumidores y las empresas, sino también su propio funcionamiento. Dichas obligaciones de información las deberán poner a disposición al público en su sitio web, en un soporte duradero, o por cualquier otro medio que considere adecuado, recayendo en los tres ámbitos siguientes: información sobre la organización y funcionamiento de la entidad acreditada¹⁰²; información relativa a los procedimientos¹⁰³; e información sobre la actividad de la entidad acreditada¹⁰⁴.

pe). Dicha entidad presta asistencia a los clientes de las empresas pertenecientes a la organización profesional, adheridas a su código de buena conducta (Carta de alquiler de vehículos), con reclamaciones no resueltas relativas al alquiler transfronterizo de vehículos en Europa. Para más información al respecto, *vid.* <http://www.ecrcs.eu/es/inicio.aspx>

¹⁰¹ Conforme a lo establecido en el art. 5.4 Directiva, que recoge el art. 15 AL, las entidades sólo podrán negarse a tramitar el litigio por cualquiera de los siguientes motivos: si el consumidor no se hubiera puesto previamente en contacto con el profesional para intentar resolver el asunto; cuando la reclamación tenga un contenido vejatorio; en el supuesto de que el litigio esté planteado o haya sido resuelto por una entidad de resolución alternativa o un órgano jurisdiccional; que el valor de la reclamación sea inferior o superior al umbral monetario preestablecido; que haya transcurrido más de un año desde la presentación de la reclamación ante el empresario; o que la tramitación del tipo de litigio en cuestión pudiera comprometer gravemente por otros motivos el funcionamiento de la entidad de resolución alternativa. Por último, cuando, de acuerdo con sus normas de procedimiento, una entidad se negase a tramitar un litigio notificará la inadmisión de forma motivada en un plazo de tres semanas desde su recepción.

¹⁰² En la misma línea que prevé el art. 20 AL, las entidades acreditadas deberán informar de manera clara y fácilmente comprensible sobre: sus datos identificativos e información de contacto, incluyendo dirección postal y de correo electrónico; el hecho de estar incluidas en el listado elaborado por la autoridad competente; su participación en redes de entidades de resolución alternativa que facilitan la resolución de litigios transfronterizos; información de su estatuto o reglamento; los tipos de litigios que entran dentro de su competencia, con inclusión del posible umbral aplicable.

¹⁰³ Tal y como dispone el art. 19 AL, las entidades acreditadas deberán informar sobre los siguientes aspectos: las normas de procedimiento que aplican en la resolución de conflictos que atienden; las

VI. Principios aplicables a las personas encargadas de la resolución

25. De conformidad con el art. 6 de la Directiva, la transposición deberá establecer las condiciones que han de reunir las personas encargadas de la resolución de un conflicto seguido ante una entidad acreditada¹⁰⁵. Igualmente, deberán fijarse los principios de su actuación, teniendo presente el deber actuar en todo momento con la debida independencia e imparcialidad¹⁰⁶, previendo la actuación de la entidad frente a cualquier circunstancia que pudiera comprometer aquél¹⁰⁷.

lenguas o idiomas en los que pueden presentarse las reclamaciones en las que se desarrolla el procedimiento de RAL; si el litigio será resuelto en derecho o en equidad y si se aplicará cualquier otro tipo de regulación tales como códigos de conducta; cualquier información o documentación que las partes deben aportar antes del inicio del procedimiento, incluida la acreditación de haber intentado previamente resolver el asunto con el profesional; las causas de inadmisión a trámite de un procedimiento; si las partes pueden o no retirarse del procedimiento, así como el momento en el que pueden hacerlo y las consecuencias de dicha retirada; el efecto jurídico del resultado del procedimiento de resolución; los posibles costes que deberán asumir las partes, incluidas en su caso las normas para la atribución de las costas del procedimiento; la duración media del procedimiento que siga la entidad; y de las medidas necesarias para asegurar el tratamiento de datos personales.

¹⁰⁴ Como establece el art. 20 AL, las entidades acreditadas deberán informar sobre su actividad a través de sus informes anuales, incluyendo la siguiente información relacionada tanto con los litigios nacionales como transfronterizos: el número de litigios recibidos y los tipos de reclamaciones con los que están relacionados; los problemas sistemáticos o significativos que ocurran con frecuencia y den lugar a litigios entre consumidores y comerciantes, debiendo esta información ir acompañada de recomendaciones acerca del modo de evitar o resolver tales problemas en el futuro, con objeto de mejorar las pautas de actuación de los comerciantes y de facilitar el intercambio de información y de buenas prácticas; la proporción de litigios que la entidad ha inadmitido a trámite con indicación de de las causas que han motivado la inadmisión; el número total de procedimientos que no llegaron a concluirse; la duración media de resolución de los conflictos; si se conoce, la proporción de cumplimiento de los resultados de los procedimientos; y de su participación en redes supranacionales de entidades que facilitan la resolución de litigios transfronterizos.

¹⁰⁵ En los mismos términos del art. 11 Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que reproduce el art. 22 AL, se exigirá que las personas se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y acrediten un suficiente conocimiento del Derecho, especialmente en materia de protección de los consumidores, así como experiencia en la resolución alternativa o judicial de conflictos. En conexión con esta exigencia se halla también la obligación de las entidades de prestar formación a las personas encargadas de la resolución alternativa y comunicar a la autoridad competente para acreditar los programas de formación inicial y continua llevados a cabo.

¹⁰⁶ Al margen de las condiciones exigidas cuando la persona o las personas responsables del procedimiento están contratadas por el comerciante o una asociación profesional, que ya hemos examinado *supra* y a las que nos remitimos, en los demás casos la futura transposición deberá asegurar, tal y como establece el art. 23 AL, que las personas encargadas de la resolución del litigio sean nombradas para un mandato de duración suficiente para garantizar la independencia de sus actos, sin que puedan ser removidos de sus funciones sin causa justificada; que no reciban instrucciones de ninguna de las partes ni de sus representantes, ni mantengan con ellas relación alguna personal, profesional o comercial, pudiendo cualquiera de ellas en todo momento pedir aclaración de la relación que mantienen con la otra parte; ni sean retribuidas por el desempeño de sus funciones en relación con el procedimiento. Deberá preverse

A la vista de estas exigencias, será también necesaria la reforma del RD 231/2008, relativo al SAC, con el objeto de incorporar las condiciones relativas a la capacidad y formación de los árbitros y mediadores, y en lo referente a la mediación pre-arbitral, ante la ausencia de regulación, las condiciones de independencia e imparcialidad de los mediadores, las circunstancias de abstención y recusación, y las condiciones de propuesta y acreditación.

VII. Principios aplicables a los procedimientos

1. Principio de eficacia

26. A tenor del contenido del art. 8 de la Directiva¹⁰⁸, la norma de transposición deberá garantizar que las partes tengan fácil acceso al procedimiento de RAL, tanto en línea como no, sin estar obligadas a la asistencia de letrado o asesor jurídico, sin que por ello el procedimiento les prive de su derecho a obtener asesoramiento independiente o a estar representadas o asistidas por un tercero en cualquier fase del mismo. Igualmente, obligará a la entidad de resolución alternativa, que reciba una reclamación, a notificar de inmediato a las partes litigantes la recepción de todos los documentos, o a solicitar cualquier documentación o cualquier tipo de información que pudiera ser de interés para las partes en relación con la reclamación presentada. Por último, obligará a la entidad a dar conocimiento del resultado del procedimiento en un plazo de noventa días naturales contados desde la fecha en que recibiera el expediente completo de reclamación¹⁰⁹.

igualmente que si quien decidiera el conflicto fuera un órgano colegiado, deberá constar el mismo número de representantes de los intereses de los consumidores y los empresarios. Por último, se exigirá también que las personas que intervengan en la decisión de un conflicto estén obligadas a revelar, sin dilación indebida, a las partes y, en su caso, a la entidad acreditada en la que presten sus servicios y a la persona que les hubiese designado para intervenir en el procedimiento, cualquier circunstancia que pueda suscitar dudas en relación con la independencia e imparcialidad debidas o den lugar en el procedimiento seguido a un conflicto de intereses con las partes.

¹⁰⁷ En el supuesto de darse alguna circunstancia prevista en el apartado anterior, que pueda comprometer la independencia o la imparcialidad de la persona o personas a las que se confíe la realización del procedimiento, tal y como prevé el art. 24 AL, éstas se abstendrán de continuar con el mismo, procediéndose al nombramiento de un sustituto o sustitutos. Si la entidad acreditada sólo dispusiera de una persona a la que se confíe la realización del procedimiento, se comunicará a las partes dicha circunstancia, debiendo decidir éstas de mutuo acuerdo si continúan con el procedimiento. Únicamente podrá dicha persona continuar con el procedimiento si las partes no presentan objeciones, una vez informadas de las circunstancias que pudieran afectar a si independencia e imparcialidad y de su facultad de oposición a que continúe actuando en el procedimiento.

¹⁰⁸ Que reproduce el Anteproyecto en el art. 9 y art. 10.

¹⁰⁹ Exigencia prevista en el art. 16 AL que habilita, como hace la Directiva, la ampliación del plazo tratándose de litigios de índole particularmente complejos. En tal caso se informará a las partes, así

2. Principio de igualdad

27. La norma de transposición deberá establecer las cautelas que garanticen las exigencias previstas en el art. 9 de la Directiva en relación con el principio de igualdad¹¹⁰. En primer lugar, se deberá informar a las partes del derecho a comparecer por sí mismas o debidamente representadas, no impidiendo que recurran a un asesoramiento independiente. Igualmente, se garantizará el principio de igualdad entre las partes, manteniendo el equilibrio de sus prestaciones y el respeto hacia sus manifestaciones. En particular, las partes tendrán el derecho a expresar sus respectivos puntos de vista en un plazo razonable, y a recibir de la entidad acreditada los argumentos, las pruebas, los documentos y los hechos presentados por la otra parte, las declaraciones realizadas y dictámenes de expertos, con el fin de que puedan realizar alegaciones al respecto. Por otra parte, deberá garantizarse también la notificación a las partes del resultado del procedimiento, por escrito o en un soporte duradero, facilitándoles una exposición de las razones en que se funda.

28. En los procedimientos que tengan por objeto resolver un litigio proponiendo una solución¹¹¹, la norma de transposición velará para que las partes tengan la posibilidad de retirarse del procedimiento en cualquier momento si no están satisfechas con su funcionamiento o su tramitación, debiendo ser informadas de este derecho antes del inicio del mismo. Esta cautela se aplicará solo al consumidor cuando se trate de un procedimiento que obligue al comerciante a participar, como acontece actualmente en nuestro ordenamiento con el procedimiento previsto ante el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, o el de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, e igualmente con el procedimiento administrativo ante la Oficina de Atención al Cliente de Telecomunicaciones, como el que está pendiente de desarrollar por orden ministerial en el sector energético. Por otra parte, la norma de transposición velará también para que la entidad informe a las partes de sus derechos a los consumidores antes de que acepten o actúen de acuerdo con una solución propuesta. En particular, informándoles de la opción de aceptar o rechazar a la solución propuesta, o conformarse a ella; que su participación en el procedimiento no excluye la posibilidad de obtener reparación mediante un procedimiento ante un órgano jurisdiccional; e igualmente que

como del plazo de tiempo que se estime necesario para la resolución del litigio. Con independencia de ello, la exigencia de la norma europea obligará a la reforma del art. 49.1º RD 231/2008, que prevé un plazo de seis meses para dictar el laudo, a contar desde el día siguiente al inicio del procedimiento arbitral. Del mismo modo, será necesaria la reforma de los distintos procedimientos de RAL en sectores específicos con el objeto de adecuarlos al plazo exigido.

¹¹⁰ Tales cautelas las recoge el Anteproyecto en su art. 12.

¹¹¹ *Vid.* en este mismo sentido el art. 13 AL

la solución propuesta podría ser distinta del resultado determinado por un órgano jurisdiccional que aplique normas jurídicas. Por último, la norma de transposición obligará a la entidad a que informe a los consumidores, antes de que acepten o se atengan a una solución propuesta, de las consecuencias jurídicas de las elecciones que realicen. Con el objeto de asegurar un consentimiento reflexivo de los consumidores, deberá preverse también la concesión de un periodo de reflexión razonable antes de aceptar la solución propuesta o el acuerdo amistoso.

3. Principio de voluntariedad y libertad

29. El derecho de acceso a los tribunales constituye un derecho fundamental, consagrado en el art. 47 CDFUE, que la Directiva tutela por medio de los principios de voluntariedad y de libertad. De conformidad con este derecho fundamental, los procedimientos de resolución de litigios no deben concebirse como sustitutivos de los procedimientos judiciales, ni privar a consumidores y comerciantes de su derecho de acceso a los tribunales para resolver las controversias surgidas por sus actividades comerciales (Considerando 45). El principio de voluntariedad aparece recogido en el art. 1 de la Directiva al permitir la legislación de los Estados miembros en materia de procedimientos de resolución extrajudicial de litigios que obligue a las partes a participar en este tipo de procedimientos, siempre que no impida ejercer su derecho de acceso al sistema judicial¹¹². Esta exigencia se compadece con la posición del TJUE en el asunto *Rosalba Alassini*¹¹³, en cuya sentencia ha tenido la ocasión de considerar que la norma italiana de incorporación del art. 20 Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal, que impone la tramitación previa de un procedimiento de conciliación extrajudicial como condición para interponer la demanda judicial, cuando dicho procedimiento no conduce a una decisión vinculante para las partes, no contradice los principios de equivalencia y efectividad (tutela judicial efectiva). *A sensu contrario*, de acuerdo con los criterios del TJUE, entrarían en conflicto con estos principios las normas nacionales que prevean procedimientos obligatorios, como los mal llamados arbitrajes obligatorios¹¹⁴, impidiendo el derecho de las partes al acceso a los tribunales. Sin embargo, sí serían conformes con el principio de efectividad (tutela judicial efectiva que confiere el ordena-

¹¹² Esta exigencia se recoge en el segundo párrafo del art. 2.1º AL: “Se consideran incluidos en el ámbito de aplicación, aquellos procedimientos de aceptación obligatoria para el empresario, siempre que no impidan ejercer su derecho de acceso al sistema judicial”.

¹¹³ STJUE 18 marzo 2010, as. ac. C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08: *Rosalba Alassini*.

¹¹⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 55-91, esp. pp. 74-75, y el comentario a la STC 174/1995, de 23 de noviembre, declarando la inconstitucionalidad del art. 38.2.1º Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación del transporte terrestre, por establecer un sistema de arbitraje institucional e imperativo.

miento comunitario) los procedimientos administrativos previstos por el legislador español para las reclamaciones en ciertos servicios básicos, como las telecomunicaciones y la electricidad, donde se obliga a participar a los profesionales, al quedar en ellos siempre expedita la vía judicial por medio del recurso contencioso administrativo. Igualmente sería conforme la regulación de las reclamaciones ante el defensor del cliente, toda vez que la imposición de la solución a la entidad financiera está condicionada a su potestad en la creación de dicho órgano, sin perjuicio de la vía judicial para el consumidor. Análogamente, junto con el principio de voluntariedad, la Directiva prevé también una suerte de medidas dirigidas a no obstaculizar el derecho de las partes al acceso a la vía judicial. En particular, tal y como exige el art. 12 de la Directiva¹¹⁵, la norma de transposición deberá garantizar a las partes, que recurran a procedimientos cuyo resultado no sea vinculante, poder entablar después acciones judiciales en relación con dicho litigio, estableciendo para ello la suspensión de la prescripción o la caducidad de las acciones desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa hubiera recibido la reclamación. Sin perjuicio, claro está, de las disposiciones sobre caducidad o prescripción incluidas en los acuerdos internacionales de los que sean parte el Estado español¹¹⁶.

30. Por otra parte, el recurso a los procedimientos extrajudiciales no puede tener lugar si las partes no consienten libremente. Por ello la Directiva consagra en su art. 10 el principio de libertad, para garantizar una voluntad consciente, formada libremente y expresada del consumidor de someterse a la vía extrajudicial, y que no pueda verse impedido de su derecho de acceso a los tribunales. Dicho principio fue omitido en la Propuesta de la Directiva, a pesar de constar entre los principios aplicables en la Recomendación 98/257/CE, en el Anexo de la Directiva 93/13/CE, sobre cláusulas abusivas, y en las sugerencias del Parlamento a la futura Propuesta legislativa de la Comisión¹¹⁷. Su inserción se produjo con la Posición en primera lectura del Parlamento¹¹⁸, estableciendo, tal y como recoge el art. 10 de la Directiva, que el acuerdo entre las partes de someter una reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa no sea vinculante para el consumidor cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio y

¹¹⁵ En los mismos términos que prevé el art. 8 Directiva 2008/52, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, incorporado en el art. 4 Ley 5/2012.

¹¹⁶ *Vid.* en este mismo sentido el art. 4 AL.

¹¹⁷ *Vid.* las sugerencias del Parlamento Europeo sobre el principio de libertad a la Comisión de cara a la futura propuesta legislativa, en Resolución del Parlamento Europeo, de 25 octubre 2011, sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil, mercantil y de familia, DO C 131 8.5. 2013, p. 6.

¹¹⁸ *Vid.* la enmienda 121 sobre un art. 9 bis (nuevo), Informe del Parlamento Europeo, del 16 octubre 2012, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, *Documento de Sesión*, A7-0280/2012, p. 64.

cuando tenga por efecto privar al consumidor de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes para la resolución judicial del litigio¹¹⁹. Además, en relación con este tipo de procedimientos, deberá supeditarse el carácter vinculante de la decisión para las partes a que éstas hayan sido informadas con antelación de dicho carácter y lo hayan aceptado expresamente.

Así las cosas, a la vista de los dos requisitos acumulativos, y de los antecedentes normativos antes señalados, la obligación impuesta por la Directiva en el art. 10 parece estar pensada para la eficacia de los convenios arbitrales firmados por consumidores. Precisamente la incorporación del principio de libertad no se ha hecho esperar en nuestro ordenamiento con la modificación del art. 57.4º TRLGDCU, a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, pasando a recibir la misma redacción que en la Directiva: “No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto”. Dos apuntes críticos sugieren la modificación del art. 57.4º TRLGDCU. En primer lugar, el mismo argumento con el que hemos fundamentado la condición de *lex generalis* de la norma de transposición valdría también aquí para poner de relieve lo desaconsejable de partir de la regulación del SAC, como norma general para recoger las especialidades a las que se refiere la Directiva. Se trata de una opción poco afortunada, como hemos indicado *supra*, toda vez que el objetivo de la Directiva no es el desarrollo de procedimientos existentes. Con la entrada en vigor de la norma de transposición, junto a las Juntas Arbitrales ya existentes, podrían concurrir también las instituciones arbitrales privadas que aspiren igualmente a ser acreditadas. En suma, el enfoque de nuestro legislador llevará al resultado incoherente, desde el punto de vista de la técnica jurídica, de contar con la misma norma sobre el principio de libertad del consumidor en dos textos jurídicos diferentes: una prevista en el art. 57.4º TRLGDCU y otra en la norma de transposición (art. 7.1º AL).

En segundo lugar, lo mismo que su homólogo europeo, el legislador español ha escogido la solución más restrictiva en la consagración del principio de libertad cuando, en puridad, se trata de la solución que peor se compadece con los

¹¹⁹ La cuestión de las cláusulas de arbitraje se ha convertido precisamente en uno de los puntos conflictivos en las discusiones que están teniendo lugar en el Grupo de Trabajo de la CNUDMI encargado de la elaboración del Proyecto de Reglamento de solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico, en relación con las operaciones entre empresas y consumidores, pues mientras países como Estados Unidos no ven obstáculo a la validez de esta clase de cláusulas, la posición europea establece las limitaciones establecidas en la Directiva. Precisamente esta polémica ha llevado al Grupo a elaborar un sistema de dos vías, una que terminaría en el arbitraje obligatorio (Modalidad I) y otro que terminaría en una recomendación no vinculante (Modalidad II). Los textos se encuentran disponibles en la siguiente página web: http://www.uncitral.org/uncitral/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html. Al respecto, *vid.* los trabajos de P. Cortés y F. Esteban de la Rosa, “Building a global redress system...”, *loc. cit.*, pp. 427–430; A.E. Vilalta Nicuesa, “La paradoja de la mediación...”, *loc. cit.*, pp. 23–29.

objetivos que persigue la norma europea, e igualmente con los resultados alcanzados por nuestro sistema en este mismo ámbito. En efecto, hasta la reforma efectuada por la Ley 3/2014, la redacción anterior del art. 57.4º TRLGDCU preveía únicamente la nulidad de los convenios arbitrales a sistemas arbitrales privados pactados con anterioridad al momento en que surge la controversia, pero podía hacerlo cuando se trataba de la sumisión al SAC, o a arbitrajes institucionales creados por la Administración para un sector o un supuesto específico. Con esta norma, introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, nuestro legislador hizo frente a la ineficacia del antiguo art. 10.4º Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, con el objeto de prevenir la validez de la sumisión del consumidor a un arbitraje, distinto del SAC, en los supuestos en que no tenía lugar a través de una cláusula predispuesta¹²⁰.

La importancia de la norma es que, además de ser nula por abusiva la cláusula arbitral predispuesta¹²¹, lo era también aunque no pudiera calificarse como cláusula no negociada individualmente. Su *ratio* consistía no solamente en proteger la libertad del consumidor, sino también mitigar el recelo que provocaba el sometimiento de la controversia a un procedimiento arbitral desprovisto de garantías y que no garantizaba la aplicación de las normas de protección al consumidor¹²². No en vano la existencia de garantías en el arbitraje institucional de consumo es lo que justifica que se dotara de validez y eficacia al convenio arbitral suscrito por las partes con anterioridad al surgimiento del litigio. De lo que derivaría igualmente la posibilidad de someter el arbitraje a una entidad privada acreditada por cumplir con las garantías de la Directiva. Lamentablemente esta posibilidad ha quedado vedada tras la solución restrictiva adoptada por el legislador español en el art. 57.4º TRLGDCU, y en el art. 7.1º AL, al no considerar vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La fase de tramitación parlamentaria de la

¹²⁰ Vid. al respecto, M.J. Marín López, “Consumidores y medios alternativos...”, *loc. cit.*, pp. 129–137; G. Orozco Pardo, “Condiciones generales de los contratos, cláusulas abusivas y arbitraje de consumo”, en *Mediación y arbitraje de consumo...*, *op. cit.*, pp. 13–63, esp. pp. 49–63.

¹²¹ El carácter abusivo, y por tanto ineficaz, de la cláusula de arbitraje pactada con anterioridad al surgimiento del litigio, no sólo podrá tener lugar en un proceso declarativo sino también, como ha establecido la STJUE 26 octubre 2006, as. C-168/05: *Mostaza Claro*, en el recurso de anulación del laudo sin haber invocado en el procedimiento arbitral el carácter abusivo de la cláusula, e incluso, a tenor de la STJUE 6 octubre 2009, as. C-40/08: *Asturcom Telecomunicaciones S.L.*, ante el juez que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, para impedir la ejecución del laudo arbitral que se ha podido dictar con base en dicha cláusula arbitral.

¹²² Vid. J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción:...", *loc. cit.*, pp. 84–87, Tratando las distintas maneras en que queda afectada la autonomía de la voluntad en las cláusulas compromisorias cuando en la relación jurídica se encuentra una parte débil.

futura Ley de transposición nos brinda una buena ocasión para volver a la solución anterior.

4. Principio de legalidad

31. Preterido de la Propuesta de la Directiva, el principio de legalidad fue también introducido con la Posición en primera lectura del Parlamento¹²³, bajo el siguiente argumento: “El artículo adicional también consolida los derechos de los ciudadanos en los procedimientos de RAL destinados a resolver litigios mediante la imposición de decisiones, garantizando que no se prive al consumidor de la protección de las disposiciones obligatorias previstas en la legislación del Estado miembro en donde esté establecida la entidad de RAL”. Se trata de un acierto, pues cuando la decisión del tercero es vinculante, y por tanto va a sustituir a la que pueda dictar un juez, la imperatividad del Derecho del consumo debe quedar garantizada con su aplicación. Ahora bien, si loable es su inserción final en el art. 11 de la Directiva, no podemos decir lo mismo con su contenido¹²⁴.

De un lado, por el recurso que hace al criterio de la existencia o no de conflicto de leyes en el tratamiento de esta cuestión en presencia de un litigio interno o transfronterizo. Dicho criterio es el mismo que utiliza el art. 1 Reglamento de Roma I para delimitar su ámbito de aplicación, refiriéndose a las obligaciones contractuales que impliquen un conflicto de leyes, esto es, cuando aparezcan conectadas con más de un ordenamiento jurídico. Se trata de una expresión innecesaria en la Directiva al poderse regular perfectamente en ella el principio de legalidad a través de la causa (litigio transfronterizo), en lugar de con el efecto (conflicto de leyes).

De otro lado, resulta también criticable el tratamiento de la cuestión en relación con los litigios transfronterizos, toda vez que su solución es parcial por la remisión que efectúa a la norma de conflicto para los contratos celebrados por

¹²³ Vid. enmienda 122 sobre un art. 9 ter (nuevo), Informe del Parlamento Europeo, del 16 octubre 2012, sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, Documento de Sesión, A7-0280/2012, p. 65.

¹²⁴ El art. 11 Directiva, que reproduce casi literalmente el art. 8 AL, diferencia entre litigios cuando no exista conflicto de leyes y litigios cuando exista conflicto de leyes. Para los primeros, impone la exigencia de que la solución no prive al consumidor de la protección que le proporcionen las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor y el comerciante tengan su residencia habitual. Para los segundos, impone la necesidad de respetar, en su caso, lo previsto en el art. 6 Reglamento Roma I, exigiendo que la solución impuesta por la entidad de resolución alternativa no pueda dar lugar a que el consumidor se vea privado de la protección ofrecida por disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual.

consumidores pasivos (art. 6 del Reglamento de Roma I)¹²⁵, olvidando la necesidad de respetar también la protección de los consumidores activos, a través del juego regulador de las normas especiales de DIPr de las Directivas, o del art. 3.4º Reglamento de Roma I, cuando la elección de la ley de un tercer Estado no garantice el nivel de protección del Derecho europeo. Más allá de estas consideraciones críticas, la norma de transposición conllevará la oportuna reforma del art. 33 RD 231/2008, relativo al SAC, que establece que el arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en Derecho. Esta regla deberá adecuarse al principio de legalidad en los términos que marca la Directiva.

VIII. Conclusión

32. La Directiva de RAL en materia de consumo ha de recibir una valoración positiva en clave económica, pues coadyuva al incremento del comercio transfronterizo, corrigiendo los niveles de competencia y la confianza de los consumidores en el mercado interior, y en clave jurídica, promoviendo el acceso de los consumidores a la justicia en un ámbito donde las soluciones clásicas de DIPr devienen inadecuadas en razón de la cuantía del litigio. Su transposición en las legislaciones de los Estados miembros garantizará el acceso de los consumidores a entidades de RAL acreditadas por las autoridades nacionales competentes por cumplir los principios obligatorios de calidad en relación con las entidades, las personas encargadas de la resolución y los procedimientos. La norma europea ni prejuzga la forma ni establece ningún procedimiento de RAL, si bien, en virtud del carácter de *numerus apertus* propio de este sector, sería conveniente la abstención de los Estados miembros en incorporar las especialidades de la Directiva en el ámbito de cada procedimiento. La regulación de un marco normativo general aplicable a cualquier procedimiento de RAL facilitará la adecuación de la normativa sectorial existente a las exigencias previstas en la norma de transposición. Por lo demás, el éxito de la aplicación de la Directiva, como el funcionamiento de la plataforma europea de RLL, estará condicionado a la labor responsable de las autoridades nacionales competentes y los puntos de contacto. El control y supervisión sobre las entidades acreditadas medirá el grado de cumplimiento de los estándares obligatorios de calidad, en consecuencia, la confianza en los procedimientos de RAL. De las funciones de auxilio y asesoramiento de los segundos dependerá en buena medida que los objetivos del Reglamento de RLL alcancen los resultados esperados.

¹²⁵ El Anteproyecto sorprende en este ámbito al referirse también, de manera inexplicable en el art. 8.2º, al Reglamento nº 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

Bibliografía

- Bárdenas Carpio, J.M.: “Los litigios transfronterizos: notas al Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia y solución del litigio”, *Estudios sobre Consumo*, nº 29, 1994, pp. 25–37.
- Cámara Lapuente, S.: “El concepto legal de ‘consumidor’ en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2011, pp. 84–117.
- Cortés, P.: “A European Legal Perspective on Consumer Online Dispute Resolution”, *Computer Telecommunications L. Rev.*, nº 15 (4), 2009, pp. 90–100;
- Cortés, P.: “Developing Online Dispute Resolution for Consumers in the EU: A Proposal for the Regulation of Accredited Providers”, *International Journal of Law and Information Technology*, nº 19, 2011, pp. 1–28.
- Cortés, P., y Esteban de la Rosa, F.: “Building a global redress system for low-value cross-border disputes”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 62, 2013, pp. 407–440.
- Espín Alba, I.: “Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de créditos al consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2160, noviembre de 2013, pp. 1–25.
- Esteban de la Rosa, F.: “Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 25, 2011, pp. 1–41.
- : “¿Hacia un nuevo Derecho internacional europeo de protección del consumidor? La nueva iniciativa europea en el ámbito de la resolución de litigios de consumo”, en *Los derechos del consumidor. Visión internacional. Una mirada interna*, en A. Dreyzin de Klor (dir.), Argentina, Zavalia, 2012, pp. 167–188;
- : “Impulso de la Unión Europea a la resolución alternativa de litigios de consumo”, en E.M. Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz, y N. Cornago Muñoz (eds.), *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20–22 de octubre, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 735–744.
- Esteban de la Rosa, F., y Orozco Pardo, G. (dirs.): *Mediación y Arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- Fernández Rozas, J.C.: “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho privado y Constitución*, nº 19, 2005, pp. 55–91.
- García Montoro, L.: “Resolución alternativa de litigios y litigios en línea en materia de consumo: Directiva 2013/11/UE y Reglamento nº 524/2013”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/CONSUMO3.pdf>.
- García Montoro, L.: “Resolución alternativa de litigios y litigios en línea en materia de consumo: Directiva 2013/11/UE y Reglamento nº 524/2013”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/CONSUMO3.pdf>.
- Garrido Courel, B.: “El acceso de los consumidores a la justicia”, *La Ley*, vol. 5, 2002, pp. 1611–1631.
- Hodges, CH., Benóhr, I., y Cresutzfeldt-Banda, N.: *Consumer ADR in Europe. Civil Justice Systems*, Oxford, Hart–C.H. Beck–Nomos, 2012.
- Marín López, M.J.: “Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 11, 2007, pp. 123–150.
- Mendoza Lozana, A.I.: “La frustrada creación de la oficina de defensa del consumidor de productos energéticos no erradica los problemas competenciales entre Estado y Comunidades Autónomas

- sobre energía y consumo. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional nº 142/2014, de 11 septiembre 2014, (RTC 2014\142)”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, noviembre 2014, <http://blog.uclm.es/cesco/2014/12/01/>.
- Paredes Pérez, J.I.: “Algunas consideraciones nociones en torno al alcance de la noción autónoma de contrato en Derecho internacional privado comunitario”, *REDI*, nº. 1, 2006, pp. 319–330.
- Reyes López, M.J.: *Derecho de Consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Revilla González, J.A.: “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en materia de consumo. Las relaciones transfronterizas”, *Estudios sobre Consumo*, nº 70, 2006, pp. 50–73.
- Suárez Robledano, J.M.: “Breves consideraciones sobre la nueva plataforma digital de resolución de litigios de consumidores y sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (Reglamento 524/2013 y Directiva 2013/11/UE)”, *La Ley Unión Europea*, nº 12 febrero, 2014, pp. 29–36.
- Vilalta Nicuesa, A.E.: “La paradoja de la mediación en línea. Recientes iniciativas de la Unión Europea y de la CNUDMI”, *Revista General del Derecho Europeo*, nº 33, 2014, pp. 1–35. “Las reclamaciones de consumo en Cataluña y el sistema de mediación institucional (Análisis del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo, a la luz de la normativa comunitaria y estatal)”, *Indret*, nº 4, 2014.

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA SOBRE COMERCIO E INVERSIONES

Manuel MEDINA ORTEGA *

SUMARIO: I. Introducción. II. Las negociaciones sobre la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversiones. III. Las relaciones económicas entre Norteamérica y Europa desde el “motín del té” hasta la Organización Mundial del Comercio. IV. La solución de controversias sobre comercio e inversiones. V. La intervención de la UE en el sistema de arbitraje internacional sobre inversiones. VI. Las cláusulas de solución de controversias entre individuos y Estados (“SDIES”). VII. La práctica de los Estados miembros de la UE en materia de SDIES. VIII. La inclusión de cláusulas SDIE en APPRIS concluidos por la UE. IX. La discusión sobre el ATCI y las cláusulas SDIE en el seno de las instituciones de la UE. X. Conclusiones.

RESUMEN: La negociación del Proyecto de Acuerdo ATCI entre la UE y los EU ha encontrado una fuerte oposición en la opinión pública europea de la que se ha hecho eco el PE. En el actual estadio de las negociaciones, la oposición del PE podría llevar al bloqueo de las mismas. La oposición parlamentaria ha dedicado especial atención a las cláusulas SDEI para la solución de controversias entre inversionistas y Estados mediante arbitraje. La oposición del PE al Proyecto ATCI puede poner en cuestión los cimientos de la institución arbitral y la Comisión de la UE ha mostrado su disposición a tomar en cuenta, al menos en parte, las recomendaciones del PE, aceptando algunas de sus propuestas y proponiendo a su vez por propia iniciativa modificaciones sustanciales en el actual sistema del arbitraje internacional. Partiendo de la base de que la UE necesita ultimar este Acuerdo en su propio beneficio, las modificaciones al ATCI que propone el PE y que la Comisión Europea parece dispuesta a aceptar parcialmente pueden acabar produciendo un efecto revolucionario sobre el actual sistema del arbitraje internacional.

PALABRAS CLAVE: ATCI – PARLAMENTO EUROPEO – COMISIÓN EUROPEA – CLÁUSULAS SDEI – ARBITRAJE.

ABSTRACT: *Settlement of Disputes in the Transatlantic Trade and Investment Partnership.*

* Catedrático de Derecho internacional y Relaciones internacionales, Profesor honorífico Universidad Complutense de Madrid

The ongoing negotiations on the Draft TTIP Agreement between the EU and the US are facing strong opposition amidst European public opinion, and the EP has echoed these objections. At the present stage of the negotiations, the opposition of the EP could lead to a freezing of the negotiations. The parliamentary objections to the TTIP have dedicated special attention has focused its opposition to the ISDS clauses for the settlement of disputes between investors and States through arbitration. The opposition of the EP to the Draft TTIP may put in question the basic foundations of the arbitration system. The European Commission has shown itself ready to take into account at least partially the recommendations of the EP, by accepting some of its proposals and by proposing on its own substantial changes to the present system of international arbitration. Taking into account that the EU needs to conclude this Agreement for its own benefit, the changes in the TTIP that the EP is proposing and that the European Commission appears ready to accept at least partially may cause a revolutionary change in the present system of international arbitration.

KEYWORDS: TTIP.— EUROPEAN PARLIAMENT — EUROPEAN COMMISSION — ISDS CLAUSES — ARBITRATION.

I. Introducción

Mientras redactamos este trabajo, los Estados Unidos (en adelante, “EU”) y la Unión Europea (en adelante, “EU”) están negociando un acuerdo para el desarrollo de las relaciones comerciales y las inversiones entre las dos entidades que recibirá el nombre de “Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversiones” (“ATCI”) o “Pacto Transatlántico”, en inglés “TTIP”, que corresponde a la expresión “*Transatlantic Trade and Investment Partnership*”. El proyecto de acuerdo es muy ambicioso y de gran complejidad. Desde el punto de vista jurídico, el problema principal lo plantea el procedimiento de solución de controversias en materia de inversiones entre individuos y Estados, conocido normalmente por su denominación en la lengua inglesa como “*Investor State Dispute Settlement*” (“ISDI”), y en castellano como “Solución de Disputas entre Inversionistas y Estados” (“SDIE”).

El recurso al arbitraje privado para este sistema de solución de controversias ha sido objeto de numerosas críticas y ha llevado a que se abra en el seno de la UE la discusión general ya existente en el ámbito jurídico sobre el arbitraje internacional y las deficiencias de este sistema de solución de litigios. En el presente trabajo nos proponemos pasar revista al estado de las negociaciones en el seno de la Unión Europea al objeto de calibrar las perspectivas de que se llega a un acuerdo en plazo razonable en el marco político de las instituciones de la Unión. Las discusiones en el seno de la Unión tienen hoy su foro principal en el Parlamento Europeo (en adelante “PE”), que deberá pronunciarse al respecto en su sesión plenaria del 10 de junio. Catorce de las veintitrés Comisiones permanentes del PE se han pronunciado al respecto sobre el tema, mientras que una de ellas, la de “Transportes y Turismo” (“TRAN”) fue incapaz de adoptar una resolución debido a las diferencias existentes entre sus miembros.

La conclusión de las negociaciones sobre el proyecto ATCI puede influir de forma decisiva sobre el desarrollo futuro del arbitraje internacional. No resulta posible, sin embargo, en el actual estadio de las negociaciones predecir si se llegará o no un acuerdo y cuál será su influencia sobre la institución arbitral en el futuro, lo que dependerá en gran medida del contenido eventual del Acuerdo.

II. Las negociaciones sobre la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversiones

Las negociaciones entre las dos entidades comenzaron en el mes de julio del año 2013. El Consejo de Asuntos Exteriores en su formación “Comercio” adoptó, por unanimidad, el 14 junio 2013, las directrices de negociación para este proyecto de Acuerdo¹, que hizo públicas el 9 octubre 2014. Desde entonces hasta el momento en que escribimos estas líneas, en junio de 2015, se han celebrado nueve sesiones de negociación entre la Comisión de la UE y el Gobierno de los EU. En el año 2015 han tenido lugar dos sesiones negociadoras. La octava tuvo lugar en Bruselas entre los días 2 y 8 febrero 2015, actuando como negociadores por parte de los Estados Unidos el Sr. Dan Mullaney y por parte europea Don Ignacio García Bercero, Director en la Dirección General de Comercio de la Comisión (“DG TRADE”)².

La novena ronda se celebró en Nueva York entre los días 20 y 24 de abril. Se ha previsto la celebración de una nueva ronda de negociaciones en Bruselas antes de las vacaciones veraniegas. En vista del interés que estas negociaciones han suscitado, la Comisión publicó el 7 enero 2015 una serie de textos relativos a estas negociaciones, rompiendo así con la práctica de la UE de mantener secretos los documentos relativos a acuerdos internacionales durante su negociación.

Las negociaciones sobre el ATCI están teniendo amplia repercusión en los medios de comunicación y en la opinión pública, tanto en Europa como en los EE UU³. Las redes sociales se han hecho eco, igualmente, del tema.

En Alemania se ha llegado incluso a grabar una canción popular “Anti TTIP”, y en EU las negociaciones han merecido el dudoso privilegio de ser objeto de

¹ Consejo de la Unión Europea, doc. 11103/13, de 17 junio 2013 (25.06), WTO 139, SERVICES 26, FDI 17, USA 18.

² Vid. J. García López, “La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión: VIII Ronda de Negociaciones”, *La Ley, Unión Europea*, ed. electrónica, Año III, nº 25, abril de 2015, pp. 51–54; también, M. Cremona, “Guest Editorial. Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership”, *Common Market L. Rev.*, 52, 2015, pp. 351–362.

³ Vid., entre otros, A. Ortega, “El TTIP va frenado”, en *Economía internacional. El espectador global*, 19 mayo 2015.

comentarios jocosos en uno de los programas más populares de televisión⁴. En este último país, la propuesta del Presidente Obama de negociar un acuerdo comercial similar con once países de la cuenca del Pacífico, sin incluir a China, con el nombre de “Asociación Transpacífica” (“*Trans-Pacific Partnership*” o “*TPP*”) ha provocado una rebelión del Grupo de los senadores de su propio Partido, el Demócrata.

Aunque Obama contaba con el apoyo de la mayoría republicana para sacar adelante este nuevo proyecto negociador, la minoría demócrata en el Senado logró bloquear su iniciativa el 12 mayo 2015 al votar en contra de la concesión de autorización al Presidente para negociar el acuerdo según el procedimiento de “vía rápida” (“*fast-track*”) que impediría que el acuerdo pudiera ser modificado por el Senado una vez que el Gobierno federal hubiese concluido las negociaciones. En esta ocasión, la propuesta del Presidente sólo obtuvo los 52 votos de la mayoría republicana y no alcanzó los 60 requeridos para su aprobación, debido, como hemos dicho, a la negativa de los senadores demócratas a secundar la iniciativa de su Presidente y que éste necesitaba para obtener la autorización senatorial. La Senadora por Massachusetts y cabeza visible del sector progresista del Partido Demócrata Elizabeth Warren aprovechó la ocasión para lanzar una andanada contra este tipo de acuerdos que, en su opinión, se proponen desmantelar los mecanismos de regulación gubernamental de los mercados financieros en beneficio de las empresas multinacionales y en perjuicio de los intereses de las clases trabajadoras⁵.

El 18 abril 2015 se organizaron manifestaciones contra el ATCI en toda Europa. Una iniciativa ciudadana bajo el lema “*Stop TTIP*” fue rechazada por la Comisión de la UE el 10 septiembre 2014 porque esta institución consideraba que no estaba facultada para proponer un acto jurídico de la Unión para la ejecución de los Tratados. Los promotores de la iniciativa, a pesar de la negativa formal de la Comisión a darle una tramitación formal, organizaron por su cuenta una campaña de recogida de firmas fuera de los cauces del Reglamento 211/2011 relativo a la iniciativa ciudadana⁶ y han conseguido más de un millón de firmas contra la propuesta del ATCI. En vista de la importancia que los ciudadanos atribuyen a esta cuestión, el PE ha venido dedicando especial atención a estas negociaciones desde el primer momento y ha adoptado entre 2004 y 2012 reiteradas resoluciones sobre el tema. El PE prepara una nueva resolución de propia iniciativa sobre

⁴ Vid. F. Fontanelli, “Does Investor-State Dispute Settlement (ISDS) threaten States’ regulatory autonomy? Fact-checking a commonplace of the TTIP debate”, en *SIDIBlog. Il blog della società italiana di diritto internazionale*, 3 marzo 2015

⁵ Vid. M. Bassets, “Los demócratas frenan la política comercial de Obama”, *El País*, 13 mayo 2015, p. 5.

⁶ Publicado en el DO L 65/1-22, de 11 marzo 2011.

esta cuestión en el curso de las negociaciones para no tener que esperar a pronunciarse al momento en el que le corresponda votar sobre el acuerdo eventualmente negociado por la Comisión y el Consejo, que sería demasiado tardío. La competencia en cuanto al fondo ha sido atribuida a la Comisión de Comercio Internacional (“INTA”). A otras 14 de las 23 Comisiones parlamentarias se les encargó la redacción de opiniones al respecto⁷. 13 de estas Comisiones adoptaron informes que fueron sometidos a consideración de la Comisión INTA con anterioridad a la adopción de la propuesta de resolución de ésta dirigida al Pleno de la Cámara. La Comisión INTA aprobó su proyecto de Informe el 28 mayo 2015. Como se ha indicado antes, la Comisión TRAN ha sido la única de las 14 Comisiones llamadas a emitir una Opinión que no consiguió llegar a un acuerdo sobre su propuesta de informe.

El Comité Económico y Social emitió un dictamen sobre el proyecto ATCI el 4 junio 2014⁸, y el Comité de las Regiones hizo lo propio el 12 febrero 2015 durante su 110 sesión plenaria⁹.

Los negociadores europeos cuentan para la elaboración de este Acuerdo con dos precedentes importantes en la negociación de acuerdos de naturaleza similar con Canadá y Singapur. Las negociaciones con ambos Estados han concluido, en principio, de modo satisfactorio con la concertación de dos proyectos de acuerdos aceptables en principio para las partes. No plasmarán, probablemente, en un texto definitivo mientras no terminen las negociaciones con EU sobre el ATCI.

Las negociaciones sobre el proyecto de Acuerdo con Canadá, que ha recibido el nombre de “Acuerdo Económico y Comercial Global” (“AECG”), en inglés “*Comprehensive Economic and Trade Agreement*” (“CETA”), se dieron por concluidas el 19 diciembre 2014. El proyecto de Acuerdo con Singapur sobre la misma materia ha recibido la denominación de “Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur”, “*EU-Singapore Free Trade Agreement*” (“*EU-Singapore FTA*”), y su negociación se había dado por concluida dos años antes, en diciembre de 2012.

Mientras que las negociaciones con Canadá y Singapur no encontraron gran oposición, las negociaciones sobre el ATCI, como ya hemos señalado, han generado un amplio movimiento de resistencia, como suele ocurrir en la UE cada vez que la opinión pública europea se preocupa por asuntos que afectan a las rela-

⁷ El expediente parlamentario se identifica con el número 2014/2228(INI).

⁸ Dictamen de iniciativa sobre *Las relaciones comerciales transatlánticas y el punto de vista del CE-SE sobre el refuerzo de la cooperación y un posible acuerdo de libre comercio UE-EE.UU.*, de 4 junio 2014, del que fue ponente el polaco J. Krawczyk, representante del sector empresarial, y co-ponente el británico S. Boyle, del sector sindical, REX/390-EESC-2013-05469-00-00-AC-TRA (EN) 1/19.

⁹ Fue ponente el social-demócrata alemán M. Töns, Diputado del Parlamento del Estado Federado de Renania-Palatinado. Doc.COR-2014-05385-00-00-PAC-TRA- ECOS-V-063.

ciones con EU. No hay que olvidar que los EU son a la vez el principal aliado político y militar de la UE y su principal competidor en materia económica y comercial.

La presión de la opinión pública llevó a la Comisión de la UE a publicar, como ya hemos señalado, los textos principales de las negociaciones con EU mientras éstas siguen en curso a pesar de que estamos todavía lejos de llegar al fin de las mismas. El Consejo decidió desclasificar las directrices de negociación sobre el ATCI el 17 de junio 2013. La desclasificación no tiene excesiva trascendencia desde el punto de vista práctico, sin embargo, ya que los norteamericanos vienen manteniendo la práctica de publicar documentos sobre las negociaciones comerciales en marcha, por lo que los documentos eran normalmente asequibles para los europeos a través de las fuentes oficiales norteamericanas. La diferencia consiste en que a partir de ahora podemos acceder a la documentación sobre las negociaciones entre EU y la UE a través de las páginas de esta última en la red.

III. Las relaciones económicas entre Norteamérica y Europa desde el “motín del té” hasta la Organización Mundial del Comercio

La UE y los EE UU son las dos entidades más importantes en el comercio mundial y mantienen entre ellas un nivel muy alto de transacciones económicas. Ambas representan conjuntamente casi la mitad de todo el comercio mundial. En el año 2010, el intercambio de mercancías entre la UE los Estados Unidos alcanzaba la cifra de 546.000 millones de Euros. Las inversiones directas mutuas son también de gran importancia. Una cuarta parte del comercio bilateral se lleva a cabo entre firmas que invierten a uno y otro lado del Atlántico con independencia de su nacionalidad. Las inversiones de EU en la UE triplican las del gran país americano en todo el vasto continente asiático¹⁰.

Las relaciones económicas entre Europa y Norteamérica son anteriores a la creación de la Federación norteamericana y preceden en dos siglos a la fundación de las Comunidades Europeas. De hecho, la rebelión de las colonias inglesas de Norteamérica contra la metrópolis británica se puede considerar que se inicia el 16 diciembre 1773 con el “*Boston tea party*” o “Motín del té”, cuando un grupo de distinguidos ciudadanos de Boston, capital de la colonia inglesa de Massachusetts Bay, algunos incluso disfrazados de indios, arrojaron al mar un cargamento de té enviado por la Compañía inglesa de las Indias orientales para su venta en la América del Norte. Los comerciantes americanos protestaban

¹⁰ A. De Lecea, “The EU-US Trade and Investment before and after TTIP: What can Latin America expect from it”, en J. Roy y R. Domínguez (eds.), *The TTIP: The Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States*, Miami, Jean Monnet Chair/University of Miami, 2014, pp. 1-3.

contra el intento de las autoridades británicas de aplicar la “Ley del té”, que había sido aprobada por el Parlamento del Reino Unido para forzar a las colonias a aceptar el excedente de producción que esta Compañía había almacenado en Londres, limitando de hecho, de este modo, la libertad de comercio de que venían disfrutando los colonos ingleses desde su establecimiento en Norteamérica. Durante la Segunda Guerra Mundial y en la inmediata postguerra las relaciones comerciales y las inversiones entre los Estados Unidos y los países de la Europa occidental se intensificaron de forma considerable, sobre todo a partir de la aprobación por los EU del Plan Marshall, que efectuó una aportación sustancial a la recuperación económica del continente devastado por la Guerra.

Los EU se convirtieron durante la Segunda Guerra Mundial y en la inmediata postguerra en los apóstoles del multilateralismo en las relaciones comerciales internacionales como un instrumento esencial para el desarrollo económico. Un primer proyecto de Organización Mundial de Comercio elaborado y aprobado por las Naciones Unidas inmediatamente después de la Guerra fue rechazado por Washington, que lo consideraba demasiado proteccionista. La Carta de La Habana de 24 marzo 1948, que puso fin a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo y que creó la primera Organización Internacional de Comercio, nunca llegó a entrar en vigor, a pesar de haber sido firmada por 53 Estados, debido a la oposición de la administración norteamericana.

En su lugar, mientras se negociaba la nueva Organización, se había adoptado previamente en Ginebra un “Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio”, “*General Agreement on Tariffs and Trade*” (abreviadamente, “GATT”), de carácter provisional. El GATT fue firmado por 23 Estados el 30 octubre 1947 y entró en vigor el 1º enero 1948. Este acuerdo “provisional” sigue hoy todavía en vigor, aunque ahora como parte de la nueva “Organización Mundial de Comercio” (en adelante, “OMC”) establecida por el Acuerdo de Marrakech de 1994. El GATT se basa en la aplicación generalizada de la “cláusula de la nación más favorecida” que se solía incluir con carácter individual en los acuerdos bilaterales de comercio. Mediante la extensión de esta cláusula a todos los Estados firmantes del GATT en cualquiera de los acuerdos que éstos concluyeran entre sí se trataba de poner fin a las discriminaciones que se producen de modo inevitable en el comercio mundial si los Estados se limitan a concluir entre sí tratados bilaterales con la inclusión particularizada de esta cláusula en cada uno de ellos. El GATT, como ya hemos señalado, a pesar de que fue aprobado con carácter provisional, se ha mantenido en vigor durante casi setenta años. Su texto fundamental siguen vigente como parte de la Carta de la nueva Organización Internacional de Comercio (en adelante, “OMC”)¹¹. Las esperanzas puestas en esta nue-

¹¹ Vid., entre otros: J. H. Jackson, *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, MIT Press, 1999; P. Mengozzi, “Private International Law and the WTO

va OMC por los países desarrolladas para la liberalización del comercio se han visto defraudadas en los últimos años, sin embargo, después de que los acuerdos muy ambiciosos de principio adoptados en Doha, Qatar, sobre la liberalización comercial en el nivel mundial no plasmaran en compromisos concretos significativos, debido a la resistencia de muchos de los países del tercer mundo a abrir sus fronteras a importaciones globales que podrían tener efectos negativos sobre sectores que consideran esenciales para sus respectivas economías. Al encontrarse con una fuerte resistencia por parte de los países en desarrollo a sus propuestas de apertura total de los mercados mundiales, la UE y los EU llegaron a la conclusión de que deberían proseguir por su cuenta un programa conjunto de liberalización económica. Surgió, así, la idea de abrir negociaciones bilaterales para la creación del ATCI.

La piedra angular del GATT, como ya se ha indicado, es la “cláusula general de la nación más favorecida” (en adelante, “c.g.n.m.f.”), que, al universalizar el trato de favor que se conceden entre sí los Estados en acuerdos bilaterales a todos los firmantes del GATT, pretende acabar con la discriminación en el comercio internacional. Todo Estado contratante del GATT debe reconocer el trato de “nación más favorecida” a los otros Estados signatarios. Las “cláusulas de nación más favorecida” establecidas por acuerdos bilaterales entre los Estados firmantes del GATT pasaron, a partir de la entrada en vigor de este Acuerdo, a beneficiar a todos los Estados parte de éste, sin necesidad de un reconocimiento expreso por todos los firmantes de esos acuerdos.

Al objeto de facilitar los procesos de integración regional, el GATT reconoció, por otro lado, el derecho de los Estados participantes a establecer entre sí uniones aduaneras y zonas de libre comercio que les eximían, como excepción a la aplicación general de la c.n.m.f., de la obligación extender sus ventajas recíprocas en materia de libre circulación de mercancías a los restante Estados parte del GATT. Esta excepción a favor de las uniones aduaneras y zonas de libre comercio permitió el establecimiento de organizaciones de integración regional como el Mercado Común Europeo (CEE), germen de las Comunidades Europeas y de la UE, y de la “Asociación Europea de Libre Comercio” (AELC o EFTA)¹².

En un principio, el GATT era una organización integrada exclusivamente por los países más industrializados y desarrollados del mundo, que eran los únicos capaces de competir entonces en un mercado abierto mundial y que, de hecho, extrajeran considerables beneficios económicos de la liberalización de las

Law”, *Recueil des Cours*, t. 192, 2001, pp.249-385; M. Montaña Mora, *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT. Una nueva era en la solución de diferencias comerciales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; D. Palmeter y C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the WTO*, La Haya, Kluwer, 1999.

¹² Vid., entre otros, A. Remiro Brotons y C. Espósito (eds.), *La OMC y el regionalismo europeo*, Madrid, Dykinson, 2001.

transacciones comerciales. Entre los países beneficiarios del sistema del GATT se encontraban los Estados de la Europa occidental que constituyeron las primeras organizaciones de integración regional y que, además, al contar con el apoyo de los EU a través de los fondos del Plan Marshall, administrados por la “Organización Europea de Cooperación Económica” (OECE), se encontraban en condiciones de fundamentar el esfuerzo de recuperación de los daños ocasionados por la Guerra en un importante desarrollo industrial basado en la apertura de los mercados internacionales. En la Ronda de Ginebra de 1956 se tomó la decisión de introducir cambios en el sistema del GATT para facilitar la incorporación al mismo de los países en desarrollo. Se adoptó entonces un nuevo Artículo XX para constituir la Parte Tercera del GATT, en virtud del cual los países en desarrollo quedaban exceptuados de la obligación de conceder reciprocidad en sus relaciones comerciales internacionales, al objeto de facilitar su integración en la economía mundial sin un coste excesivo para su incipiente desarrollo económico. Esta modificación constitucional facilitó la adhesión al GATT de gran número de Estados de menor desarrollo económico que podían participar en sus rondas de negociaciones comerciales sin peligros adicionales para su estructura económica interior. El número de miembros del GATT pasó, así, de los 26 que participaron en la Ronda de Ginebra de 1956 a los 62 que firmaron la Ronda Kennedy en mayo de 1964, a 102 en la Ronda de Tokio de 1986, a 123 en la Ronda Uruguay de 1986, y a 159 en la Ronda Doha de 2001, en esta última como Estados pertenecientes a la nueva Organización Mundial de Comercio. El 26 abril 2015, la OMC estaba integrada por 161 Estados miembros. A partir de la Ronda Uruguay de 1986 se incluyó en la agenda del GATT la liberalización de los productos agrícolas, ampliándose, además, el ámbito de este acuerdo a los productos textiles de los países en desarrollo, así como a ciertas medidas sobre prestación de servicios y propiedad intelectual. La Ronda de Doha, iniciada en noviembre de 2001 con la pretensión de conseguir la eliminación total de las barreras comerciales y que, en diciembre de 2013, en la isla indonesia de Bali, se completó con la aprobación de una serie de acuerdos dirigidos a impulsar las medidas liberalizadoras previstas en Doha, no ha plasmado, sin embargo, en realizaciones significativas.

Ante la perspectiva cierta de que no se podría conseguir un acuerdo general para todos los sectores en el marco de la Ronda de Doha, los norteamericanos y los europeos occidentales, como ya hemos señalado, cambiaron de estrategia y optaron por seguir avanzando en el proceso de globalización a través de acuerdos bilaterales de comercio e inversiones. La Cumbre UE–EU celebrada en el Castillo de Dromoland, en Irlanda, en junio de 2004 adoptó una Declaración sobre el fortalecimiento de la asociación económica entre las dos entidades. Aunque esta Declaración está redactada en términos muy diplomáticos, se men-

cionan en ella las dificultades para seguir adelante en el camino de la liberalización global debido a las objeciones de los países asiáticos y africanos a la liberalización de sectores básicos de sus economías, tanto por parte de los países menos desarrollados como entre los más desarrollados entre ellos. Por ello, la Cumbre euro-norteamericana pasó a proponer el establecimiento de una “asociación transatlántica” (*“transatlantic partnership”*) entre la UE y los EU, sin esperar a que se levantara el bloqueo que se había producido en la liberalización tras la Ronda Doha. Entre tanto, como hemos visto, el vecino septentrional de EU, Canadá, y la Ciudad-Estado de Singapur han llegado a acuerdos con la UE aunque su conclusión formal depende todavía de la terminación de las negociaciones en marcha sobre el ATCI.

Las instituciones europeas respondieron en forma positiva a esta iniciativa de los Gobiernos europeos y de EU. El PE adoptó el 23 octubre 2012 una resolución sobre las relaciones económicas y comerciales con los Estados Unidos, en la que sostenía que, a pesar de que “un sistema comercial multilateral abierto, previsible, basado en normas y transparente, establecido a través de la OMC, sigue representando el marco más adecuado para alcanzar un comercio libre, justo y equitativo a escala mundial, hasta el momento se ha revelado imposible concluir las negociaciones del Programa de Doha para el Desarrollo; y que, a pesar de que el refuerzo del sistema multilateral sigue siendo un objetivo fundamental, no se excluye la posibilidad de que los acuerdos bilaterales trasciendan los compromisos adquiridos en el marco de la OMC y complementen las normas multilaterales”¹³. Jean-Claude Juncker, antes de someterse, el 15 julio 2014, a la votación del Parlamento Europeo para su elección como presidente de la Comisión para el período 2014-2019, incluyó como prioridad nº 6 en su propuesta de “Orientaciones políticas” para su presidencia la consecución de “un acuerdo comercial razonable y equilibrado con los EE UU”¹⁴.

IV. La solución de controversias sobre comercio e inversiones

La administración de justicia ha sido considerada por las sociedades humanas tradicionales como una función de tal importancia que sólo podía ser ejercida directamente por la divinidad o divinidades reconocidas por las distintas colectividades o por los representantes del poder divino, es decir, por los sacerdotes o

¹³ Considerando P de la Resolución de 23 octubre 2013 (2012/2149(INI)), Doc. P7_TA(2012)0388, publicada en el DO C 68 de 7.3.2014, pp. 53-60.

¹⁴ *A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change. Political Guidelines for the Next European Commission. Open Statement in the European Parliament by Jean-Claude Juncker, Candidate for President of the European Commission. Strasbourg, 15-VII-2014* European Parliament Research Service, *Setting EU Priorities*, PE 538.963; <http://ec.europa.eu/>

los reyes. Una consecuencia de la atribución de carácter divino a la función judicial fue el desarrollo del procedimiento de la “ordalía” o “juicio de Dios”, en virtud de la cual se sometía a una persona a pruebas de resistencia o supervivencia en ambientes normalmente destructivos como el fuego, el agua, el frío o el calor. Quien sobrevivía a estas pruebas de resistencia se consideraba que estaba protegido por la divinidad, que mostraba así que su causa era justa. Trasunto de esta concepción sobrenatural de la justicia en nuestros días es el juramento, que exigen o autorizan todavía muchos ordenamientos procesales modernos y que se suele requerir que se preste sobre la Biblia, la constitución nacional o algún otro texto o documento al que se atribuye carácter solemne, con la consiguiente imposición de penas por perjurio a quienes violan el juramento. Éste sigue siendo hoy elemento esencial en la afirmación de la prueba testifical en los sistemas judiciales anglosajones, que lo consideran como un instrumento eficaz para disuadir del falso testimonio. El Ministerio de Justicia se llamó en España hasta 1923 “Ministerio de Gracia y Justicia”. La Dictadura de Primo de Rivera lo transformó en “Ministerio de Justicia y Culto”. Sólo con la Segunda República, en 1931, pasó a llamarse “Ministerio de Justicia” a secas, aunque de este departamento ministerial depende todavía la regulación de las relaciones con las confesiones y asociaciones religiosas, lo que constituye, en definitiva otro ejemplo de la herencia de la atribución de carácter sobrenatural a la justicia. En las sociedades más antiguas que conocemos a través de la historia y en las organizaciones humanas que mantienen sistemas primitivos de cultura en nuestros días y a las que llamamos por ello “sociedades primitivas”, es el titular del poder soberano, el rey, presidente o supremo sacerdote el que asume normalmente las máximas funciones jurisdiccionales, porque se le supone dotado de poderes especiales conferidos por la divinidad. El reconocimiento a los Gobiernos o Jefes de Gobierno del privilegio de la gracia o indulto es, igualmente, reflejo de esta concepción divina de la justicia. En los orígenes clásicos de nuestra civilización occidental, en las ciudades-Estado griegas y en Roma, la función jurisdiccional era ejercida directamente por el pueblo (Grecia), o por magistrados elegidos por el pueblo, como el pretor romano. La administración de justicia ha estado tan vinculada a la organización política que el poder judicial sólo amparaba normalmente a los miembros de la propia comunidad, es decir, a los “súbditos”, en las monarquías, o a los “ciudadanos”, en los regímenes republicanos y democráticos. Los extranjeros no tenían derecho a la administración imparcial de la justicia. Así, en la Edad Media francesa y hasta bien avanzados los tiempos modernos, los bienes que dejaban los extranjeros pasaban al Estado en virtud del llamado “*droit d’aubaine*”, sin recurso jurisdiccional efectivo. En las ciudades-Estado griegas fue necesario crear instituciones especiales para la protección de los extranjeros y Roma tuvo que designar un magistrado especial, el “pretor peregrino”, para poder dirimir los litigios que afectaban a los no ciudadanos,

pues sólo los ciudadanos podían invocar la protección plena del Derecho romana y de las instituciones republicanas mediante la fórmula "*cives romanus sum*" ("soy ciudadano romano").

La construcción del Estado de Derecho en los tiempos modernos a partir de las revoluciones americana y francesa de finales del siglo XVIII llevó a la creación de una jurisdicción universal, que abarca en principio todo el sistema de solución de controversias, desde las que se plantean entre las personas privadas, físicas o jurídicas, hasta las que se refieren a los actos de las instituciones públicas, mientras que los privilegios e inmunidades de que solían gozar los poderes públicos y sus titulares van siendo erosionados progresivamente a consecuencia del desarrollo del principio de la igualdad ante la ley. La vieja fórmula del Derecho inglés "*the King can do no wrong*" ("el Rey es irresponsable") ha sido superada en la actualidad por las realidades de la evolución social y de las nuevas concepciones jurídicas, de modo que incluso en el Reino Unido los poderes públicos están sometidos hoy con carácter general a leyes y tribunales independientes aunque estos últimos no sean reconocidos en cuanto tales como parte del sistema judicial y adopten la forma de comisiones administrativas ("*administrative boards*"). La jurisdicción constitucional, a partir de la sentencia del juez Marshall en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Marbury vs. Madison* del año 1803, se ha ido desarrollando en una evolución imparable que va sometiendo cada vez más las más altas instancias del Estado al control de instituciones independientes, sean éstas de carácter jurisdiccional o administrativo, pero que limitan de forma eficaz el ejercicio arbitrario del poder por las administraciones públicas.

Existe todavía un ámbito, sin embargo, en el que el proceso de sumisión de los poderes públicos a instancias judiciales independientes no ha sido completado: el de la acción exterior del Estado. El sistema jurisdiccional es todavía muy imperfecto en el ámbito internacional y está lleno de lagunas. La atribución de poderes judiciales a tribunales internacionales como el Tribunal Internacional de Justicia o el Tribunal Penal Internacional sólo es posible a través de actos de sumisión expresa de los Estados a esas jurisdicciones, con toda clase de garantías, requisitos y limitaciones para no incidir sobre el sacrosanto dogma de la soberanía del Estado.

La principal excepción a esta limitación de los poderes públicos en la esfera internacional la encontramos en Europa, en la que los Estados miembros de dos importantes organizaciones intergubernamentales, el Consejo de Europa y la Unión Europea, están obligados a someter ciertas controversias a la jurisdicción de tribunales dotados de competencias obligatorias por los tratados que las han establecido, el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el Tribunal de Justicia de la UE. Fuera de estos supuestos excepcionales y de algunas otras

instituciones regionales que han seguido el modelo europeo, la forma normal de obtener el reconocimiento de derechos individuales en el ámbito internacional es a través de la institución del arbitraje.

El arbitraje ha sido definido como “un mecanismo de resolución de controversias en el que las partes acuerdan la solución de sus litigios por un tercero con facultades decisorias, en lugar de mediante un proceso ante tribunales públicos”¹⁵.

El arbitraje comercial internacional cuenta, en especial, con una larga tradición¹⁶. A éste se ha venido a unir recientemente el arbitraje dirigido a la protección de las inversiones de capital extranjero¹⁷. Están en vigor en la actualidad

¹⁵ T. Cole y otros, *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU. Study for the Juri Committee*, Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas, 2014, p.8.

¹⁶ *Víd.*, entre otros: S. Blake, J. Brouwes y S. Simes, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 2ª ed., Oxford/Nueva York, 2012, Oxford U.P.; M. Blessing, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Basilea, Helbing and Lichtenhahn, 1999; N. Bouza Vidal, “La arbitrabilidad de los litigious en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *REDI*, 52, 2000, pp. 371–393; A.L. Calvo Caravaca y L. Fernández De la Gándara, *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1989; J.H. Carter y J. Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*, Oxford/Nueva York, 2010, Oxford U.P.; F. Cerdón Moreno, *El arbitraje en Derecho español, interno e internacional*, Navarra, 1995; S. Dutson, A. Moody y N. Newing, *International Arbitration. A Practical Guide*, Londres, Globe Law and Business, 2012; R. Fentiman, *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Oxford/Nueva York, Oxford U.P. 2015; J.C. Fernández Rozas, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008; E. Gaillard y J. Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer 1999; A.M. Lorca Navarrete, *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1989; J.F. Merino Merchán, *Curso de Derecho arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, 4ª ed., Civitas. Thomson Reuters, 2014; P. Münch y J. Black-Branch, *International Commercial Arbitration. Standard Clauses and Forms. A Commentary*, Helbing and Lichtenhahn, Baden-Baden/Portland, Oregon, C. H. Beck-Hartz-Nomos, 2013; J. Risse (ed.), *The Complete Guide to the Willem L. VIS International Commercial Arbitration Moot*, Baden-Baden/Munich/Portland, Oregon, C. H. Beck-Hartz-Nomos, 2013; I. Sáez Hidalgo y A. Dorrego de Carlos, *Arbitraje y mediación. Retos y oportunidades*, Lex nova – Thomson Reuters, 2014; R. Santos Blandro, *Arbitraje comercial internacional*, Oxford, México, 3ª ed., 2000; J. Tole Martínez, *Solución de controversias en los tratados de libre comercio*, Externado Universidad de Colombia, 2014; M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000.

¹⁷ B. Cremades Sáenz Pastor, “Arbitraje internacional: Del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al Prof. Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, 2006, pp. 545–552; J. Díez-Hochleitner Rodríguez, “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 33, 2010, pp. 5–43; A. Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, Oxford/Nueva York, Oxford U.P., 2011; E. Fernández Masiá, *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, Pons, 2008; A. Iruretagoiena Aguirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, Madrid, 2010; G. Van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constrains. Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford / Nueva York, Oxford U.P., 2013; K.J. Van develde, *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Boston, 2002; N. Zambrana Tévar, *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

unos 3.000 Acuerdos internacionales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, abreviadamente “APPRIS”, que se suelen designar también con las siglas inglesas, “BIT”, por “*Bilateral Investment Treaties*” o “Acuerdos bilaterales de inversión”¹⁸. Los Estados miembros de la UE han concluido más de 1.300 de estos Acuerdos, es decir, casi la mitad, entre ellos mismos o con terceros países. España está vinculada por 72 APPRIS.

Ciertos sistemas jurídicos de tradición romano–continental manifestaron durante mucho tiempo su oposición a la solución de controversias mediante el arbitraje. Sin embargo, sobre la base del desarrollo del arbitraje comercial internacional, han acabado incorporándolo a su derecho interno. Éste es el caso de España, donde el desarrollo de la institución arbitral tiene un desarrollo muy tardío¹⁹. La Constitución de 1978 ni siquiera menciona esta modalidad de solución de litigios. Sin embargo, se ha producido un desarrollo posterior impulsado por los convenios internacionales de la materia que ha llevado a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje²⁰, que regula la materia con amplitud y que la vincula, además, al arbitraje internacional. En general, en el territorio de la UE, el desarrollo de procedimientos arbitrales de solución de controversias se ha hecho normal, con el efecto de desvincular estas formas de solución de los ordenamientos jurídicos nacionales, creando una especie de “super–derecho” desvinculado de los ordenamientos nacionales y con pretensiones de validez supranacional, aunque sin basarse en textos legales positivos de carácter supranacional²¹.

V. La intervención de la UE en el sistema de arbitraje internacional sobre inversiones

El Prof. Fernández Rozas ha dicho recientemente que aunque “la avidez de la Comisión por la ampliación de sus competencias, que en el arbitraje comercial ha quedado limitada por el momento”, con referencia a las limitaciones al arbitraje en los instrumentos comunitarios sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, el ejecutivo comunitario tiene en su punto de mira desde hace años el arbitraje de inversiones²². Fernández Rozas nos remite a este respecto a un ante-

¹⁸ Cf. L.O. Moreno y C. Pérez Ibáñez, “La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones”, *Arbitraje*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 37–60.

¹⁹ Vid. J. C. Fernández Rozas, “La situación actual del arbitraje comercial en España: Perspectivas de futuro”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 29–52.

²⁰ BOE, 26-XII-2003.

²¹ Vid. igualmente J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *REDI*, vol.LVII, pp. 605–637.

²² J.C. Fernández Rozas, “Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento nº 912/1014”, *La Ley: Unión Europea*, nº 18, Año II, sept. 2014, pp. 5–27.

rior trabajo suyo sobre la forma en la que la revisión del Reglamento Bruselas I había mantenido los límites existentes a la ampliación de las competencias de la UE en materia de arbitraje comercial²³. El paso más importante de las instituciones europeas en el sentido de la incorporación del arbitraje de inversiones ha sido el Reglamento 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 dirigido a dar cobertura a los APPRIS concluidos por los Estados miembros²⁴. En él se señala que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la UE tiene competencia exclusiva en materia de política comercial común, y que ésta incluye las inversiones extranjeras directas, por lo que sólo la Unión puede legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en este ámbito (Cons. 1). En efecto, el art. 3, ap.1, TFUE atribuye a la UE competencia exclusiva en materia de política comercial común, y el art. 207, ap. 1, del mismo Tratado incluye en ella “las inversiones extranjeras directas”²⁵. Como acabamos de señalar, los Estados miembros han concluido más de 1.300 APPRIS, unos con otros Estados miembros y otros con terceros Estados. Resultaba, así, necesario dar normas de transición al respecto, al objeto de adaptar los acuerdos con Estados no miembros a las nuevas competencias exclusivas de la UE. El Reglamento 1219/2012, conocido en inglés como “*Grandfathering Regulation*” o “Reglamento abuelo”, establece un régimen de transición para los APPRIS con terceros países que están todavía en vigor. El Reglamento 912/2014, de 23 julio 2014, establece, además, un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversionistas y terceros Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte²⁶.

Los Estados miembros no pueden concluir por su cuenta nuevos APPRIS con terceros Estados, ya que sólo la propia UE está facultada por los Tratados de Lisboa para hacerlo desde la entrada en vigor de éstos. La vigencia de los acuerdos ya concluidos requiere ahora que se solicite la autorización de la Comisión durante un período transitorio hasta su eventual sustitución por nuevos acuerdos concluidos por la UE en su conjunto y no por cada uno de los Estados miembros. La Comisión podrá autorizar o denegar la autorización en función de su compatibilidad con el Derecho de la UE.

²³ J.C. Fernández Rozas, “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro”, *La Ley*, nº 9, Año I, nov. 2013, pp. 5–23. Vid. igualmente B.D. Tandt, “The Recast of the Brussels I Regulation and Arbitration: Mission Accomplished”, *Columbia J. Eur. L.*, 21, 2015, pp. 89–108.

²⁴ DO L 351 de 20.12.2012, pp. 40–46. La lista de los APPRIS vigentes entre Estados miembros y terceros países, sobre la base de las notificaciones de los Estados miembros ha sido publicada en el DO C 135/1. La lista, de 101 páginas, es bastante voluminosa.

²⁵ En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa de 30 junio 2009, 2BvE 2/08, pár. 379.

²⁶ DO L 257 de 28.8.2014, pp. 121–134.

La Comisión de la UE ha sido diligente en la negociación de este tipo de acuerdos, en el marco de su preocupación por el diseño de una política global en materia de inversiones al objeto de poner en marcha las nuevas competencias que le confieren los Tratados de Lisboa²⁷. Como indicamos antes, en diciembre de 2012 se dio por concluida la negociación con Singapur de un Acuerdo de Libre Comercio que incluye disposiciones sobre inversiones y solución de controversias en este ámbito, el “*EU-Singapore FTA*”, y en diciembre de 2014 se comunicaba igualmente que había terminado la negociación de un acuerdo similar con Canadá, “*AEGC*” o “*CETA*”. Ambos acuerdos incluyen cláusulas de solución de controversias que tienen carácter innovador y que abren la llave, en efecto, a la intervención directa de la Comisión en este ámbito. Sin embargo, las negociaciones del ATCI con EU y las dificultades que éste plantea han impedido hasta la fecha la conclusión definitiva de ambos acuerdos, ya que no sería admisible la existencia de diferentes sistemas de solución de controversias en los acuerdos concluidos por la UE con terceros países.

Las negociaciones con Canadá se habían iniciado más de seis años antes, en marzo de 2008, aunque su origen inmediato está en la Cumbre UE-Canadá, junio 2007, en la que los jefes de Estado y Gobierno de las dos entidades acordaron llevar a cabo un estudio conjunto dirigido a establecer las bases de un futuro acuerdo comercial. Aunque el plazo transcurrido entre el inicio de las negociaciones, de casi ocho años, puede parecer largo, las negociaciones de la UE con EU podrían exceder en mucho ese período de tiempo, pues todavía estamos en fase de discusión y quedan aún abiertas muchas cuestiones. En todo caso, la negociaciones para el ATCI están retrasando la conclusión del CETA y del Acuerdo con Singapur.

VI. Las cláusulas de solución de controversias entre individuos y Estados (“SDIES”)

El tema sobre el que resulta más difícil conseguir un acuerdo en la negociación del ATCI es el de solución de disputas entre individuos y Estados mediante las cláusulas para la solución de controversias entre inversionistas y Estados, las llamadas abreviadamente “cláusulas SDIE” (“*ISDS*” en inglés, por “*Investor State Dispute Settlement*”), que son las disposiciones que generan más críticas por parte de los opositores a los APPRIS.

²⁷ Vid. al respecto COM(2010)343 final, *Hacia una política global europea en materia de inversión internacional*. Por parte del Consejo, cabe mencionar el documento, no publicado, de 27 noviembre 2006 sobre una plataforma mínima en materia de inversiones, citado por A. Rheinisch, “Putting the Pieces Together... an EU Model BIT?”, *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014, pp. 609–704, en p. 680.

Entre las numerosas críticas a las SDIE podemos referirnos a la de Nikolai Soukup, en el marco de una valoración negativa de la totalidad del proyecto ATCI²⁸. Estos procedimientos de solución de controversias han hecho posible la reclamación de cuantiosas indemnizaciones por parte de los inversionistas a los Estados ante tribunales arbitrales constituidos mediante procesos de selección *ad hoc* por los conglomerados multinacionales frente a Gobiernos legítimos que pretenden modificar la legislación vigente por razones de interés público y ponen, así, en peligro las expectativas de obtener grandes beneficios de las inversiones. Los APPRIS suelen incluir disposiciones muy vagas y poco claras que obligan a dar un “trato justo y equitativo” a los inversionistas extranjeros y prohibir toda “expropiación” de las inversiones, aunque sea “de forma indirecta”. Las amplias facultades de interpretación que estos Acuerdos atribuyen a tribunales arbitrales privados para la interpretación de los APPRIS facilitan la imposición de monstruosas indemnizaciones a los Estados en beneficio de los inversionistas privados, que, en definitiva, acaban cayendo sobre las espaldas de los contribuyentes, en beneficio de los inversionistas privados.

Los procedimientos arbitrales se desarrollan, en general, fuera del foco de atención de la opinión pública nacional y con escasas posibilidades de formulación de recursos contra ellos. La composición de estos tribunales arbitrales suele quedar en manos, además, de un reducido grupo de bufetes de abogados con conexiones internacionales. Los tribunales arbitrales están, en general, exentos del cumplimiento de las estrictas garantías procesales que imponen los modernos ordenamientos nacionales a los tribunales de justicia, por lo que pueden infringir los principios fundamentales del Estado de Derecho, y acabar imponiendo limitaciones a los Estados que están vinculados por las cláusulas SDIE para la aprobación de nuevas disposiciones legales de carácter progresista en ámbitos como la protección social, ambiental o sanitaria que puedan atentar contra los intereses creados a favor de los conglomerados transnacionales para la obtención de beneficios a toda costa. La simple amenaza de una reclamación de indemnización multimillonaria por parte de estos conglomerados actúa como elemento disuasorio de las políticas gubernamentales, forzando a los Estados a retirar o diluir sus propuestas regulatorias, aunque éstas sean necesarias para la estabilidad o la cohesión social de sus respectivas comunidades nacionales.

Como ejemplos de la importancia que pueden revestir las reclamaciones de las empresas nacionales contra los Estados vinculados por las cláusulas SDIE incluidas en los APPRIS cita Soukup la del grupo sueco *Vattenfall* por un importe de 3.700 Meuros contra el anuncio del Gobierno federal alemán de renunciar a la energía nuclear de conformidad con su nueva Carta de la energía. Otras re-

²⁸ “Das EU–USA Handelsabkommen TTIP: Ein neoliberale Projekt und seine Konsequenzen für öffentliche Interessen“, *WISO*, 37, 2014, n° 3, pp. 83–102.

clamaciones formuladas por grupos privados contra propuestas de políticas nacionales que les resultan perjudiciales son las del Grupo *Philip Morris* contra Australia, Canadá y Uruguay por las propuestas de introducir advertencias disuasorias o modificaciones en la presentación de las cajetillas de tabaco para reducir el interés de los consumidores en la compra de este tipo de productos, que se consideran generalmente como muy perjudiciales para la salud humana²⁹, o la reclamación del Grupo francés *Veolia* contra Egipto y otros países que se proponen aprobar nuevas leyes laborales que imponen salarios mínimos en beneficio de los trabajadores³⁰.

Frente a este tipo de críticas generalizadas contra las cláusulas SDIE incluidas en los APPRIS, otros juristas especializados en cuestiones de Derecho internacional privado y de arbitraje ofrecen una perspectiva menos apasionada de la cuestión, y tratan de analizar la situación desde una perspectiva más rigurosa desde el punto de vista legal. Éste es el caso del Profesor Filippo Fontanelli, de la Universidad de Edimburgo, que acusa a muchos de los críticos de basarse en concepciones chauvinistas y proteccionistas que parece que podrían acabar reservando las garantías del Estado de Derecho en cada Estado exclusivamente a los nacionales de ese Estado, como ocurría en la Antigüedad y en la Edad Media cuando se negaba a los extranjeros el derecho de acceder a los tribunales de justicia. Este autor pone de relieve la complejidad que ofrecen algunas de las situaciones sometidas a procedimientos arbitrales. Mientras en los casos planteados por *Veolia* y *Philip Morris* nos encontramos con la impugnación directa por empresas multinacionales de la facultad de los Estados de proteger el ambiente y las relaciones laborales en su propio territorio, otras situaciones parecen más complejas y ofrecen menor claridad desde el punto de vista jurídico. Así, en el caso *Foresti*, que se basa en sendos APPRIS concluidos por dos Estados miembros de la UE, Italia y Luxemburgo, con la República sudafricana, se impugnaba la facultad de esta última de aprobar una normativa que atribuía el 50% de la propiedad de las sociedades de explotación minera a los “sudafricanos colocados históricamente en una situación de desventaja”. Esta medida resulta perfectamente comprensible desde la perspectiva de la situación de discriminación que el régimen del *apartheid* había establecido en ese país, pero es discutible que la reparación de esa discriminación histórica, que tiene su origen en un sistema político interno manifiestamente injusto, deba ser asumida por inversionistas extranjeros de buena fe que se habían limitado a adquirir las acciones de las sociedades sudafricanas sin tener responsabilidad alguna por el desarrollo previo

²⁹ *Philip Morris Asia Limited vs. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, caso PCA n° 2012/12.

³⁰ *Veolia Propreté vs. Arab Republic of Egypt*, caso ICSID n° 2012/15.

de ese sistema interno de carácter discriminatorio³¹. Más complejo todavía es el caso *Deutsche Bank*, basado en otro APPRI entre un Estado miembro de la UE y un país tercero, pero que no se refiere directamente a las facultades legislativas del tercer Estado de adoptar normas en materia ambiental o social, sino a una decisión de la empresa petrolera nacional de Sri Lanka de recurrir a un contrato de derivados (“*hedging*”) para protegerse de una eventual subida de los precios del petróleo en el momento en que el ascenso de éstos era continuo. Cuando se invirtió la situación y se produjo un descenso de los precios del petróleo en los mercados mundiales, el Gobierno de Sri Lanka pretendió proteger a su empresa petrolera mediante la liberación de sus obligaciones internacionales contraídas libremente para garantizar su seguridad, lo que acabaría perjudicando a una entidad financiera europea que había concluido un acuerdo financiero de garantía en condiciones económicas ordinarias y que no tenía responsabilidad alguna en la generación del sistema discriminatorio del *apartheid*³². Las objeciones a procedimientos arbitrales independientes en este segundo tipo de casos son más difíciles de explicar que en el primer tipo de la en los que se produce una relación directa entre la reclamación del inversionista y las facultades legislativas de los Estados en los que se ha producido la inversión.

VII. La práctica de los Estados miembros de la UE en materia de SDIES

Como se ha señalado con anterioridad, los Estados miembros de la UE ocupan un lugar destacado en la práctica de la conclusión de APPRIS entre ellos mismos y con terceros Estados³³. Al haber asumido la UE competencia en esta materia tras la entrada en vigor de los Tratados de Lisboa, sus instituciones no pueden permanecer con los brazos cruzados y dejar que los Estados sigan gestionando sus responsabilidades en la materia como si no se hubiera producido este cambio constitucional. La UE está obligada, por el contrario, a llevar a cabo una armonización de las normas existentes en la materia. Resulta a este respecto de gran utilidad el estudio llevado a cabo sobre el tema por encargo de la Comisión de Asuntos Jurídicos del PE por un grupo de estudiosos bajo la dirección del investigador Tony Cole³⁴.

³¹ *Piero Foresti, Laura de Carli y otros vs. The Republic of South Africa*, caso ICSID n° ARB(AF) n° 2012-12.

³² *Deutsche Bank AG vs. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, caso ICSID n° ARB/09/02.

³³ La lista de los acuerdos bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la UE y los terceros países ha sido publicada en el DO C 135 de 24.4.2015, pp. 1-101. En dicha lista aparece España con 63 acuerdos.

³⁴ *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU. Study for the JURI Committee*, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2014.

Los APPRIS concluidos entre los miembros actuales de la UE, que hoy son más de 170, están sometidos al Derecho de la UE. Se trata, por lo general, de acuerdos concluidos por Estados que eran miembros de la UE en el momento en el que concluyeron los acuerdos con Estados que no eran aún miembros de ésta. En puridad, estos acuerdos habrían perdido su vigencia al quedar sometido el mercado interior a las normas de Derecho interno de la UE. Sin embargo, tribunales competentes en materia de inversiones han seguido aplicando los mismos por entender que la materia regulada no está incluida en el ordenamiento interno de la UE ni tener sus normas la misma naturaleza jurídica que las de Derecho interno de la UE.

El tema no está, por tanto, totalmente resuelto, y requerirá una regulación a través de textos normativos de Derecho secundario de la UE o la interpretación del ordenamiento de la UE por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE. La posición de la Comisión Europea es clara a este respecto: los APPRIS entre los Estados miembros de la UE, aunque hayan sido concluidos antes del ingreso en la UE de una de las partes, son incompatibles con el Derecho de la UE, por lo que debe ponerse fin a su vigencia³⁵, y los Estados miembros no pueden concluir nuevos APPRIS entre ellos al haber sido transferidas sus competencias en esta materia a las instituciones comunes.

Con respecto a los APPRIS concluidos con Estados que no son miembros de la UE, la Comisión de la UE había iniciado en el año 2004 procedimientos de infracción contra Austria, Finlandia y Suecia, acusando a estos tres países, que ingresaron en la UE en 1996, de no ajustarse a las obligaciones impuestas por el Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, "TCEE") entonces vigente, al no haber adaptado al Derecho de la UE los APPRIS concluidos con terceros Estados con anterioridad a su ingreso en la UE. Un cuarto recurso fue presentado contra Eslovaquia en el año 2011 con referencia a otro APPRI concluido por este país con un tercer Estado igualmente antes de su ingreso en la UE en el año 2004. El TJ ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre estos cuatro procedimientos de infracción, por lo que contamos ya con una cierta base jurisprudencial en esta materia. Mientras en los casos de Austria³⁶, Finlandia³⁷ y Suecia³⁸ el TJ apreció infracción del Derecho de la UE por estos tres Estados, no apreció violación del Derecho de la UE por parte de Eslovaquia³⁹. Tras la entrada en

³⁵ Carta de la Comisión Europea de 13 enero 2006, pp. 24 sigs., en *Eastern Sugar B.V.(Netherlands) vs. The Czech Republic*, UNCITRAL *ad hoc* Arbitration in París, as. nº 088/2004, Laudo parcial de 27 marzo 2007.

³⁶ STJ 3 marzo 2009, as. 205/06: *Comisión c. Austria*, ECLI:EU:C:2009:118.

³⁷ STJ 19 noviembre 2009, as. C-118/07: *Comisión c. Finlandia*, ECLI:EU:C:2009:115.

³⁸ STJ 3 marzo 2009, as. C-249/06: *Comisión c. Suecia*, ECLI:EU:C:2009:119.

³⁹ ST 15 septiembre 2011, as. C-264/09: *Comisión c. Eslovaquia*, ECLI:EU:C:2011:581.

vigor de los Tratados de Lisboa no existe duda sobre la competencia de la UE sobre este tipo de Acuerdos.

Resultaba necesario, en todo caso, establecer un régimen transitorio para los acuerdos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de los Tratados de Lisboa. Esta es la finalidad del Reglamento 1219/2012 o “Reglamento abuelo”, ya citado. De conformidad con este Reglamento, para que los APPRIS concertados entre la UE y los terceros países puedan seguir en vigor, los Estados miembros de la UE deben solicitar una autorización específica de la Comisión, que ha de valorar su compatibilidad con el Derecho de la UE.

La concesión o denegación de esta autorización dependerá de la valoración que la Comisión lleve a cabo al respecto. En especial, en virtud del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, que es uno de los principios generales del Derecho de la UE, estos Acuerdos no podrían conceder ventajas a los ciudadanos de unos Estados miembros con respecto a los de otros Estados miembros. El TJ podrá, en consecuencia, declarar la incompatibilidad de estos Acuerdos con el Derecho de la UE. Ahora bien, para los APPRIS que se declaran vigentes, los tribunales arbitrales no están obligados necesariamente a aplicar el Derecho de la UE, a no ser que así lo establezca de modo expreso el APPRI correspondiente.

Los tribunales arbitrales no pueden, en todo caso, solicitar una sentencia prejudicial del TJ para decidir sobre la compatibilidad de los APPRIS con el Derecho de la UE al no ser esos tribunales arbitrales órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Podría ocurrir, por otro lado, que las indemnizaciones impuestas por los tribunales arbitrales sean consideradas por los tribunales de los Estados miembros o de la UE como ayudas de Estado prohibidas por el art. 107 TFUE. Finalmente, el desarrollo de la Unión Monetaria puede ocasionar que las disposiciones de los acuerdos arbitrales y de los laudos adoptados sobre la base de los mismos sean consideradas contrarias a las nuevas normas de la UE en esta materia, sobre todo en relación con las transferencias de capital previstas en los arts. 64–66 TFUE⁴⁰.

El Reglamento 912/2014, ya citado, ha sido aprobado en previsión de la conclusión de futuros acuerdos en este ámbito por la UE o los Estados miembros. Podría ser demandado el sujeto que haya ocasionado el tratamiento que da lugar a la reclamación del inversionista, pero la UE podría también ser demandada, en circunstancias excepcionales, si el tratamiento del inversionista en cuestión resulta de la actuación de un Estado miembro como consecuencia de la aplicación de normas del Derecho de la UE.

⁴⁰ *Vid.*, en general, T. Cole, *op. cit.*, pp. 259 ss.

VIII. La inclusión de cláusulas SDIE en APPRIS concluidos por la UE

Aunque la UE no ha concluido aún ningún acuerdo de este tipo bajo las nuevas facultades que le confieren los Tratados de Lisboa, hemos visto cómo ha ultimado sus negociaciones para acuerdos de este tipo con Canadá (“AECG” o “CETA”) y con Singapur (“EU–Singapore FTA”), aunque su conclusión definitiva está pendiente de las negociaciones ATCI por razones de consistencia jurídica y política. Con respecto a Canadá, nos encontramos, además, con la vinculación de este país con EU a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”, más conocido por sus siglas inglesas “NAFTA”, “North America Free Trade Agreement”) que ha llevado a hablar del “peligro de contaminación” por éste sobre las negociaciones de la UE con Estados Unidos sobre el ATCI⁴¹.

Las negociaciones para un acuerdo de libre comercio con Singapur comenzaron en el mes marzo 2010 y concluyeron en el mes diciembre 2012, ultimándose de este modo en el período, relativamente corto para las negociaciones comerciales de la UE, de sólo dos años y nueve meses, aunque está pendiente todavía de su conclusión formal por las razones que acabamos de exponer. A pesar de su modesta denominación como “Acuerdo de libre comercio”, los compromisos adquiridos por ambas partes van más allá del ámbito estrictamente comercial para incluir la contratación pública, la propiedad intelectual, el reconocimiento mutuo de cualificaciones profesionales y la prestación de servicios, incluidos los servicios financieros. El Acuerdo sustituye a una serie de APPRIS entre Singapur y los siguientes Estados miembros: Alemania, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Francia, Hungría,

Letonia, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, República checa y Unión Económica Belgo–Luxemburguesa (Anejo 9–D de la Sección relativa a la protección de inversiones). Se propone expresamente, además, facilitar las inversiones directas. El cap. 9 del proyecto de acuerdo está dedicado a las inversiones, e incluye tanto las inversiones directas como las indirectas (art. 9.1.1). Aunque el principio general en materia de inversiones es la igualdad de trato (art. 9.3.1), el proyecto de Acuerdo prevé un “trato menos favorable” a las inversiones y los inversionistas de la otra parte para mantener las facultades regulatorias propias dirigidas a proteger la seguridad pública, la moral pública o el orden público, la vida o la salud humana, animal o vegetal, la conservación de los recursos naturales, la protección de las obras artísticas, históricas o arqueológicas, la lucha contra las prácticas fraudulentas, la protección de datos personales, la seguridad o la

⁴¹ Vid. A. Rheinisch, *loc. cit.*, p. 682.

fiscalidad directa (art. 9.3.3). También permite la expropiación para una finalidad pública, con las debidas garantías procesales y materiales, compensada con una indemnización “pronta, adecuada y efectiva” y sometida al control jurisdiccional o de una autoridad independiente de la parte que adopte la medida (art. 9.6°).

El proyecto de Acuerdo con Singapur incluye una Sección B dedicada a la SDEI, con normas detalladas sobre el procedimiento arbitral y la ejecución de laudos arbitrales (art. 9, puntos 19 a 33) y un Anejo 9-B con un Código de Conducta para árbitros y mediadores. Las disposiciones sobre arbitraje se encuadran el marco del Convenio de las Naciones Unidas sobre el ICSID y las reglas adoptadas por la UNCITRAL.

Del mismo modo, el cap. 33 del Proyecto de AECEG se refiere a la solución de conflictos resultantes de la interpretación y aplicación de las disposiciones del Acuerdo. El Proyecto AECEG trata de evitar que la duplicidad de Tratados lleve a su vez a una duplicidad de los procedimientos de solución, por lo que el art. 14.3° establece que una parte no puede aspirar a conseguir la reparación por incumplimiento de una obligación equivalente en los Acuerdos AECEG y OMC ante las dos instancias previstas en cada uno de estos Acuerdos. Una vez que el procedimiento de solución de controversias ha sido iniciado bajo un Acuerdo, una parte no puede pedir reparación por incumplimiento de una obligación sustancialmente equivalente en el otro Acuerdo ante la otra instancia de solución, a no ser que la instancia elegida no se pronuncie sobre la demanda, por motivos de procedimiento o de competencia distintos de los previstos en el párrafo XX b del Anejo I.

El Proyecto de Acuerdo con Singapur introduce la obligación de abrir consultas entre las partes antes de recurrir al arbitraje (Cap. 15, art. 15.3). El Proyecto AECEG establece, igualmente, que se busquen vías amistosas de solución antes de recurrir al procedimiento de solución de controversias: cooperación entre las partes para ponerse de acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo, así como consultas sobre toda cuestión que pueda incidir sobre su aplicación (arts. 14.1° y 14.4°), incluyendo la mediación (art. 14.5°). Si las consultas no solucionan la cuestión en el plazo de 45 días, o de 25 días para los asuntos urgentes, particularmente con respecto a productos perecederos o productos o servicios de carácter estacional, cabe someter la cuestión a un grupo de arbitraje de solución de controversias (art. 14.6°). Tras la decisión arbitral, las partes tienen un plazo para ajustarse a la misma, y, en caso de que no se llegue a un acuerdo al respecto, el grupo arbitral puede todavía decidir sobre la cuestión. Hay que tener en cuenta que todo el procedimiento está concebido en el marco de los acuerdos del GATT y de la OMC, en virtud de los cuales el incumplimiento de las obligaciones por una parte llevaría a la retirada de concesiones por la otra parte, al

menos en materia comercial. Ahora bien, los Acuerdos de la Ronda Uruguay que llevaron al Acuerdo de Marraquech de 1994 que estableció la OMC van más allá de la materia comercial tradicional, para incluir el comercio de mercancías, la propiedad intelectual y las inversiones relacionadas con el comercio. Cuando se trata de inversiones hechas por particulares, aparece un elemento nuevo en la solución de conflictos, el relativo a la protección de los intereses de los particulares frente a los Estados.

En este ámbito existe la convicción por parte de los inversionistas de que las jurisdicciones nacionales, que son las que deberían resolver normalmente los litigios entre particulares aunque tengan elementos extranjeros no son fiables, por la deferencia que suelen mostrar las instancias nacionales hacia los gobiernos de los que dependen, lo que coloca a los inversionistas extranjeros en una situación de desventaja e inseguridad jurídica. Desde el punto de vista práctico, los inversionistas extranjeros se abstienen de hecho, de efectuar inversiones en un Estado cuyo Gobierno no garantice la seguridad de las inversiones a través de procedimientos imparciales de carácter arbitral. Es, así, como se viene recurriendo normalmente al arbitraje internacional para resolver este tipo de litigios. El AECEG, en esta línea, incluye la protección de inversiones de particulares en países extranjeros e impone procedimientos arbitrales de solución de controversias, no sólo entre los Estados contratantes, sino también entre éstos y los inversionistas particulares (Cap. 10, sobre Inversiones).

El AECEG trata de responder a las acusaciones de intromisión de las empresas inversionistas en las políticas sociales y ambientales de los Estados que reciben las inversiones. El Anejo X.9.1 establece que “salvo en circunstancias excepcionales, las acciones regulatorias no discriminatorias de una de las partes que son concebidas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas”, impidiéndose así el recurso a la cláusula SDIE en las cuestiones más sensibles de competencia estatal.

En el momento en el que existe un clamor general contra la globalización y contra el control de la economía mundial por los grandes grupos capitalistas, las cláusulas arbitrales que limitan la facultad de los Estados para tomar decisiones económicas relevantes socialmente son impopulares para las distintas opiniones públicas nacionales, y esto explica las reticencias a que ATCI siga las pautas de los proyectos de Acuerdo con Singapur y Canadá. Sería muy difícil de justificar, sin embargo, que los acuerdos paralelos con dos terceros Estados, Canadá y EE UU, que tienen una organización interna federal muy similar y están vinculados entre sí, además, por un acuerdo de libre comercio, puedan quedar sujetos a diferentes regímenes de solución de controversias.

IX. La discusión sobre el ATCI y las cláusulas SDIE en el seno de las instituciones de la UE

Jean-Claude Juncker se comprometió, en las “Orientaciones políticas” ya mencionadas, presentadas ante el PE en ocasión de la presentación de su candidatura a la presidencia de la Comisión, a no aceptar que “la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE quede limitada por regímenes especiales para los litigios de los inversores”, pues “el Estado de Derecho y el principio de igualdad ante la ley deben aplicarse también en este contexto”.

El Dictamen sobre las negociaciones del ATCI del Comité Económico y Social, publicado antes de que concluyera la consulta pública sobre la protección de las inversiones y el mecanismo SDIE, se limitó a recoger su satisfacción porque, con la apertura de esta consulta pública el 24 marzo 2014, la Comisión hubiera reconocido la considerable inquietud pública que causan los litigios agresivos (Punto 8.3). El Dictamen del Comité de las Regiones, publicado después de la terminación de la consulta, iba más allá y recomendaba a la Comisión que tuviera en cuenta el resultado de la misma, que mostraba una oposición generalizada a las cláusulas SDIE, y valoraba positivamente que “la nueva Comisión haya declarado que no aceptaría que la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE se viera limitada mediante regímenes especiales para demandas interpuestas por los inversores y que en este contexto también deberían prevalecer el Estado de Derecho y la igualdad ante la ley” (Punto 33). El CES, apoyaba, además “firmemente la decisión de la Comisión de presentar nuevas propuestas destinadas a aumentar el nivel de transparencia e imparcialidad del SDIE” (Punto 34), haciendo hincapié “expresamente en que las disposiciones sobre protección de las inversiones y mecanismos de solución de diferencias entre inversores y Estados entre la Unión Europea y los Estados Unidos (SDIE) que eludan los tribunales ordinarios competentes entrañan un elevado riesgo y, por ello, estima que debe renunciarse a ellas”, y concluyó pidiendo que “los litigios sobre inversiones se resuelvan ante los tribunales nacionales” (Punto 35). Subrayó que “las medidas políticas y administrativas legalmente establecidas y legitimadas democráticamente no pueden ser puestas en tela de juicio por órganos de arbitraje, en particular respecto de reclamaciones posteriores por daños y perjuicios” y sostuvo que “las cláusulas de protección de las inversiones incluidas en la ATCI no pueden en ningún caso conducir a injerencias directas o indirectas en el derecho a regular del Estado” (Punto 36).

Como hemos ya señalado, el PE ha dedicado bastante atención al ATCI, en el marco de una preocupación permanente por las relaciones de la UE con los Es-

tados Unidos, con anterioridad a la actual etapa de negociaciones⁴². El proyecto de Informe presentado en la Comisión INTA, competente para el fondo, por su ponente, el socialista alemán Bernd Lange⁴³, se hizo eco en su Considerando P de las preocupaciones de Juncker. Pedía que, al estar disponibles los resultados de la consulta pública sobre protección de inversiones y la solución de diferencias entre Estados e inversionistas, se abriera un proceso de reflexión entre las tres instituciones europeas principales (Parlamento, Consejo y Comisión) sobre la mejor manera de lograr la protección de las inversiones y la igualdad de trato de los inversionistas, oponiéndose en todo caso a la inclusión de un mecanismo de solución de controversias entre los inversionistas privados y los Estados, por considerarlo innecesario. Proponía, en su lugar, recurrir a un sistema de solución de controversias entre Estados y la intervención de los tribunales nacionales para resolver este tipo de disputas (Punto 1–d–14).

Las cláusulas SDIE han centrado en gran parte la discusión en el seno del PE. Las comisiones parlamentarias emitieron diferentes opiniones sobre la negociación del ATCI. La Comisión de Asuntos jurídicos (“JURI”), especialmente, se convirtió en el escenario de un dramático enfrentamiento entre los partidarios y los detractores de las cláusulas SDIE. Su ponente inicial, el democristiano alemán Axel Voss, había redactado un proyecto de Opinión⁴⁴, acompañado de un Documento de trabajo⁴⁵, que trataba de ser prudente a este respecto. Proponía la eventual creación de un tribunal común de comercio internacional. Ante las difi-

⁴² Vid., en particular, las siguientes resoluciones: P6_TA(2006), de 1 junio 2006, sobre “las relaciones económicas transatlánticas UE–Estados Unidos” (2005/282 (INI)), DO C 298 de 8.12.2006, p. 235; P6_TA(2007), de 22 mayo 2007, sobre “una Europa global – Aspectos externos de la competitividad” (2006/2292(INI)), DO C 102 de 24.4.2008, p. 128; P6_TA(2008), de 19 febrero 2008 sobre “la estrategia de la UE para facilitar a las empresas europeas el acceso a los mercados exteriores” (2007/2185(INI)), DO C 184E, de 6 agosto 2009, p. 16; P6_TA(2008)53, de 5 junio 2008, sobre “normas y procedimientos eficaces de importación y exportación al servicio de la política comercial” (2007/2256(INI)), DO C 285 de 26.11.2009, p. 1; P6_TA(2008)353, de 9 julio 2008 sobre “las diferencias en el seno de la OMC entre la UE y los Estados Unidos sobre supuestas subvenciones a Airbus y Boeing”, DO C 294E de 3.12.2009, p. 33; P6_TA(2009)48, de 5 febrero 2009, sobre “el refuerzo del papel de las PYMES europeas en el comercio internacional” (2008/2205(INI)), DO C 67E de 18.3.2010, p. 101; P7_TA(2010)396, de 11 noviembre 2010 sobre “la próxima cumbre UE–EU y la reunión del Consejo Económico Transatlántico”, DO C 74E de 13.3.2012, p. 1; P7_TA(2011)141, de 6 abril 2011, sobre “la futura política europea en materia de inversiones extranjeras”, DO C 296E de 2.10.2012, p. 34; P7_TA(2011)412, de 27 septiembre 2011, sobre “una nueva política comercial para Europa en el marco de la Estrategia Europea 2020”, DO C 56E de 27.2.2013, p. 87; P7_TA(2011)510, de 17 noviembre 2011, sobre “la cumbre UE–EU del 28 noviembre 2011”, DO C 153E, de 31.5.2013, p. 124; P7_TA(2011)565, de 13 diciembre 2011 sobre “las barreras al comercio y a la inversión” (2011/20158(INI)), DO C 168E, de 14 junio 2013, p.1; P7_TA(2012)388, de 12 octubre 2012 sobre “relaciones económicas y comerciales con los EU” (2012/2149(INI)), DO C 68E de 7.3.2014, p. 53.

⁴³ Doc. PE549.135v01–00, de 5 de febrero.

⁴⁴ Doc. PE549.425v01–00, de 4 de marzo.

⁴⁵ Doc. PE551.772v01–00, de 5 de marzo.

cultades que planteaba su creación inmediata, acababa defendiendo, sin embargo, la inclusión de las cláusulas SDIE en el ATCI (Documento de trabajo, Puntos 6 y 7). La mayor parte de los miembros de la Comisión JURI no estaban de acuerdo con este punto de vista y así lo manifestaron en sus enmiendas⁴⁶: Gebhardt (enms. 1, 37 y 46), Rozière (enms. 2, 9, 15, 18, 19, 33, 34, 39, 48, 54, 63 y 74), Hautala y Durand (enms. 5, 8, 10, 12, 20, 36, 43, 45, 52, 55, 70 y 75), Köster, Kaufmann, Gebhardt (enms. 6, 13, 41, 49, 53 y 76), Krisogonos (enms. 16, 31 y 97), Krisogonos y Maštálka (enms. 11, 35, 44, 58, 62, 71), Geringer de Odenberg (enms. 40, 47 y 60), Köster, Regner, Cofferati, Kaufmann, Gebhardt, Rozière, Kirton-Darling, Leichtfried, Andrieu, Honeyball (enm. 65). Incluso aquellos diputados que defendían las SDIES o no se oponían a ellas, como Angelika Niebler, democristiana alemana, o Angel Dzhambazki y Sajjad Karim, conservadores búlgaro y británico, respectivamente, matizaban en sus enmiendas su apoyo a las cláusulas SDIE al sostener que deberían preservarse, en todo caso, la independencia del poder judicial y el Derecho de la UE: Niebler (enms. 3, 50 y 57), Dzhambazki y Karim 8 (enms. 38, 51, 59, 72), Buda (enms. 61 y 77), Szajer (enm. 66) y Comodini Cacchia (enm. 68). Cuando se produjo la votación, el 16 de abril, todos los párrafos del proyecto original del ponente resultaron sustituidos por enmiendas de sentido contrario, lo que obligó a Voss a retirar su nombre de la Opinión, que apareció, en su lugar, con el nombre del diputado socialista alemán Dietmar Köster⁴⁷. La nueva Opinión fue aprobada por un margen muy reducido de votos de 12 contra 11 y 2 abstenciones, pero era contundente en su rechazo a la inclusión de las cláusulas SDIE. Proponía, en lugar de tales cláusulas, la solución de litigios mediante recursos jurídicos ante los tribunales ordinarios o a través de mecanismos intergubernamentales. Para el caso de que se decidiera la inclusión de tales cláusulas en ATCI a pesar de las objeciones formuladas por JURI, la Opinión trataba de impedir que la jurisprudencia de los tribunales arbitrales pudiera sustituir a las normas del Derecho nacional de las partes contratantes y que las futuras modificaciones de las leyes de los Estados miembros pudieran ser bloqueadas por las jurisdicciones arbitrales (Punto 1-i). La Comisión JURI rechazaba igualmente las propuestas sobre las cláusulas SDIE que siguen el modelo del AECG con Canadá, a pesar de las garantías y limitaciones que el proyecto AECG incluye, por estimar que no se conseguiría un trato equitativo de los inversionistas nacionales y extranjeros bajo ese sistema de solución de controversias (Punto 1-b).

Una suerte parecida corrió el Proyecto de Opinión redactado por el democristiano holandés Wim van de Camp para la Comisión de Transportes y Turismo

⁴⁶ Doc. PE551.939v01-00, de 27 de marzo.

⁴⁷ Doc. PE549.425v02-00, de 17 de abril.

(“TRAN”)⁴⁸. El proyecto de van de Camp no entraba siquiera a considerar las dificultades que planteaban las cláusulas SDIE. El Proyecto de Opinión fue rechazado por 17 votos a favor y 28 en contra, con 3 abstenciones, sin que TRAN haya aprobado hasta la fecha una Opinión al respecto, con es ésta la única Comisión que no ha dejado oír su voz antes de la discusión en el pleno del PE.

La Opinión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (“EMPL”)⁴⁹ fue también tajante con respecto a las cláusulas SDIE. Recomendaba que “el acuerdo sobre cualquier mecanismo de solución de diferencias sobre protección de inversiones tenga en cuenta los resultados de la consulta pública sobre la solución de diferencias entre los inversores y el Estado (ISDS), sea totalmente transparente y esté sujeto a control democrático, que refleje explícitamente el derecho de los Estados miembros a regular y no suponga en ningún caso una limitación o un obstáculo para los legisladores a la hora de adoptar y aplicar legislación para sus países en el ámbito de la política de empleo y de la política social; que un sistema de solución de controversias entre Estados entre la UE y los Estados Unidos, cada uno de los cuales tiene sistemas jurídicos plenamente operativos y un nivel de protección de la inversión suficiente para garantizar su seguridad jurídica, sea otra herramienta adecuada para resolver los litigios relativos a las inversiones, que se descarte la inclusión de cualquier tipo de tribunal arbitral privado en la ATCI” (Punto 1–xviii).

La mayor oposición a las cláusulas SDIE aparece en la Opinión de la Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Seguridad Alimentaria (“ENVT”)⁵⁰, adoptada por una abrumadora mayoría de 59 votos contra 8 y 2 abstenciones, que pedía a la Comisión que se opusiera a la inclusión de las mismas en el proyecto ATCI (Punto 17), en el contexto de una larga enumeración de las diferencias existentes entre los altos niveles de exigencias en materia de protección de la salud y del ambiente en la UE frente a la laxitud de la normativa norteamericana en la materia.

También se oponía de forma tajante la Comisión de Asuntos Constitucionales (“AFCO”) a la inclusión en ATCI de un mecanismo específico para las SDIES⁵¹, proponiendo en su lugar un mecanismo de solución de controversias entre Estados y el recurso a la jurisdicción de los tribunales nacionales. La Opinión de AFCO mencionaba el Dictamen del TJ contrario a la conclusión del proyecto de acuerdo para la adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”)⁵², e invocaba tanto la necesidad de mantener las competencias del TJ

⁴⁸ Doc. PE544.474v01–00, de 9 de enero.

⁴⁹ Ponente M. Harkin, doc. PE546.672v02–00, de 1 de abril.

⁵⁰ Ponente B. STAES, doc. PE544.393v02–00, de 16 de abril.

⁵¹ Ponente E. González Pons, doc. PE549.176v02–00, de 16 de abril.

⁵² Dictamen 2/13.

como la autonomía del ordenamiento jurídico de la UE (Considerando B y Puntos 1–vi y vii).

Igualmente tajante en su oposición a la cláusula SDIE era la Opinión de la Comisión de Peticiones (“PETI”)⁵³, que se basaba en el éxito de la campaña de recogida de firmas contra las cláusulas SDIE, los resultados claramente negativos de la consulta sobre estas mismas cláusulas SDIE, la necesidad de mantener los poderes jurisdiccionales del TJ y la facilidad existente para el acceso a las jurisdiccionales nacionales ordinarias en el interior de la UE para resolver este tipo de litigios.

La Opinión adoptada por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (“LIBE”)⁵⁴ fue más prudente en sus críticas al sistema de solución de controversias que la propuesta que había formulado su ponente, el verde alemán Jan Philipp Albrecht. En todo caso, recomendaba a la Comisión ejecutiva que en el proceso de negociación limitara el alcance de las cláusulas SDIE para garantizar que “las decisiones sobre conflictos jurisdiccionales respecto a derechos fundamentales solo puedan tomarlas los tribunales ordinarios competentes” y que “vele por que las disposiciones relativas a un mecanismo de resolución de controversias entre inversores y Estados no menoscaben la igualdad de acceso a la justicia ni minen la democracia” (Punto 1–h). Por lo demás, la Comisión LIBE trataba de limitar el alcance de un eventual sistema automático de solución de conflictos mediante la inclusión en el Acuerdo de compromisos expresos que excluyeran del ATCI el “actual y futuro marco jurídico en materia de protección de los datos personales” y que permitieran “la aplicación de excepciones relativas a la prestación de servicios que resulten justificables conforme a las normas pertinentes de la OMC” (Punto 1–d)). Pedía, además, a la Comisión que velara por el pleno respeto de las normas de la UE en materia de derechos fundamentales a través de la inclusión de una cláusula de derechos humanos, que debería ser jurídicamente vinculante y suspensiva, como un componente estándar de los acuerdos comerciales de la UE con terceros países” (Punto 1–a). La inclusión de “una cláusula sobre corrupción, fraude fiscal, evasión fiscal y blanqueo de capitales” iría dirigida, igualmente, a limitar la libertad de decisión de los tribunales arbitrales, que deberían tomar en consideración estas limitaciones al régimen de las inversiones internacionales (Punto 1–k).

La Opinión de la Comisión de Asuntos Exteriores (“AFET”)⁵⁵, favorable al ATCI, no abordaba directamente el tema de las cláusulas SDIE. Indirectamente, sin embargo, intentaba fijar ciertas condiciones al proyecto de Acuerdo que iban dirigidas a imponer límites a la jurisdicción arbitral, al pedir que no se redujeran

⁵³ Ponente J. Walesa, doc. 549.172v03–00, de 17 abril 2015.

⁵⁴ Ponente J. P. Albrecht, doc. PE546.558v02–00, de 7 de abril.

⁵⁵ Ponente F.J. Millán Mon, doc. PE546.630v03–00, de 1 de abril.

los niveles de exigencia, “especialmente en cuestiones importantes como la protección de los consumidores, la salud, los derechos laborales o el medio ambiente” e insistir, sobre todo, en que “ninguna disposición del capítulo sobre la protección de la inversión debe entenderse de forma que socave el Derecho de la UE y de los Estados miembros a legislar, de conformidad con sus respectivas competencias, en el marco de la consecución de los objetivos legítimos de orden público” (Punto 4). También se instaba en esta Opinión al respeto de “estrictas normas medioambientales” y se sostenía que “el acuerdo no debe afectar al derecho de cada parte para controlar la exploración y explotación de sus fuentes de energía” (Punto 8).

La Opinión de la Comisión de Mercado Interior y Protección de los Consumidores (“IMCO”)⁵⁶, favorable también en términos generales en general al proyecto ATCI, introducía igualmente algunas limitaciones a la facultad de decisión de eventuales tribunales arbitrales que se establecieran sobre la base de las cláusulas SDIE: “promover y proteger el alto nivel de protección de los consumidores europeos consagrado en el TFUE” (Punto a–ii), no poner en peligro la calidad de los servicios públicos de la UE (Puntos b–ii y c–iii), proteger los estándares europeos (Punto d–i), y, sobre todo, que “el Acuerdo no puede afectar el derecho a regular con arreglo a los niveles de protección de la salud, la seguridad, los consumidores y el medio ambiente, así como la diversidad cultural, que cada una de las partes considere oportunos”(Punto e–iv).

En términos parecidos se pronunciaba otra Comisión favorable al ATCI, la de Asuntos Económicos y Monetarios (“ECON”)⁵⁷, que pedía que no se interfiriera “con el derecho de los gobiernos a regular” (Punto 1–k), que se “garantice que la legislación europea en materia de competencia se respeta adecuadamente en todos los ámbitos, especialmente en lo relativo a los mercados digitales” (Punto 1–r), que se respeten “plenamente los derechos de los trabajadores y la protección de los mismos, y que éstos no son socavados por un aumento del acceso al mercado y de la competencia” (Punto 1–s).

En el mismo sentido iba la Opinión de la Comisión de Desarrollo (“DEVE”)⁵⁸, que pedía a la Comisión que, “en el marco de las negociaciones, promueva unas normas más rigurosas a escala mundial en materia de protección de los derechos humano, las normas de la OIT, el trabajo digno, la protección del medio ambiente, el acceso universal a los servicios públicos de calidad, el acceso universal a los medicamentos y la seguridad alimentaria y de los productos animales a la UE” (Punto 7).

⁵⁶ Ponente D. Charanzová, doc. PE544.489v02–00, de 25 de marzo.

⁵⁷ Ponente J. Kofod, doc. PE546.785v02–00, de 27 de marzo.

⁵⁸ Ponente A. Lietz, doc. PE544.467v02–00, de 24 febrero 2015.

Otra Comisión favorable al ATCI, la de Industria, Investigación y Energía (“ITRE”)⁵⁹, pedía que “las normas de la UE en cuanto al medio ambiente y a sus objetivos en el ámbito de la acción por el clima no se debilitarán y que la UE debe conservar la libertad para actuar de manera independiente al decidir sus normas y objetivos futuros” (Punto 2), que “la UE conserve el derecho de clasificar los combustibles según el impacto de las emisiones de CO2 durante su ciclo de vida y tenga presentes sus propios objetivos en cuanto al clima” (Punto 4). ITRE pedía igualmente a la Comisión que “incluya una cláusula bilateral de salvaguardia a fin de proporcionar a los sectores con un alto consumo energético y con fuga de carbono en la UE, incluida la industria química, de las materias primas y del acero, las medidas adecuadas para mantener los actuales derechos arancelarios durante un período de transición adecuado delimitado a partir de la entrada en vigor de la ATCI” (Punto 6) y que incluyera en las negociaciones en curso “los llamados ‘servicios verdes’, como la construcción, instalación, reparación y gestión de productos medioambientales” (Punto 7). Finalmente, ITRE “recuerda a la Comisión la importancia de mantener altos niveles de seguridad, protección, salvaguarda de los datos personales y apertura, neutralidad e independencia de internet” (Punto 14).

Igualmente favorable a las cláusulas SDIE era la Opinión de la Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural (“AGRI”)⁶⁰, que encontraba en ellas una oportunidad justa para que los inversionistas extranjeros pudieran pedir y conseguir que sus agravios fueran tomados en consideración, aunque subordinaba su aceptación a que no se socavaran los derechos soberanos de la UE, de los Estados miembros y de las autoridades regionales y locales (Punto 1–c).

La Opinión de la Comisión de Cultura y Educación (“CULT”)⁶¹ no hacía mención expresa a las cláusulas SDIE, pero incluía todo tipo de recomendaciones para que la UE no rebajara en absoluto el nivel de protección de los bienes culturales y defendiera las facultades regulatorias de la Unión y de los Estados miembros en este ámbito.

Las diferentes Comisiones del PE se mostraban, así, muy críticas con respecto a la inclusión de las cláusulas SDIE en el Proyecto ATCI.

La oposición a las cláusulas SDIE en el seno del PE motivó la celebración de una reunión extraordinaria entre la Comisaria responsable de Asuntos comerciales, Cecilia Malmström, y parlamentarios europeos el 6 mayo 2015 sobre la parte relativa a las inversiones del proyecto ATCI. En su intervención ante los diputados, la Comisaria se hizo eco de las propuestas formuladas por las distintas

⁵⁹ Ponente J. Buzek, doc. PE546.749v03–00, de 25 marzo 2015.

⁶⁰ Ponentes P. De Castro y J. Nicholson, doc. PE549.106v02–00, de 16 de abril.

⁶¹ Ponente H. Trüpel, doc. PE549.127v02–00, de 17 abril 2015.

comisiones del PE y por los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros e insistió en la importancia de mantener el poder regulatorio de los Gobiernos y en la necesidad de perfeccionar los procedimientos arbitrales. Expresó su oposición, sin embargo, a las propuestas más radicales dirigidas a eliminar por completo el arbitraje de la propuesta ATCI. A este respecto señaló que en los tribunales de los EU, país que cuenta con un sistema democrático basado en el Estado de Derecho, no están obligados a aceptar los compromisos internacionales adquiridos por el Gobierno federal, lo que ha llevado a que los EU se hayan convertido en el país de la OMC contra el que se han formulado el mayor número de reclamaciones por esta causa. Tampoco aceptaba la Comisaria Malmström las propuestas dirigidas a que los litigios que genere la aplicación del ATCI sólo puedan ser resueltos a través de un mecanismo interestatal de solución de conflictos. Este sistema sólo serviría para atender reclamaciones de un nivel tan alto de gravedad que puede considerarse que alcanzan el nivel de “riesgos sistémicos”. Un sistema interestatal de reclamaciones no resultaría apropiado para resolver la mayor parte de las reclamaciones ordinarias sobre inversiones, patentes y otras cuestiones que son los que suelen plantear en sus reclamaciones las empresas de tamaño mediano. La Comisaria señaló a este respecto que la mayor parte de las reclamaciones en materia de inversiones contra los Estados son planteadas por este tipo de empresas, mientras que sólo un 8% proceden de las grandes empresas multinacionales, aunque las reclamaciones de estas últimas consigan mayor cobertura mediática. Además, al haber concluido los Estados miembros de la UE casi 1.400 acuerdos que incluyen cláusulas SDEI, el problema no quedaría resuelto hasta que se procediera a una reforma general del sistema, y el proyecto ATCI proporciona, precisamente, la mejor oportunidad para llevar a cabo una reforma en profundidad de esta naturaleza.

En un documento de trabajo mayo 2015 dirigido tanto a los parlamentarios europeos como a los Gobiernos de los Estados miembros⁶² la Comisaria apuntaba a la posibilidad de establecer un Tribunal especial con competencia para resolver los litigios relativos a las inversiones. Ahora bien, ante la imposibilidad de conseguir ese objetivo en un plazo corto, exponía algunas ideas dirigidas a mejorar el funcionamiento del sistema existente en materia de arbitraje de inversiones.

En primer lugar, defendía que debería trasladarse el acento desde la perspectiva de la protección a las inversiones al respeto de los derecho regulatorios de los Gobiernos de los Estados miembros de la UE.

En segundo lugar, la Comisaria Malmström proponía que los árbitros sólo pudieran ser elegidos por la UE y los EU de una lista de candidatos seleccionados

⁶² http://trade.ec.europa.eu/doclib/docts/2015/may/tradoc_153408.PDF.

previamente a los que se exigieran requisitos parecidos a los que hoy se requieren para ocupar cargos judiciales de rango equivalente.

En tercer lugar, proponía, a largo plazo, el establecimiento de un sistema multilateral de apelaciones en el marco de un tribunal permanente. Ante las dificultades existentes para conseguir el establecimiento de tal sistema, proponía, entre tanto, que en cada nuevo APPRI se incorporara un mecanismo bilateral de apelaciones.

La cuarta propuesta iba dirigida a impedir que una empresa pudiera obtener indemnizaciones por partida doble, mediante reclamaciones simultáneas ante tribunales nacionales e internacionales. Este resultado se conseguiría con el establecimiento de un sistema de comunicaciones con las jurisdicciones internas.

Las propuestas de la Comisaria permitieron que la Comisión INTA adoptara una postura más flexible con respecto al proyecto ATCI de la expresada por el Ponente Bernd Lange en el Proyecto de Informe original. En su sesión de 28 mayo 2015 esta Comisión adoptó, por una mayoría substancial de 28 votos a favor contra 13 en contra y ninguna abstención, un Informe en que se hacía eco de las propuestas de la Comisaria Malmström, y que debe servir de base para la resolución del PE prevista para el 10 de junio⁶³.

El proyecto de Informe de la Comisión INTA mantiene la referencia del Considerando P del primer proyecto de informe del Ponente Lange en el que se hacía referencia al compromiso de Juncker de que no aceptaría que la jurisdicción de los tribunales de los Estados miembros resultara limitada en virtud de regímenes especiales para la solución de disputas en materia de inversiones. El ap. 1-d) (xv), relativo a la solución de controversias, se refiere de modo expreso a las propuestas de la Comisaria Malmström de 7 de mayo a las que acabamos de referirnos.

El punto de partida de este nuevo Informe de INTA es que, debido a que tanto la UE como los EU cuentan con sistemas jurídicos desarrollados hay que confiar en los tribunales de ambas entidades para la solución de este tipo de litigios. La Comisión ejecutiva debería proponer una solución permanente para la resolución de disputas entre inversionistas y Estados que se ajuste a principios y controles democráticos, en el que los casos que eventualmente se planteen sean enjuiciados de forma transparente por jueces designados por procedimientos públicos, que sean independientes en su actuación, que celebren audiencias públicas y que incluyan un mecanismo de apelación, de forma que quede garantizado las decisiones judiciales sean consistentes y que se respeta la jurisdicción de los tribunales de la UE y de los Estados miembros. A medio plazo, la Comisión INTA pro-

⁶³ Doc. A8-175/2015, de 1 junio 2015.

pone la creación de un “Tribunal Internacional de Inversiones” como el mecanismo más adecuado para la solución de disputas en este ámbito.

El pleno del PE debatirá y votará el Informe Lange en sus sesiones de 10 y 11 de junio. Las enmiendas presentadas para las votaciones en el pleno siguen mostrando divisiones entre los grupos parlamentarios al respecto. La oposición más cerrada se encuentra en ciertos grupos situados en la extrema derecha y en la extrema izquierda del hemiciclo: el Grupo Europeo de la Libertad y de la Democracia Europea, de extrema derecha, pide lisa y llanamente que la Comisión suspenda las negociaciones sobre el ATCI (enm. 31 presentada por los diputados Berghin, Borrelli, Evi, Affronte, Castaldo, Corrao y Pedicini en nombre de ese Grupo); el Grupo de la Izquierda Unitaria Europea/Izquierda Verde Nórdica, pide, desde la izquierda, igualmente, a la Comisión que suspenda de modo inmediato las negociaciones ATCI como primera medida para reorientar toda la política comercial de la UE en un sentido que favorezca el bienestar de los ciudadanos y el empleo, permita controlar los poderes y privilegios de los sectores empresariales y financieros, proteja el ambiente y las PYMES, reduzca la dependencia de los EU y facilite la paz y la libre circulación de personas, abriendo consultas públicas sobre el contenido y objetivos de las negociaciones comerciales, así como que rechace la inclusión de cláusulas SDIE por ser preferible la solución de disputas en materia de inversiones ante los tribunales nacionales europeos y norteamericanos (enms. 77 y 106 presentadas por una treintena de diputados, muchos de ellos españoles, en nombre de ese Grupo); el Grupo Verdes/Alianza Libre Europea, pide que se suspendan las negociaciones sobre ATCI hasta que los parlamentos nacionales de los Estados miembros confirmen el mandato de negociación dado por el Consejo el 18 junio 2013 (enm. 12, presentada por los diputados Jadot y Keller en nombre de ese Grupo). Incluso el ponente, Bernd Lange, juntamente con el diputado laborista británico David Martin, ha presentado tres enmiendas en nombre del Grupo de la Alianza Progresista de los Socialistas y Demócratas (S&D) que piden, la primera (la 114) la eliminación de las referencias al documento de trabajo de la Comisaria Malmström como punto de partida para las negociaciones ATCI, la segunda (la 115) la eliminación del recurso al arbitraje privado mediante cláusulas SDIE, y la tercera (la 116) que se recurra a un Tribunal Internacional de Inversiones como el modo más eficaz para la solución de las disputas en esta materia. Incluso el Grupo que cuenta con mayor número de diputados, el del Partido Popular Europeo (PPE) ha propuesto una enmienda formal dirigida a subrayar las diferencias entre el sistema que proponen la Comisión y el PE y “el viejo sistema de solución de disputas entre inversionistas y Estados (SDIE)”: enm. 26, presentada en nombre de este Grupo por el diputado democristiano alemán Rainer Wieland. Esta insistencia en el mantenimiento de los respectivos puntos de vista por parte los diferentes grupos

representados en la Cámara europea hace presagiar que la discusión continuará indefinidamente en el seno del PE durante el resto del curso de las negociaciones e incluso después de terminadas éstas hasta que se llegue al trámite de la aprobación formal del Acuerdo negociado.

La lectura de las propuestas de la Comisaria Malmström, aparte de su carácter de meras propuestas, que tendrían que ser aceptadas por el Consejo y por la otra parte negociadora, el Gobierno de los Estados Unidos, para su inclusión el Acuerdo ATCI no dejan de dar la impresión de tratarse de una “carta a los Reyes Magos”, con propuestas sólo realizables a medio y largo plazo sin fechas comprometidas, pero que no pueden resolver los problemas más acuciantes e inmediatos que resultan de la existencia de una panoplia de APPRIS en el interior de la UE basados en el arbitraje tradicional de derecho privado con todas las debilidades que se han señalado. Las instituciones europeas tendrán que adoptar, en todo caso, medidas legislativas concretas permitir que los problemas que plantean los APPRIS sean sometidos al lento proceso de una elaboración jurisprudencial que tome en cuenta las múltiples dificultades que contiene el actual sistema de protección de inversiones a través del arbitraje de derecho privado.

X. Conclusiones

El ordenamiento jurídico de la UE se caracteriza por una tendencia expansiva que tiene su origen en el método de integración funcional elegido para la construcción de la unidad de Europa y que obliga a armonizar las políticas y normas jurídicas de los Estados miembros en multitud de sectores de la actividad económica y de la vida social en general. Este trabajo se limita a analizar el proyecto de Acuerdo ATCI que negocian en este momento la UE y los EU. La negociación de este Acuerdo desborda, sin embargo, los límites estrictos de las relaciones bilaterales entre las dos entidades políticas separadas por el Océano Atlántico. En primer lugar, las dificultades con las que se ha encontrado el Proyecto ATCI están retrasando la conclusión definitiva de los acuerdos negociados por la UE con otros dos Estados, Canadá y Singapur, a pesar de que ha terminado formalmente la negociación de los mismos desde hace algún tiempo. No se descarta que la introducción de innovaciones en el Acuerdo ATCI obligue a modificar los textos ya negociados con estos países, por razones de consistencia de la acción exterior de la UE, sobre todo con respecto a Canadá, país que está vinculado, además, con EU por el Acuerdo NAFTA.

En segundo lugar, el interés que ha suscitado en la opinión pública europea el Proyecto ATCI está obligando a efectuar un nuevo examen del sistema de Acuerdos APPRI, y en términos más generales, de todo el sistema del arbitraje internacional.

El PE, elegido directamente por los ciudadanos y dotado de nuevos poderes legislativos y en materia de conclusión de acuerdos internacionales, se ha hecho eco, como es lógico, de los puntos de vista de los ciudadanos europeos. Antes de que el PE sea llamado formalmente a pronunciarse sobre el acuerdo que negocian la Comisión y el Consejo, los miembros de la institución parlamentaria habrán tenido la oportunidad de pronunciarse en sus diferentes Comisiones permanentes y en el Pleno de la Asamblea sobre el mandato de negociación aprobado por el Consejo y el desarrollo de las negociaciones por los representantes de la Comisión. Se trata de un procedimiento previo a la aprobación formal del Acuerdo, no previsto como tal en los Tratados de la UE pero que puede ayudar a la tramitación parlamentaria posterior si los negociadores se ajustan efectivamente a los puntos de vista expresados por el PE. El PE está, así, dejando oír con claridad, a través de sus recomendaciones, las preocupaciones de los ciudadanos de la UE durante el proceso mismo de negociación. La Comisión Europea, elegida por el PE, que es responsable ante éste y que han de esforzarse por que los parlamentarios den su aprobación al Acuerdo ATCI que eventualmente se negocie no puede dejar sin respuesta las preocupaciones expresadas por los ciudadanos europeos a través de sus representantes parlamentarios. Para evitar el distanciamiento entre los procedimientos tecnocráticos de negociación de acuerdos internacionales complejos en materia económica y las preocupaciones expresadas por los ciudadanos se ha abierto, así, una negociación interna entre el PE y la Comisión, en paralelo con las negociaciones que esta última lleva a cabo de forma rutinaria con el Consejo para la negociación del Acuerdo ATCI como hace con todos los acuerdos internacionales que negocia en nombre de la UE. Desde el punto de vista del proceso de negociación de acuerdos internacionales por la UE, el PE se coloca, así, prácticamente, en posición de igualdad con el Consejo.

Las últimas propuestas formuladas por la Comisión con respecto a la negociación del proyecto ATCI pueden tener consecuencias que van más allá, sin embargo, de este Acuerdo concreto entre la UE y EU y abren perspectivas de renovación para todo el sistema del arbitraje internacional. Los parlamentarios europeos se han tomado en serio las propuestas de la Comisión al respecto y se han mostrado dispuestos a adoptar una postura flexible en el curso de la negociación, sin renunciar a recoger en sus diferentes propuestas de resolución los puntos de vista que vienen expresando al respecto los ciudadanos europeos. La UE y sus Estados miembros no podrán seguir considerando el arbitraje entre inversionistas y Estados como un ámbito de carácter reservado a las instancias negociadoras que puede escapar como tal al control de la opinión pública y de los representantes parlamentarios de los ciudadanos. En el marco de la UE, de forma paradójica, la construcción de esta organización como una unión de Estados indepen-

dientes y soberanos, que pretende preservar las facultades soberanas de los Gobiernos de los Estados miembros para regular el régimen de inversiones internacionales, no parece compatible con el hecho de que decisiones importantes sobre la protección de la salud, el ambiente, las políticas sociales o el régimen fiscal de los Estados miembros puedan quedar en manos de instancias arbitrales independientes que escapan al control jurisdiccional de esos mismos Estados miembros, y que podrían acabar violando los principios fundamentales del Estado de Derecho en el que se basan tanto los Estados miembros como la UE en su conjunto.

La asunción de competencias por parte de la UE en materia de inversiones internacionales ha dado ya lugar a la aprobación de dos Reglamentos de la UE sobre los APPRIS. Este inicial desarrollo normativo deberá ser completado por otras normas supranacionales de la UE. El papel activo del PE en la negociación de ATCI augura una mayor presencia de la representación popular en toda la acción exterior de la UE y, sobre todo, en materia de negociación de tratados internacionales. Teniendo en cuenta el peso que tiene la UE en el comercio y en las inversiones internacionales, la conclusión de las negociaciones sobre el ATCI promete dar lugar a nuevas fórmulas jurídicas en este ámbito, sobre todo en la muy delicada materia de las cláusulas SDIE, con sus inevitables consecuencias sobre el sistema mundial del arbitraje internacional. Todo apunta a que estamos en el comienzo de una nueva era en materia de solución de conflictos entre particulares y Estados en materia de inversiones que puede producir una profunda inflexión en el régimen jurídico internacional hasta hoy existente. La conclusión de las negociaciones sobre el ATCI en el marco trazado por las discusiones en el seno de las instituciones europeas puede señalar una nueva etapa en la que se consolide un auténtico sistema jurídico de ámbito universal en el que las garantías individuales y los intereses particulares puedan ser conciliados con las nuevas concepciones de la comunidad internacional basadas en la preservación de valores, bienes e intereses comunes como el ambiente, la igual, la estabilidad social y el orden económico. Salimos, así, del ámbito puramente tecnocrático y jurídico-formal para entrar en el de las valoraciones de fondo sobre las relaciones entre democracia y organización del poder económico internacional que exige una reflexión en profundidad sobre la naturaleza y el sentido del actual sistema internacional de solución de disputas entre inversionistas y Estados, su vinculación con los ordenamientos jurídicos nacionales y el desarrollo de la democracia en el ámbito de la construcción europea. En especial, el establecimiento de un auténtico sistema público de jurisdicción internacional que sustituya al arbitraje privado se apunta como solución deseable, aunque a corto plazo no existen todavía alternativas reales para los actuales sistemas de garantía de inversiones a través del arbitraje privado.

La discusión en el seno de las instituciones de la UE del proyecto ATCI nos coloca, así, en una encrucijada en la que se vuelve a plantear la congruencia del sistema del arbitraje privado para la solución de controversias entre inversionistas y Estados con los principios del Estado de Derecho y la afirmación del poder judicial público frente a los intereses particulares. La atribución, en el marco del proceso de integración europea, de competencias a las instituciones de la UE de poderes que estaban atribuidos hasta ahora en exclusiva a los Estados miembros abre nuevas perspectivas de acción del poder público a través de instituciones supranacionales para el control del poder económico, sobre todo mediante un gran pacto entre la entidad estatal plenamente consolidada de la primera potencia económica y militar del mundo, los Estados Unidos de América, y una nueva entidad de todavía difícil definición, la UE, que va asumiendo paulatinamente mayores poderes en ámbitos reservados tradicionalmente a la competencia de sus Estados miembros.

Estamos todavía lejos de un gobierno mundial que permita una regulación a escala mundial del poder económico. Ni las organizaciones del sistema de Bretton Woods ni los intentos de regulación a escala planetaria a través del G-20 y otros organismos intergubernamentales con competencia universal permiten hoy una reglamentación adecuada y comprensiva de los grandes flujos de capital y de las grandes empresas multinacionales. El arbitraje privado como medio para garantizar la protección del capital en las transacciones internacionales tiene todavía un papel importante que representar. Pero, al igual que se está produciendo en otros ámbitos, como el control del dinero negro a través de la supervisión bancaria transnacional, los poderes públicos en sociedades democráticas como las que constituyen los países de la UE y los EE UU no pueden permitir que un sector tan importante de la actividad pública como el de solución de litigios en materia de inversiones, escape completamente a los poderes públicos de forma que la representación democrática sea sustituida en la práctica por el poder económico de las empresas multinacionales. En las páginas de este trabajo nos hemos ocupado de esta cuestión, en una fase todavía de transición de la UE de unas estructuras de simple coordinación interestatal a otra en la que instituciones supranacionales responsables directa o indirectamente ante sus ciudadanos no pueden dejar en mano del poder económico privado la solución de controversias en ámbitos tan esenciales para los ciudadanos como la salud, la protección del ambiente, la administración de los recursos energéticos o las transferencias de capital a través de las fronteras.

En el ámbito de la UE estamos asistiendo, tras la entrada en vigor de los Tratados de Lisboa, a los primeros intentos de regulación del sistema de protección de inversiones en el ámbito internacional. El actual sistema puramente interestatal de solución de controversias en esta materia a través del arbitraje privado sin

supervisión de instituciones públicas tiene los días contados. Las propuestas que hemos examinado en esta trabajo para una regulación del arbitraje privado de inversiones están todavía en una fase incipiente, pero marcan la ruta que la UE, como organización supranacional integrada por Estados soberanos e independientes, pero basada en los principios del Estado de Derecho, debe seguir para poder actuar en la esfera internacional como gestora de los intereses de los ciudadanos y que ha de administrar los mismos de una manera transparente y según los criterios de la gestión democrática del poder. El arbitraje de inversiones, al igual que otros sectores sensibles de la actividad económica transnacional, ha de someterse a los principios del Estado de Derecho incluso en un ámbito como el del ATCI que escapa a las competencias de los Estados europeo, pero no al de las instituciones supranacionales que éstos han creado para superar las debilidades de las estructuras estatales, hoy en gran parte obsoletas después de una historia política de medio milenio.

Partiendo de la base de la asunción de competencias exclusivas de la UE en materia de comercio e inversiones internacionales, los ordenamientos nacionales y los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros en materia arbitral siguen vigentes mientras no se desarrolle un Derecho supranacional de la UE. La alternativa a la regulación de esta materia por las instituciones supranacionales no es, por tanto, la afirmación de las competencias soberanas de los Estados miembros frente a las grandes empresas multinacionales, a las que éstos han renunciado ya en gran medida a favor de fórmulas de arbitraje internacional en virtud de los APPRIS y de sus propias leyes internas. Si no se adopta una regulación de la UE en la materia, las empresas transnacionales seguirán campando por sus respetos en la casi totalidad de los Estados miembros, a pesar de los intentos de regulación supranacional y estatal. Si la UE no interviene en este ámbito con la conclusión de acuerdos como los que ahora se negocian con Canadá, EE UU y Singapur, el resultado será el contrario al que persiguen los que se oponen al actual acuerdo ATCI, ya que sobre la base de las normas nacionales vigentes y de los acuerdos internacionales suscritos por los Estados miembros, se ha reconocido en casi todos los Estados miembros de la UE el recurso a instancias arbitrales privadas que permiten que las empresas multinacionales puedan imponer a cada uno de los Estados miembros sus propias exigencias en materias tan sensibles como la protección del ambiente, la salud, las condiciones laborales o los regímenes fiscales nacionales. Se equivocan, por tanto, quienes se oponen al proyecto ATCI invocando la necesidad de proteger a los pueblos de la UE frente a la rapacidad de las empresas multinacionales. En el actual estadio del desarrollo de las normativas nacionales en la materia, la falta de una regulación de la UE debilita los intereses de quienes defienden estos valores básicos de nuestros Estados de Derecho, que sólo podrían ser hoy garanti-

zados de modo efectivo por una normativa clara y armonizada adoptada por las instituciones de la UE para el conjunto de la Unión.

Bibliografía

- Blake, S., J. Brouwes y S. Simes: *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, 2ª ed., Oxford / Nueva York, 2012.
- Blessing, M.: *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Basilea, Helbing and Lichtenhahn, 1999.
- Bouza Vidal, N.: “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral”, *REDI*, vol. LII, 2000, pp. 371–393.
- Calvo Caravaca, A.L. y L. Fernández De la Gándara: *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989.
- Carter, J.H. y J. Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*, Oxford / Nueva York, 2010.
- Cole, T. y otros: *Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU. Study for the Juri Committee*, Parlamento Europeo, Dirección General de Políticas Internas, 2014.
- Cordón Moreno, F.: *El arbitraje en Derecho español, interno e internacional*, Pamplona, Civitas, 1995.
- Cremades Sáenz Pastor, B.: “Arbitraje internacional: Del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones”, *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al Prof. Patricio Aylwin Azócar*, Santiago de Chile, 2006, pp. 545–552.
- Cremona, M.: “Guest Editorial. Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership”, *Common Market L. Rev.*, vol. 52, 2015, pp. 351–362.
- De Lecea, A.: “The EU–US Trade and Investment before and after TTIP: What can Latin America expect from it”, en J. Roy y R. Domínguez (eds.), *The TTIP: The Transatlantic Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States*, Miami, Jean Monnet Chair/University of Miami, 2014, pp. 1–3.
- Díez-Hochleitner Rodríguez, J.: “El incierto futuro de los acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones celebrados por los Estados miembros de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 33, 2010, pp. 5–43.
- Dimopoulos, A.: *EU Foreign Investment Law*, Oxford / Nueva York, Oxford U.P., 2011.
- Dutson, S., A. Moody y N. Newing: *International Arbitration. A Practical Guide*, Londres, Globe Law and Business, 2012.
- Fentiman, R.: *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Oxford / Nueva York, 2015.
- Fernández Masiá, E.: *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Pons, 2008.
- Fernández Rozas, J.C.: *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- : “Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento nº 912/1014”, *La Ley: Unión Europea*, nº 18, Año II, sept. 2014, pp. 5–27.
- : “El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización”, *REDI*, vol. LVII, pp. 605–637.
- : “La situación actual del arbitraje comercial en España: Perspectivas de futuro”, *Revista de la Corte española de Arbitraje*, vol. III, 1986, pp. 29–52.
- : “El Reglamento Bruselas I revisado y el arbitraje: crónica de un desencuentro”, *La Ley: Unión Europea*, nº 9, Año I, nov. 2013, pp. 5–23.

- Fontanelli, F.: "Does Investor-State Dispute Settlement (ISDS) threaten States' regulatory autonomy? Fact-checking a commonplace of the TTIP debate", en *SIDIBlog. Il blog della società italiana di diritto internazionale*, 3 marzo 2015
- Gaillard, E. y Savage, J.: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999.
- García López, J.: "La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión: VIII Ronda de Negociaciones", *La Ley: Unión Europea*, ed. electrónica, Año III, nº 25, abril de 2015, pp. 51–54.
- Iruretagoiena Aguirrezabalaga, A.: *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Madrid, Bosch, 2010.
- Jackson, J.H.: *The World Trading System. Law and Policy of International Economic Relations*, Cambridge, MIT Press, 1999.
- Lorca Navarrete, A.M.: *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Madrid, 1989.
- Mengozzi, P.: "Private International Law and the WTO Law", *Recueil des Cours*, t. 192, 2001, pp. 249–385.
- Merino Merchán, J.F. y J. M. Chillón Medina: *Tratado de Derecho arbitral*, 4ª ed., Civitas. Thomson Reuters, 2014.
- Merino Merchán, J.F.: *Curso de Derecho arbitral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- Montaña Mora, M.: *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT. Una nueva era en la solución de diferencias comerciales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- Moreno, L.O. y Pérez Ibáñez, C.: "La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones", *Arbitraje*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 37–60.
- Münch, P. y J. Black-Branch: *International Commercial Arbitration. Standard Clauses and Forms. A Commentary*, Helbing and Lichtenhahn, Baden-Baden/Portland, Oregon, C. H. Beck-Hartz-Nomos, 2013.
- Ortega, A.: "El TTIP va frenado", en *Economía internacional. El espectador global*, 19 mayo 2015.
- Palmer, D. y C. Mavroidis: *Dispute Settlement in the WTO*, La Haya, Kluwer, 1999.
- Remiro Brotons, A. y C. Espósito (eds.): *La OMC y el regionalismo europeo*, Madrid, Dykinson, 2001.
- Rheinisch, A.: "Putting the Pieces Together... an EU Model BIT?", *The Journal of World Investment & Trade*, 15, 2014, pp. 609–704, en p. 680.
- Risse, J. (ed.): *The Complete Guide to the Willem L. VIS International Commercial Arbitration Moot*, Baden-Baden/Munich/Portland, Oregon, C. H. Beck-Hartz-Nomos, 2013.
- Sáez Hidalgo, I. y A. Dorrego de Carlos: *Arbitraje y mediación. Retos y oportunidades*, Lex nova – Thomson Reuters, 2014.
- Santos Belandro, R.: *Arbitraje comercial internacional*, Oxford, México, 3ª ed., 2000.
- Soukup, N.: "Das EU-USA Handelsabkommen TTIP: Ein neoliberales Projekt und seine Konsequenzen für öffentliche Interessen", *WISO*, 37, 2014, nº 3, pp. 83–102.
- Tandt, B.D.: "The Recast of the Brussels I Regulation and Arbitration: Mission Accomplished", *Columbia J. Eur. L.* vol-21, 2015, pp. 89–108.
- Tole Martínez, J.: *Solución de controversias en los tratados de libre comercio*, Externado Universidad de Colombia, 2014.
- Van Harten, G.: *Sovereign Choices and Sovereign Constrains. Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*, Oxford / Nueva York, Oxford U.P., 2013.
- Vandevelde, K.J.: *United States Investment Treaties: Policy and Practice*, Boston, 2002.
- Virgós Soriano, M. y Garcimartín, F.J.: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000.
- Zambrana Tévar, N.: *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi-Thomson Reuters, 2010.

LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2014– MAYO 2015

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ *

El presente trabajo tiene por objeto informar sobre las actividades desarrolladas por la Comisión Europea en materias relacionadas con el Derecho internacional privado durante el periodo comprendido entre mayo 2014 y mayo 2015. En este tiempo la labor desarrollada por la Comisión ha sido muy abundante y entre sus actividades hay que destacar la presentación de su Programa de Trabajo para 2015 en una Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Programa de trabajo de la Comisión para 2015. Un nuevo comienzo¹, donde seleccionaba una serie de propuestas en materia de empleo, crecimiento e inversión con la finalidad de generar beneficios tangibles para los ciudadanos a lo largo del año 2015. Asimismo, hay que destacar el Trigésimo primer informe anual sobre el control de la aplicación del Derecho de la UE (2013)².

La Comisión también presentó durante este periodo su Informe anual 2013 sobre subsidiariedad y proporcionalidad³ (vigésimo primer informe anual de la Comisión donde examina la forma en que las distintas instituciones y organismos de la UE han implantado ambos principios y cómo ha evolucionado la práctica en relación a años anteriores); y su Informe anual 2013 sobre las relaciones con los Parlamentos nacionales, Informe de la Comisión sobre las relaciones entre la Comisión Europea y los Parlamentos nacionales⁴.

* Profesor titular acreditado de Derecho internacional privado. Universidad de Alicante.

¹ Doc. COM (2014) 910 final, de 16 de diciembre.

² Doc. COM (2014) 612 final, de 1 de octubre.

³ Doc. COM (2014) 506 final, de 5 de agosto.

⁴ Doc. COM (2014) 507 final, de 5 de agosto.

1. Espacio de libertad, seguridad y justicia

Con carácter general, conviene destacar que han comenzado a aplicarse dos importantes instrumentos normativos en esta materia, desde el 10 enero 2015, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición) (Reglamento Bruselas I refundido)⁵; y, desde el 11 enero 2015, el Reglamento (UE) n° 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, cuyo objeto es establecer un mecanismo sencillo y rápido para el reconocimiento de las medidas de protección dictadas en un Estado miembro en materia civil⁶.

Por otra parte, con el fin de garantizar que los ciudadanos vivan en un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, la Unión Europea ha puesto en marcha una serie de instrumentos jurídicos, prácticos y de apoyo para respaldar un espacio europeo de seguridad interior y, en este ámbito enmarca la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Agenda Europea de Seguridad⁷.

En fin, considerando que los sistemas judiciales eficaces desempeñan un papel clave en la creación de un entorno propicio a la inversión que restaure la confianza, haga más predecible la reglamentación y permita un crecimiento sostenible en la Unión Europea, la Comisión publicó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Indicadores de Justicia de la UE 2015⁸.

1.1. Cooperación judicial en materia civil

En este apartado debe aludirse en primer lugar a propuesta de la Comisión para que la Unión Europea apruebe el Convenio de La Haya, de 30 junio 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro, que fue firmado por la Unión el 1 abril 2009, sobre la base de la Decisión 2009/397/CE del Consejo, porque contribuiría a reducir la inseguridad jurídica de las empresas de la Unión Europea que llevan a cabo actividades comerciales fuera de la Unión, al garantizar el respeto de los acuerdos de elección de foro incluidos en sus contratos, así como el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales

⁵ DO L 351 de 20.12.2012.

⁶ DO L 181 de 29.06.2013.

⁷ Doc. COM (2015) 185 final, de 28 de abril.

⁸ Doc. COM (2015) 116 final, de 9 de marzo.

designados en tales acuerdos en las otras Partes Contratantes en el Convenio. Para ello, presentó la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 junio 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro⁹.

Con el objetivo de regular un procedimiento que permita a un acreedor obtener una medida cautelar en forma de una orden europea de retención de cuentas que impida la transferencia o retirada de fondos poseídos por su deudor en una cuenta bancaria mantenida en un Estado miembro, si existe el riesgo de que, sin dicha medida, la ejecución ulterior de su crédito contra el deudor se vea impedida o resulte considerablemente más difícil, la Comisión presentó el Reglamento (UE) nº 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil¹⁰.

Además, durante este periodo, la Comisión adoptó el Reglamento de Ejecución (UE) no 939/2014 de la Comisión, de 2 septiembre 2014, por el que se establecen los certificados contemplados en los arts. 5 y 14 del Reglamento (UE) no 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil. Con este Reglamento se aprueban los formularios correspondientes a los certificados previstos en el art. 5 (medidas adoptadas en el Estado miembro de origen y que se quieren ejecutar en otro Estado miembro) y en el art. 14 (certificado expedido en el Estado de origen con motivo de la suspensión, limitación o revocación de las medidas de protección previamente adoptadas) del Reglamento (UE) no 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 junio 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil¹¹.

En materia de sucesiones internacionales, cabe destacar el Reglamento de Ejecución (UE) no 1329/2014 de la Comisión, de 9 diciembre 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) no 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo¹².

Por lo que se refiere a las obligaciones de alimentos, se adoptó el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/228 de la Comisión, de 17 febrero 2015, por el que se

⁹ Doc. COM (2014) 046 final, de 30 de enero.

¹⁰ DO L 189 de 27.06.2014.

¹¹ DO L 263 de 3.09.2014.

¹² DO L 359 de 16.12.2014.

sustituyen los anexos I a VII del Reglamento (CE) no 4/2009 del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos¹³. Del mismo modo, la Comisión autorizó, en nombre de la UE, a Dinamarca a ratificar el Convenio de 23 noviembre 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, y lo hizo mediante la Decisión (UE) 2015/535 de la Comisión, de 27 marzo 2015¹⁴.

En fin, respecto al Reglamento 44/2001, la Comisión adoptó el Reglamento (UE) 2015/263 de la Comisión, de 16 enero 2015, por el que se modifican los anexos I a IV del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Curiosamente, este Reglamento se adoptó con posterioridad a la fecha en que comenzó a aplicarse el Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas I refundido), el 10 enero 2015, derogando el 44/2001, por lo que hay que entender que esta modificación del Reglamento ya derogado (Reglamento Bruselas I) tiene que ver con la aplicación de este último a las resoluciones emanadas de acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados oficialmente como tales y a las transacciones judiciales aprobadas o celebradas antes del 10.1.2015 y que se hallen incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012 (art. 66.2)¹⁵.

1.2. Cooperación judicial en materia penal

En este apartado, cabe mencionar el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación por los Estados miembros de la Decisión marco 2009/948/JAI, de 30 noviembre 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales¹⁶.

1.3 Política de visados y cruce de fronteras exteriores

En materia de visados diversas acciones específicas han sido presentadas por la Comisión durante este periodo. Entre ellas, destacan la Decisión de Ejecución (UE) 2014/540 de la Comisión, de 28 agosto 2014, por la que se fija la fecha en que el Sistema de Información de Visados (VIS) será puesto en marcha en la decimosexta región¹⁷; y la Decisión de Ejecución (UE) 2015/731 de la Comisión, de 6 mayo 2015, por la que se fija la fecha de entrada en funcionamiento

¹³ DO L 49 de 20.02.2015.

¹⁴ DO L 86 de 31.03.2015.

¹⁵ DO L 45 de 19.02.2015.

¹⁶ Doc. COM (2014) 313 final, de 2 de junio.

¹⁷ DO L 258 de 29.08.2014.

del Sistema de Información de Visados (VIS) en la decimoséptima y la decimoc-tava regiones¹⁸; sumándose, de este modo, a la puesta en marcha del resto de regiones que desde el año 2009 se han ido poniendo en marcha sucesivamente.

En relación al funcionamiento del espacio Schengen, la Comisión presentó una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (versión codificada)¹⁹, así como dos informes al Parlamento Europeo y al Consejo: el Sexto informe semestral sobre el funcionamiento del espacio Schengen 1 de mayo – 31 octubre 2014²⁰; y el Séptimo informe bianual sobre el funcionamiento del espacio Schengen 1 noviembre 2014 – 30 abril 2015²¹. Junto a ellos, una Comunicación con arreglo al art. 2, ap. 3, del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega y la Confederación Suiza sobre la participación de estos Estados en los trabajos de los Comités que asisten a la Comisión Europea en el ejercicio de sus poderes ejecutivos por lo que se refiere a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen²², con el fin de actualizar la lista de los Comités existentes; y dos Decisiones de Ejecución, la primera, la 2015/219, de 29 enero 2015, por la que se sustituye el anexo de la Decisión de Ejecución 2013/115/UE relativa al Manual Sirene y otras medidas de ejecución para el Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)²³; y, la segunda, la 2015/450, de 16 marzo 2015, por la que se establecen los requisitos de ensayo para los Estados miembros que se incorporan al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) o que cambian sustancialmente sus sistemas nacionales relacionados directamente con él²⁴.

1.4. Asilo, refugio e inmigración

Para comenzar, en materia de asilo la Comisión propuso la modificación del Reglamento Dublín III con el fin de clarificar las normas para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo en supuestos donde intervenga un menor. Para ello presentó la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) nº 604/2013 en lo que se refiere a la determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional de un menor no acom-

¹⁸ DO L 116 de 7.05.2015.

¹⁹ Doc. COM (2015) 8 final, de 20 de enero.

²⁰ Doc. COM (2014) 0711 final, de 27 de noviembre.

²¹ Doc. COM (2015) 0236 final, de 29 de mayo.

²² DO C 427 de 28.11.2014.

²³ DO L 74 de 18.03.2015.

²⁴ DO L 74 de 18.03.2015.

pañado que no tenga a ningún miembro de la familia, hermano o pariente presente legalmente en un Estado miembro²⁵.

Por otra parte, en relación al fenómeno migratorio, la Unión Europea es consciente de la miseria humana creada por quienes explotan a los migrantes (inmigración ilegal) y de la necesidad de que los Estados actúen de manera conjunta con la finalidad de diseñar una política común, clara y coherente que permita dar una respuesta al fenómeno migratorio. Por este motivo, la Comisión durante este periodo ha presentado tres Comunicaciones en las que se proponen un conjunto de medidas y una acción coordinada en esta materia a escala europea. Se trata de la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación de la Directiva 2004/81/CE relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes²⁶, acompañada del documento de trabajo de los servicios de la Comisión “*Mid-term report on the implementation of the EU strategy towards the eradication of trafficking in human beings*”²⁷; de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una agenda europea de migración”²⁸; y de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015 – 2020)”²⁹.

1.5. Libre circulación de personas y ciudadanía de la Unión

Con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de la libertad fundamental de circulación y, al mismo tiempo, poner freno al abuso de ese Derecho, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, Ayudar a las autoridades nacionales a combatir los abusos del derecho a la libre circulación: Manual para la detección de posibles matrimonios de conveniencia entre ciudadanos de la UE y nacionales de terceros países en el contexto de la legislación de la UE en materia de libre circulación³⁰; acompañado del Documento de trabajo de la Comisión, *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*³¹.

²⁵ Doc. COM (2014) 382 final, de 26 de junio.

²⁶ Doc. COM (2014) 635 final, de 17 de octubre.

²⁷ Doc. SWD (2014) 0318 final, de 17 de octubre.

²⁸ Doc. COM (2015) 240 final, de 13 de mayo.

²⁹ Doc. COM (2015) 0285 final, de 27 de mayo.

³⁰ Doc. COM (2014) 0604 final, de 26 de septiembre.

³¹ Doc. SWD (2014) 0284 final 26 de septiembre.

Por lo que al concepto de “ciudadanía de la Unión” se refiere, éste se introdujo en 1993 con el Tratado de Maastricht reforzándose posteriormente con los Tratados de Ámsterdam (1999) y de Lisboa (2009). No obstante, todavía se observan deficiencias y obstáculos en el ejercicio y puesta en práctica de los derechos de libertad de circulación y de residencia. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 15 diciembre 2010, pidió a la Comisión que declarase 2013 Año Europeo de los Ciudadanos con el fin de impulsar el debate sobre la ciudadanía europea y de informar a los ciudadanos de la UE sobre sus derechos, en especial los nuevos derechos que se derivan de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. En este sentido, la Comisión presentó un Informe al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación, los resultados y la evaluación general del Año Europeo de los Ciudadanos 2013³².

Además, en relación a la iniciativa ciudadana introducida por el Tratado de Lisboa, con el propósito de involucrar más estrechamente a los ciudadanos en la elaboración del programa de la Unión Europea, la Comisión presentó un Reglamento Delegado (UE) n° 531/2014, de 12 marzo 2014, por el que se modifica el anexo I del Reglamento (UE) n° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la iniciativa ciudadana³³; así como un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento (UE) n° 211/2011 sobre la iniciativa ciudadana³⁴.

Finalmente, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Informe sobre las elecciones al Parlamento Europeo de 2014³⁵, en el que se hace un balance sobre las primeras elecciones al Parlamento europeo celebradas desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

2. Mercado interior

2.1. Libre circulación de mercancías y Unión aduanera

En primer lugar hay que destacar el Reglamento de Ejecución (UE) N° 1101/2014 de la Comisión, de 16 octubre 2014, por el que se modifica el anexo I del Reglamento (CEE) no 2658/87 del Consejo, relativo a la nomenclatura arancelaria y estadística y al arancel aduanero común³⁶.

³² Doc. COM (2014) 0687 final, de 31 de octubre.

³³ Do L 148 de 20.05.2014.

³⁴ Doc. COM (2015) 0145 final, de 31 de marzo.

³⁵ Doc. COM (2015) 206 final, de 8 de mayo.

³⁶ DO L 312 de 31.12.2014.

En materia de bienes culturales, la Comisión presentó un Informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) N° 116/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la exportación de bienes culturales 1 enero 2011 – 31 diciembre 2013³⁷.

Y, en materia de residuos, mencionar las Directrices para los controles aduaneros de traslados transfronterizos de residuos³⁸ que pretenden contribuir a la protección del medio ambiente y de la salud humana y a crear unas condiciones de competencia equitativas para la industria de la Unión Europea.

2.2. Movilidad laboral y profesional

Por lo que respecta a la salud y seguridad en el trabajo, la Comisión presentó durante este periodo una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014–2020³⁹.

Además, en materia de empleo, cabe destacar las siguientes iniciativas de la Comisión: la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Iniciativa de Empleo Verde Aprovechar el potencial de creación de empleo de la economía verde⁴⁰; la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Banco Europeo de Inversiones, Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento para 2015⁴¹, acompañado del Proyecto de Informe conjunto sobre el empleo de la Comisión y del Consejo⁴², donde la Comisión establece un paquete de medidas en favor del empleo, el crecimiento y la inversión en la Unión Europea; y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Resultados de la consulta pública sobre la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁴³.

Por último, en relación a las cualificaciones profesionales y en el marco del acuerdo bilateral sobre la libre circulación de personas celebrado en el año 1999 entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y Suiza, la Comisión pre-

³⁷ Doc. COM (2015) 0144 final, de 1 de abril.

³⁸ DO C 157 de 12.05.2015.

³⁹ Doc. COM (2014) 0332 final, de 6 de junio.

⁴⁰ Doc. COM (2014) 0446 final, de 2 de julio.

⁴¹ Doc. COM (2014) 0902 final, de 28 de noviembre.

⁴² Doc. COM (2014) 0906 final, de 28 de noviembre.

⁴³ Doc. COM (2015) 100 final, de 2 de marzo.

sentó una Propuesta de Decisión del Consejo sobre la posición que deberá adoptar la Unión Europea en el Comité Mixto establecido en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra, en lo que respecta a la modificación de su anexo III relativo al reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales⁴⁴

2.3. Libre prestación de servicios

En este apartado, la Comisión ha desarrollado una amplia actividad durante este periodo. Con carácter general hay que destacar el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Informe sobre la aplicación de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro⁴⁵; así como el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe sobre el logro de los objetivos del Programa Hércules II⁴⁶, donde se recogen los principales resultados del programa Hércules II 2007–2013 adoptado en 2007 con el fin de fomentar las actividades destinadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad Europea

En relación a los servicios financieros, en primer lugar procede señalar una iniciativa clave dirigida a facilitar la construcción de una Unión de los mercados de capitales con el fin de que puedan desempeñar un papel más importante en la canalización de la financiación de la economía, garantizando que los obstáculos a la circulación de capitales entre los inversores y los que necesitan financiación sean detectados y eliminados.

Con este objetivo la Comisión presentó el Libro verde, Construir una Unión de los Mercados de Capitales⁴⁷, acompañado del documento de trabajo *Commission Staff Working Document Initial reflections on the obstacles to the development of deep and integrated EU capital markets Accompanying the document Green Paper Building a Capital Markets Union*⁴⁸.

En este apartado hay que mencionar también la Propuesta de Reglamento de ejecución del Consejo que especifica las condiciones uniformes de aplicación del Reglamento (UE) n° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 julio 2014, en lo que respecta a las aportaciones *ex ante* al Fondo Único de Re-

⁴⁴ Doc. COM (2015) 076 final, de 2 de marzo.

⁴⁵ Doc. COM (2015) 0190 final, de 5 de mayo.

⁴⁶ Doc. COM (2015) 0221 final, de 27 de mayo.

⁴⁷ Doc. COM (2015) 63 final, de 18 de febrero.

⁴⁸ Doc. SWD (2015) 0013 final, de 18 de febrero.

solución⁴⁹, con la finalidad de y preservar la estabilidad financiera sin recurrir al dinero de los contribuyentes.

Además, en relación a las entidades de crédito y las empresas de inversión, hay que hacer referencia a las siguientes iniciativas: en primer lugar, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Impedimentos jurídicos a la libre circulación de fondos entre entidades dentro de un subgrupo único de liquidez⁵⁰; a continuación, dos Reglamentos de ejecución, el Reglamento de Ejecución (UE) n° 620/2014 de la Comisión, de 4 junio 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución en lo que respecta al intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida, de conformidad con la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo⁵¹, y que tiene como finalidad facilitar el control de las entidades que operan a través de una sucursal o en el ejercicio de la libre prestación de servicios en uno o varios Estados miembros distintos al de su domicilio social; y el Reglamento de Ejecución (UE) n° 926/2014 de la Comisión, de 27 agosto 2014, por el que se establecen normas técnicas de ejecución con respecto a los modelos de formularios, plantillas y procedimientos para las notificaciones relativas al ejercicio del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios con arreglo a la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo⁵²; finalmente, el Reglamento Delegado (UE) n° 1151/2014 de la Comisión, de 4 junio 2014, por el que se completa la Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a la normas técnicas de regulación relativas a la información que se ha de notificar a la hora de ejercer el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios⁵³.

Por lo que se refiere a los servicios financieros de valores destacan dos Informes de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, el primero de ellos en virtud del art. 85, ap. 2, del Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en el que se evalúan los avances y esfuerzos realizados por las ECC en el desarrollo de soluciones técnicas para la transferencia, por los sistemas de planes de pensiones, de garantías reales distintas al efectivo como márgenes de variación, así como la necesidad de cualesquiera medidas que puedan facilitar tal solución⁵⁴; y, el segundo, sobre el ejercicio del poder de adoptar actos delegados otorgado a la

⁴⁹ Doc. COM (2014) 0710 final, de 24 de noviembre.

⁵⁰ Doc. COM (2014) 0327 final, de 5 de junio.

⁵¹ DO L 172 de 12.06.2014.

⁵² DO L 254 de 28.08.2014.

⁵³ DO L 309 de 30.10.2014.

⁵⁴ Doc. COM (2015) 039 final, de 3 de febrero.

Comisión por la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 noviembre 2003, sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE⁵⁵.

En el contexto de las agencias de calificación crediticia, la Comisión presentó su Informe al Parlamento Europeo y al Consejo relativo al ejercicio de la facultad de adoptar actos delegados conferida a la Comisión de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 septiembre 2009 sobre las agencias de clasificación crediticia⁵⁶, en cumplimiento de lo dispuesto en el mencionado Reglamento adoptado tras la crisis financiera como una de las medidas para restaurar la confianza del mercado y aumentar la protección de los inversores.

En materia de seguro y reaseguro se adoptó el Reglamento Delegado (UE) 2015/35 de la Comisión, de 10 octubre 2014, por el que se completa la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II)⁵⁷.

El sector de los transportes ha sido objeto de diversas iniciativas por parte de la Comisión durante este periodo destacando, por su número, el del transporte por carretera. Aquí, hay que mencionar en primer lugar a la Propuesta de Decisión del Consejo sobre la posición que debe adoptarse, en nombre de la Unión Europea, respecto a la propuesta de modificación del Convenio relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (Convenio TIR de 1975)⁵⁸.

Además, la Comisión presentó durante este periodo tres informes al Parlamento Europeo y al Consejo, el primero de ellos, relativo a la aplicación, en el periodo comprendido entre el 4 diciembre 2011 y el 31 diciembre 2012, de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n° 1071/2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera (Primer informe de la Comisión relativo a la aplicación, por parte de los Estados miembros, de determinadas disposiciones en materia de acceso a la profesión de transportista por carretera)⁵⁹; el segundo, sobre la Aplicación de la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 julio 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte

⁵⁵ Doc. COM (2015) 0149 final, de 13 de abril.

⁵⁶ Doc. COM (2014) 0743 final, de 18 de diciembre.

⁵⁷ DO L 12 de 17.01.2015.

⁵⁸ Doc. COM (2014) 0491, de 24 de julio.

⁵⁹ Doc. COM (2014) 0592 final, de 25 de septiembre.

(Texto perteneciente a efectos del EEE)⁶⁰, acompañado de dos documentos de trabajo de la Comisión, *Commission Staff Working Document, Analysis of Member States reports Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and to the Council Implementation of Directive 2010/40/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the framework for the deployment of Intelligent Transport System in the field of road transport and for interfaces with other modes of transport*⁶¹; y *Commission Staff Working Document Progress Report and review of the ITS action plan Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and to the Council Implementation of Directive 2010/40/EU of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010 on the framework for the deployment of Intelligent Transport Systems in the field of road transport and for interfaces with other modes of transport*⁶²; y, el tercero, sobre la aplicación en 2011-2012 del Reglamento (CE) n° 561/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 marzo 2006 relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n° 3821/85 y (CE) n° 2135/98 del Consejo y se deroga el Reglamento (CEE) n° 3820/85 del Consejo (Vigésimo séptimo informe de la Comisión sobre la aplicación de la legislación social en el sector del transporte por carretera)⁶³, acompañado del correspondiente Documento de trabajo de la Comisión⁶⁴.

Igualmente, destaca por su importancia la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial⁶⁵; y, en el marco de la seguridad de los vehículos de motor, la Comisión presentó dos Comunicaciones al Parlamento Europeo con arreglo al art. 294, ap. 6, TFUE.

La primera de ellas sobre la posición del Consejo sobre la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/53/CE del Consejo, de 25 julio 1996, por la que se establecen, para determinados vehículos de carretera que circulan en la Comunidad, las dimensiones máximas autorizadas en el tráfico nacional e internacional y los pesos máximos autorizados en el tráfico internacional⁶⁶; y, la segunda, sobre la posición adoptada por el Consejo para la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos de homologación de tipo para el despliegue

⁶⁰ Doc. COM (2014) 0642 final, de 21 de octubre.

⁶¹ Doc. SWD (2014) 0319 final, de 21 de octubre.

⁶² Doc. SWD (2014) 0320 final, de 21 de octubre.

⁶³ Doc. COM (2014) 0709 final, de 21 de noviembre.

⁶⁴ Doc. SWD (2014) 342 final, de 21 de noviembre.

⁶⁵ Doc. COM (2014) 0476 final, de 18 de julio.

⁶⁶ Doc. COM (2015) 07 final, de 12 de enero.

del sistema eCall integrado en los vehículos, y por el que se modifica la Directiva 2007/46/CEE⁶⁷.

En el sector del transporte ferroviario, la Comisión también presentó diversas iniciativas durante este tiempo. A saber, una Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece la posición que debe adoptar la Unión en la 25ª sesión del Comité de Revisión de la OTIF en lo que se refiere a determinadas modificaciones del Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF) y de sus apéndices⁶⁸; dos Informes al Parlamento Europeo y al Consejo: el referido a las exenciones concedidas por los Estados miembros en virtud del Reglamento (CE) nº 1371/2007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril⁶⁹; y el Cuarto informe de seguimiento de la evolución del mercado ferroviario⁷⁰, acompañado del *Commission Staff Working Document Accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Fourth report on monitoring development in the rail market*⁷¹; y una Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo acerca de un informe de situación sobre la aplicación de la Directiva de seguridad ferroviaria⁷², y su documento de trabajo *Commission Staff Working Document, Progress report on the implementation of the Railway Safety Directive Accompanying the document Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on a progress report on the implementation of the Railway Safety Directive*⁷³.

El transporte aéreo fue objeto de un Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe anual de 2013 relativo a la aplicación del Reglamento (CE) nº 300/2008 sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil⁷⁴.

Y el marítimo de un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Directiva 2010/65/UE sobre las formalidades informativas exigibles a los buques a su llegada o salida de los puertos de los Estados miembros⁷⁵; y de una Comunicación al Parlamento Europeo con arreglo al art. 294, ap. 6 TFUE sobre la posición del Consejo en primera lectura sobre la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al seguimiento, notificación y verificación de las emisiones de dióxido de carbono del

⁶⁷ Doc. COM (2015) 0126 final, de 10 de marzo.

⁶⁸ Doc. COM (2014) 0338 final, de 5 de junio.

⁶⁹ Doc. COM (2015) 0117 final, de 11 de marzo.

⁷⁰ Doc. COM (2014) 0353 final, de 13 de junio.

⁷¹ Doc. SWD (2014) 0186 final, de 13 de junio.

⁷² Doc. COM (2014) 0740 final, de 17 de diciembre.

⁷³ Doc. SWD (2014) 0355 final, de 17 de diciembre.

⁷⁴ Doc. COM (2014) 0399 final, de 1 de julio.

⁷⁵ Doc. COM (2014) 0320 final, de 25 de junio.

transporte marítimo y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 525/2013⁷⁶.

En fin, en el ámbito del sector energético, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada Pasos adelante en la realización del mercado interior de la energía⁷⁷ en la que se pone de manifiesto que, si bien la Unión Europea se está moviendo en la buena Dirección, aún existen deficiencias que obstaculizan el buen funcionamiento del mercado. Esta Comunicación fue acompañada de seis documentos de trabajo⁷⁸.

2.4. Libertad de establecimiento y Derecho de Sociedades

En materia de sociedades y, en particular por lo que se refiere a las pymes, parece evidente que su ecologización con vistas a una mayor competitividad y sostenibilidad contribuirá a la mejora de la eficiencia de los recursos que emplea, ofreciendo un enorme potencial de reducción de los costes de producción y de aumento de la productividad lo que, a su vez, debe contribuir a aumentar sus oportunidades empresariales en el mercado de la Unión Europea. Con base a ese argumento, la Comisión presentó una Comunicación al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones denominada Plan de acción ecológico para las Pymes, Permitir que las pymes conviertan los desafíos medioambientales en oportunidades empresariales⁷⁹.

Por último, en relación a la modificación del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia hay que mencionar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al art. 294, ap. 6 TFUE sobre la posición del Consejo en lo que respecta a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia⁸⁰. Este Reglamento vio finalmente la luz el 5 junio 2015⁸¹.

⁷⁶ Doc. COM (2015) 128 final, de 10 de marzo.

⁷⁷ Doc. COM (2014) 634 final, de 13 de octubre.

⁷⁸ Docs. SWD (2014) 310 final, 311 final, 312 final, 313 final, 314 final, y 315 final, todos ellos de 13 de octubre.

⁷⁹ Doc. COM (2014) 0440 final, de 2 de julio.

⁸⁰ Doc. COM (2015) 0173 final, de 13 de abril.

⁸¹ Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (DO L 141 de 5.06.2015).

3. Políticas relacionadas con el mercado interior

3.1. Política de competencia

Como suele ser habitual, a lo largo de este periodo la Comisión ha llevado a cabo una importante actividad en esta materia. Para comenzar, publicó su Informe sobre la política de la competencia 2014, Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones⁸², acompañado del *Commission Staff Working Document. Accompanying the document report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and [...] on Competition Policy 2014*⁸³.

Igualmente, y con carácter general, cabe destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Hacer frente a las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas⁸⁴, que tiene como finalidad contribuir al buen funcionamiento del mercado único.

En el ámbito de los acuerdos entre empresas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, la Comisión presentó una Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, ap. 1, TFUE (Comunicación *de minimis*)⁸⁵.

Por lo que respecta a las operaciones de concentración entre empresas, se publicó el Libro blanco titulado Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE⁸⁶, acompañado de los siguientes documentos de trabajo: *Commission Staff Working Document Impact assessment accompanying the document White paper Towards more effective EU merger control*⁸⁷; Documento de trabajo de los servicios de la Comisión resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Libro blanco Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE⁸⁸; y *Commission Staff Working document*

⁸² Doc. COM (2015) 247 final, de 4 de junio.

⁸³ Doc. SWD (2015) 113 final, de 4 de junio.

⁸⁴ Doc. COM (2014) 0472 final, de 15 de julio.

⁸⁵ DO C 291 de 30.08.2014.

⁸⁶ Doc. COM (2014) 0449 final, de 9 de julio.

⁸⁷ Doc. SWD (2014) 0217 final, de 9 de julio.

⁸⁸ Doc. SWD (2014) 0218 final, de 9 de julio.

*Accompanying the document White paper Towards more effective EU merger control*⁸⁹.

En materia de monopolios, la Comisión pasó revista a los diez años de aplicación del Reglamento que regula los procedimientos de aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE y presentó una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) n° 1/2003: logros y perspectivas futuras⁹⁰, acompañada de los documentos de trabajo *Commission Staff Working Document Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003 Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*⁹¹; y *Commission Staff Working Document Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament and the council Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*⁹².

En el marco de las ayudas de estado, llevó a cabo diversas iniciativas entre las que cabe destacar: la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (Versión codificada)⁹³; el Reglamento (UE) n° 651/2014 de la Comisión, de 17 junio 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado⁹⁴; y el Reglamento (UE) n° 717/2014 de la Comisión, de 27 junio 2014, relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE a las ayudas de minimis en el sector de la pesca y de la acuicultura⁹⁵. Precisamente, en relación al sector de la pesca y la acuicultura destaca, igualmente, el Proyecto de Reglamento de la Comisión, de 1 agosto 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas a empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca y de la acuicultura compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 TFUE⁹⁶.

Además, la Comisión presentó vía Comunicación varias directrices con el fin de garantizar la compatibilidad de las ayudas concedidas por los Estados en diferentes sectores de actividad con las disposiciones del TFUE. Así, han de ser

⁸⁹ Doc. COM (2014) 0221 final, de 9 de julio.

⁹⁰ Doc. COM (2014) 453 final, de 9 de julio.

⁹¹ Doc. SWD (2014) 0230 final, de 9 de julio.

⁹² Doc. SWD (2014) 0231 final, de 9 de julio.

⁹³ Doc. COM (2014) 0377 final de 25 de junio.

⁹⁴ DO L 187 de 26.06.2014.

⁹⁵ DO L 190 de 28.06.2014.

⁹⁶ DO C 258 de 8.08.2014.

citados los Criterios para el análisis de la compatibilidad con el mercado interior de las ayudas para fomentar la realización de proyectos importantes de interés común europeo⁹⁷; el Marco sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación⁹⁸; las Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía 2014–2020⁹⁹; las Directrices de la UE aplicables a las ayudas estatales en los sectores agrícola y forestal y en las zonas rurales de 2014 a 2020¹⁰⁰; y las Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis¹⁰¹.

Y, del mismo modo, procedió a modificar algunas de las directrices que ya se vienen aplicando en materia de ayudas de estado mediante una Comunicación por la que se modifican las Comunicaciones de la Comisión sobre las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha, las Directrices sobre las ayudas estatales de finalidad regional para 2014–2020, la ayuda estatal a las obras cinematográficas y otras producciones del sector audiovisual, las Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo, y las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas¹⁰².

3.2. Política de protección de los consumidores

Durante este periodo vio la luz un Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativo al funcionamiento del Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 octubre 2004, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (Reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores)¹⁰³; así como una Comunicación, con arreglo al art. 5, ap. 2, del Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de aplicar la legislación de protección de los consumidores en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas¹⁰⁴.

Por otra parte, y con la finalidad de garantizar un elevado nivel de protección de la salud humana en la Unión, la Comisión presentó un Informe al Parlamento

⁹⁷ DO C 188 de 20.06.2014.

⁹⁸ DO C 198 de 27.06.2014.

⁹⁹ DO C 200 de 28.06.2014.

¹⁰⁰ DO C 204 de 1.07.2014.

¹⁰¹ DO C 249, de 31.07.2014.

¹⁰² DO C 198 de 27.06.2014.

¹⁰³ Doc. COM (2014) 0439 final, de 1 de julio.

¹⁰⁴ DO C 23 de 23.01.2015.

Europeo y al Consejo sobre el ejercicio de la facultad de adoptar actos delegados conferida a la Comisión con arreglo a la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 julio 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante¹⁰⁵, y adoptó, con fecha 8 abril 2015, dos Directivas que tienen como objetivo garantizar la trazabilidad de las células y los tejidos humanos desde el donante hasta el receptor y viceversa: la 2015/566 por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE en lo que se refiere a los procedimientos de verificación de la equivalencia de las normas de calidad y seguridad de las células y los tejidos importados¹⁰⁶; y la 2015/565 por la que se modifica la Directiva 2006/86/CE en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la codificación de células y tejidos humanos¹⁰⁷.

Del mismo modo, la Comisión, preocupada por garantizar la protección de los consumidores, y de los menores en particular, presentó una Recomendación, de 14 julio 2014, relativa a principios para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre los menores¹⁰⁸. En esta recomendación se establecen principios que pueden asegurar un elevado nivel de protección de los consumidores, los usuarios y los menores en relación a los servicios de juego en línea con la finalidad de preservar la salud de los consumidores y los usuarios y minimizar el posible daño económico que pueda resultar del juego compulsivo o excesivo.

En el mismo sentido, consciente de la necesidad de garantizar la protección de los consumidores y de los intereses económicos de los productores, adoptó el Reglamento (UE) 2015/210 de 10 febrero 2015 por el que se modifican los anexos II y III del Reglamento (CE) nº 110/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la definición, designación, presentación, etiquetado y protección de las indicaciones geográficas de bebidas espirituosas¹⁰⁹.

Por último, en relación a las acciones de cesación, cabe destacar dos Comunicaciones conforme al art. 4, ap. 3, de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, que codifica la Directiva 98/27/CE, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al art. 2 de dicha Directiva, la primera en Octubre de 2014¹¹⁰ y la segunda en marzo de 2015¹¹¹.

¹⁰⁵ Doc. COM (2015) 123 final, de 10 de marzo.

¹⁰⁶ DO L 93 de 9.04.2015.

¹⁰⁷ DO L 93 de 9.04.2015.

¹⁰⁸ DO L 214 de 19.07.2014.

¹⁰⁹ DO L 35 de 11.02.2015.

¹¹⁰ DO C 363 de 14.10.2014.

¹¹¹ DO C 105 de 27.03.2015.

4. Otros sectores

4.1. Propiedad industrial e intelectual

La inversión en investigación e innovación es fundamental para impulsar el crecimiento, tal y como ya se ponía de relieve en la estrategia Europa 2020 y los últimos Estudios Prospectivos Anuales llevados a cabo por la Comisión. En esta línea, cabe destacar las siguientes iniciativas adoptadas durante este periodo. En primer lugar, dos Comunicaciones: la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, La investigación y la innovación como fuentes de crecimiento renovado¹¹², acompañada del *Commission Staff Working Document State of the Innovation Union – Taking Stock 2010–2014 Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Research and innovation as sources of renewed growth*¹¹³; y la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, Espacio Europeo de Investigación Informe 2014¹¹⁴, acompañada del documento de trabajo *Commission Staff Working Document country Fiches Member States of the European Union Accompanying the document Communication from the Commission to the Council and the European Parliament European Research Area Progress Report 2014*¹¹⁵.

En segundo lugar, dos informes de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en relación a las actividades de investigación desarrolladas en la Unión Europea: el primero de ellos, el Informe Acerca de las actividades del Consejo Europeo de Investigación y la realización de los objetivos establecidos en el programa específico “Ideas” en 2013¹¹⁶, el segundo, el Informe anual sobre las actividades de investigación y desarrollo tecnológico de la UE en 2013¹¹⁷.

Por lo que a los derechos de propiedad intelectual se refiere, la Comisión, consciente de la importancia del respeto a los derechos de propiedad intelectual y de la necesidad de luchar de una forma más efectiva contra las infracciones y falsificaciones que se produzcan en esta materia, presentó sendas Comunicaciones al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. La primera de ellas denominada Hacia un consenso renovado sobre el res-

¹¹² Doc. COM (2014) 0339 final, de 10 de junio.

¹¹³ Doc. SWD (2014) 0181 final, de 10 de junio.

¹¹⁴ Doc. COM (2014) 0575 final, de 15 de septiembre.

¹¹⁵ Doc. SWD (2014) 280 final, de 15 de septiembre.

¹¹⁶ Doc. COM (2014) 0531 final, de 25 de agosto.

¹¹⁷ Doc. COM (2014) 0549 final, de 4 de septiembre.

peto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE¹¹⁸; y, la segunda, bajo el título Comercio, crecimiento y propiedad intelectual. Estrategia para mejorar la protección y la garantía de respeto de los derechos de propiedad intelectual en los terceros países¹¹⁹, acompañada de su correspondiente *Commission Staff Working Document*¹²⁰.

4.2. Sociedad de la información

Las tecnologías digitales que no conocen fronteras ofrecen grandes oportunidades que hay que saber utilizar. En este sentido, la Comisión presentó dos Comunicaciones al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. La primera de ellas, titulada Hacia una economía de los datos próspera¹²¹, incorpora algunas conclusiones para apoyar la transición hacia la economía digital que permita el crecimiento y el empleo en la Unión Europea, e iba acompañada del documento de trabajo *Commission Staff Working Document Report on the Implementation of the Communication 'Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe' Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 'Towards a thriving data-driven economy'*¹²²; la segunda, denominada Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa¹²³, destacaba la necesidad de un mercado único digital y las oportunidades que genera para la innovación, el crecimiento y el empleo, e iba acompañada del *Commission Staff Working Document A Digital Single Market Strategy for Europe –Analysis and Evidence Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Single Market Strategy for Europe*¹²⁴.

4.3. Protección de datos de carácter personal

En fin, en materia de protección de datos personales hay que mencionar la Decisión de la Comisión, de 5 junio 2014, sobre la protección de los datos personales en el Portal Europeo e-Justicia. En ella se establecen las funciones y responsabilidades de la Comisión Europea en relación con los requisitos de pro-

¹¹⁸ Doc. COM (2014) 0392 final, de 1 de julio.

¹¹⁹ Doc. COM (2014) 0389 final, de 1 de julio.

¹²⁰ Doc. SWD (2014) 0204 final, de 1 de julio.

¹²¹ Doc. COM (2014) 0442 final, de 2 de julio.

¹²² Doc. SWD (2014) 214 final, de 2 de julio.

¹²³ Doc. COM (2015) 0192 final, de 6 de mayo.

¹²⁴ Doc. SWD (2015) 100 final, de 6 de mayo.

tección de datos al tratar datos personales en el Portal Europeo e-Justicia que, recordemos, tiene como objetivo contribuir a la implantación del espacio judicial europeo, propiciando y mejorando el acceso a la justicia y movilizand las tecnologías de la información y comunicación para facilitar los procesos judiciales electrónicos transfronterizos y la cooperación judicial¹²⁵.

¹²⁵ DO L 167 de 6.06.2014.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado

AEDIPr, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 697–720

¿QUÉ HA SIGNIFICADO 2014 PARA LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?*

Alegría BORRÁS **

SUMARIO: I. Introducción. II. La mundialización de la Conferencia. III. La adopción de los textos y la participación en los Convenios de La Haya. IV. La incidencia de la participación de la Unión Europea. V. La preocupación por la correcta aplicación de los Convenios. VI. Los trabajos futuros de la Conferencia. VII. La posición española. VIII. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La siempre amable invitación a participar cada año en este *Anuario* y la absoluta libertad que su Director siempre me ha dado a la hora de elaborar esta colaboración sobre la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado me ha permitido realizar diferentes aproximaciones al tema: más descriptivas unas y más valorativas otras, haciendo balance del pasado o mirando hacia el futuro, examinando un instrumento concreto o varios, etc ¹. Tomar una decisión

* Esta colaboración se enmarca en el Proyecto titulado “La aplicación de los instrumentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado por los tribunales españoles: balance y perspectivas”, financiado por el Ministerio de Economía y competitividad, Dirección General de Investigación Científica y Técnica, y con referencia DER2012-36920.

** Catedrática emérita de Derecho internacional privado. Universidad de Barcelona.

¹ Como ejemplos del diferente enfoque, en los últimos diez años, A. Borrás, “La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (2005)”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 1199-1216; *id.*, “La Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 1179-1189; *id.*, “Dos nuevos instrumentos en material de alimentos: el Convenio y el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 1305-1318; *id.*, “La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (2008)”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 1237-1239; *id.*, “La cooperación internacional de autoridades: en particular, el caso del cobro de

sobre los puntos en que fijaría mi atención en relación al año 2014 no ha sido tarea fácil. La vida de la Conferencia es complicada en diversos sentidos y de ahí que también lo sea seleccionar los aspectos a destacar. Por otra parte, desde una perspectiva española, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, es relevante la aplicación o incorporación de los instrumentos de la Unión Europea y de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Finalmente, no puede olvidarse que de las reuniones de la Conferencia de La Haya se da cuenta en la *Revista Española de Derecho internacional privado*, aunque se trate simplemente de una información objetiva y limitada sobre los datos de la reunión correspondiente.

2. Con estos elementos *in mente*, fue fundamental para construir este trabajo la consulta del *Annual Report 2014 / Rapport annuel 2014*² y de los documentos y conclusiones y recomendaciones de la reunión del Consejo de los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia que tuvo lugar entre los días 24 a 26 marzo 2015³. Todo ello conduce a abordar y valorar los diferentes temas de la forma que se desgrana a continuación, lo que, en esta ocasión, significa *faire le point*. Una perspectiva española, tanto legislativa como jurisprudencial, es imprescindible en diversos puntos.

II. La mundialización de la Conferencia

3. Como un factor de evolución de la Conferencia se señaló su progresiva universalización, con 80 miembros, de los cuales 79 son Estados⁴ y uno es una Organización Regional de Integración Económica, que es la Unión Europea y cuya presencia ha alterado el funcionamiento de la Organización, tanto en relación a la Oficina Permanente como en relación a sus Estados miembros. A ello puede añadirse que 67 Estados no miembros de la Conferencia son parte en alguno o algunos de sus Convenios, con lo que, en mayor o menor medida, 147 Estados están involucrados en los trabajos de la Conferencia. Ello se refleja en

alimentos en el extranjero”, *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 129-153; *id.*, “La celebración de convenios internacionales de Derecho internacional privado entre Estados Miembros de la Unión Europea y terceros Estados”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 83-96; *id.*, *¿Quo Vadis*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado?”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 843-856; *id.*, “El *Judgments Project* de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Lecciones del pasado y desafíos para el futuro”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 921-943.

² Es esta la octava ocasión en que se prepara este tipo de informe, que se inició con el informe referente a las actividades a partir de 1º enero 2007, precisamente coincidiendo con la entrada en vigor del Estatuto de la Conferencia revisado.

³ A. Borrás, “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (24-26 marzo 2015)”, *REDI*, 2015.2, en prensa.

⁴ El miembro nº 80 es Andorra, condición efectiva desde 1º junio 2015.

los términos utilizados en la presentación en la web de la Conferencia, que la define como “crisol de tradiciones jurídicas distintas”, que elabora y garantiza el seguimiento de convenios que responden a necesidades mundiales⁵.

Es así como la Conferencia de La Haya, formada inicialmente por Estados continentales europeos, recibe cada vez un mayor número de miembros procedentes de culturas jurídicas cada vez más diversas. Diversas consecuencias pueden derivarse de ello.

4. Una de ellas es la existencia de oficinas regionales en Buenos Aires y Hong Kong⁶. En lo que se refiere a la Oficina para Latinoamérica, sita en Buenos Aires, resulta muy activa, con el Sr. Ignacio Goicoechea a su cabeza desde la creación, organizando diversas actividades y coordinando a los Estados situados en esa región, lo que se traduce también en una mayor coordinación en su participación en la Conferencia, como se verá en algunos temas específicos, como la iniciativa relativa a la protección de los turistas o la oposición a la adopción abierta.

Por lo que se refiere a la Oficina regional de Asia-Pacífico, sita en Hong Kong, el Prof. Anselmo Reyes, que se encuentra al frente de la misma, informó en el Consejo marzo 2015 sobre el elevado número de actividades realizadas o previstas y, en particular, la trascendencia de la reunión en Hong Kong, en la *HCCH Asia Pacific Week*, que tuvo lugar entre los días 6 a 11 octubre 2014⁷ y en la que se reunió el Grupo de expertos que trabaja en el *Judgments Project*, además de celebrarse el 9º Foro internacional sobre apostilla electrónica y una competición regional sobre el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. En realidad, constituye una continuación de la reunión que tuvo lugar en 2013 en Wuhan⁸. A ello debe añadirse la cuestión de la continuidad de la Oficina de Hong Kong, ya que en diciembre de 2015 se planteará si debe convertirse en permanente, al haberse cumplido los tres años desde su apertura. Por el momento, no hay ninguna decisión al respecto y, por tanto deberá verse en el Consejo de 2016.

⁵ Lo que se puede comparar con los términos del art. 1º del Estatuto de la Conferencia, que centra su objetivo en “trabajar en la unificación progresiva del Derecho internacional privado”.

⁶ Objeto del Documento de información nº 1 al Consejo de Asuntos Generales y Política marzo 2015.

⁷ Coincidiendo así con la denominada “revolución de los paraguas”.

⁸ De la que ya se dio cuenta en A. Borrás, “El *Judgments Project* ...”, *loc. cit.*, cuyo interés principal era que la Unión Europea y los Estados Unidos son socios comerciales clave para los Estados de la región Asia-Pacífico y la entrada en vigor del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro sería de gran interés para los países representados en la reunión, específicamente, Australia, Camboya, China, India, Indonesia, Laos, Myanmar, Nueva Zelanda, Filipinas, Corea, Singapur, Sri Lanka, Tailandia y Vietnam.

5. Es en este contexto de extensión de la Conferencia que se plantea la cuestión de la escasa presencia de Estados africanos en la Conferencia, presentando el Secretario General, Dr. Bernasconi, una estrategia⁹ para aumentar la visibilidad y promover actividades de la Conferencia en África, dada la escasa presencia de la Organización en este Continente, ilustrándolo con un significativo mapa. La propuesta es bien acogida y se incorpora a la conclusión nº 21, sin adoptar ningún tipo particular de acción. Pero el debate sobre esta cuestión se enlaza directamente con la universalidad de la Organización, para llegar a la conclusión de que esta última debe ser objeto de una conclusión específica, incluida en la conclusión nº 22, con una frase que muestra el debate, en que se dice que el Consejo, apoyando la consecución de la universalidad “*decided to continue discussion of the matter*”.

En relación a esta cuestión aparece vinculada, sin duda, la amplia presencia de países africanos que han asistido después a la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio de 1993 en materia de adopción internacional que ha tenido lugar en junio de 2015¹⁰, como Estados de origen de muchos niños entregados en adopción internacional, algo que no ocurrió en la anterior Comisión Especial que tuvo lugar en 2010¹¹. Ello, además de una mayor utilización del francés durante la reunión, tiene consecuencias en cuanto a la ayuda que estos países necesitan para implementar adecuadamente este u otros Convenios, como tendremos ocasión de ver más adelante.

6. Un tema vinculado al anterior, aunque no estrictamente vinculado a África, es el denominado “Proceso de Malta”, que pretende establecer un diálogo con Estados influidos por la *Sharia* y que no han accedido al Convenio de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, con los inconvenientes que de ello derivan cuando un niño es desplazado a uno de esos países. El denominado “proceso de Malta” se ocupa de esta cuestión y, en particular, trata de la utilización de la mediación en este contexto como medida de ayuda, aunque no sea suficiente, unida al establecimiento de puntos centrales de contacto. En el Consejo marzo 2015, vista la situación, se decidió (conclusión nº 19) que el grupo que se ocupa de la materia continúe sus trabajos y presente un in-

⁹ Documento preliminar nº 6 al Consejo de Asuntos Generales y Política marzo 2015

¹⁰ Así, Estados africanos de origen de muchos niños estuvieron presentes en la reunión, como Benin, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, la República Democrática del Congo, Costa de Marfil, Etiopía, Ghana, Guinea, Lesotho, Madagascar, Malawi, Mozambique, Niger, Togo y Zambia. Sobre la reunión, A. Borrás, “Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 1993 en Materia de Adopción Internacional (8 a 12 junio 2015)”, *REDI*, 2015.2, en prensa.

¹¹ Sobre la misma, A. Borrás, “Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional (17 a 25 junio 2010)”, *REDI*, 2010, 1, pp. 329 ss.

forme al Consejo en 2016, haciendo especial hincapié en el establecimiento de estructuras de mediación.

7. Para concluir este apartado, tiene sentido hacer referencia, aunque sea breve, a algunas cuestiones presupuestarias. Debe tenerse en cuenta que la contribución obligatoria de cada Estado se basa en el número de unidades atribuidas en el sistema de la Unión Postal Universal. Atribuyéndose a España 25 unidades, la contribución de numerosos Estados se limita a una unidad o a pocas, a lo que puede añadirse el dato de que no todos los Estados satisfacen las cantidades correspondientes de forma puntual. De ahí que, en particular desde la llegada del nuevo Secretario General en 2013, se haya prestado especial atención a estas cuestiones, tanto en el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia como en el Consejo de Representantes, a quien corresponden estas funciones. En la reunión del Consejo marzo 2015, el Sr. P. Brandt, Ministro Consejero de la Embajada de Suiza presenta los resultados del *Financial Working Group* (Documento de información nº 8), en particular con la intención de desarrollar unas normas financieras revisadas.

La importancia del tema deriva también de su vinculación con el tema de la garantía de las pensiones de los miembros de la Oficina Permanente. De ahí que se tomara la decisión de trasladar la sede de la Oficina Permanente¹² y poner en venta el edificio de Scheveningseweg, algo que todavía no se ha producido, aunque está en trámite.

III. La adopción de los textos y la participación en los Convenios de La Haya

8. La amplia participación de Estados lleva a plantear la siguiente cuestión que, a su vez, se refiere a dos cuestiones distintas, pero vinculadas entre sí, cual es la adopción de Convenios en el seno de la Conferencia de La Haya y el éxito que puedan tener, expresado por la mayor o menor participación de los Estados en ellos.

9. Nombrado el nuevo Secretario General, Dr. Christophe Bernasconi e iniciándose en sus funciones en julio de 2013, una de las actividades inmediatas fue la convocatoria de una reunión informal de los miembros, celebrada en La Haya los días 17 y 18 septiembre 2013, a modo de *Brainstorming* para tratar del futuro de la Conferencia de La Haya y recibir así las aportaciones de los participantes,

¹² Su nueva sede inaugurada oficialmente el 3 septiembre 2014, en Churchillplein 6b, 2517 JW, Den Haag.

siendo así como “lanzarse a la piscina”¹³. Dada la naturaleza de la reunión, no se levantaron actas ni hay conclusiones y recomendaciones. Esencialmente se trató de la actividad legislativa, en cuanto el objetivo de la Conferencia, según el art. 1º de su Estatuto, es “trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”. En la reunión no se mencionó especialmente ninguna de las materias que se encontraban en ese momento en el orden del día de la Conferencia, pero se dejó claro que la decisión sobre la adopción de un tema para elaborar un Convenio se haría únicamente si se ve claramente que es práctico y necesario y que resulte evidente que el Convenio será aplicado. En este sentido, el Secretario general presentó un cuadro en el que se muestra que el 26 % de los Convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya no se encuentran en vigor y, de los Convenios que se encuentran en vigor, una parte importante de ellos tiene un número muy limitado de partes¹⁴. La consecuencia de ello es que ya no puede pensarse en una Sesión Diplomática cada cuatro años para aprobar un Convenio, sino que se celebrará cuando un Convenio esté preparado y reúna las condiciones que se han señalado.

10. Si se trata de los Convenios de La Haya que están en vigor en mayor número de Estados, hay que referirse, en primer lugar, al Convenio de 5 octubre 1961 suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, con 108 Estados contratantes y con el mérito añadido de haber podido ser utilizado en relación a la apostilla electrónica sin necesidad de introducir modificación alguna¹⁵. En segundo lugar, merece destacarse el Convenio de 25 octubre 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, con 93 Estados contratantes y cuyo informe explicativo, redactado por la Prof. Elisa Pérez Vera, sigue todavía siendo ampliamente citado por los tribunales¹⁶. Finalmente, debe destacarse al Convenio de 29 mayo 1993 relativo a la

¹³ Este símil, utilizada por la que suscribe, “*to jump into the pool*” tuvo notable éxito y se consideró tanto más pertinente cuanto se hizo recordando que la sala donde se realizó la reunión en el Hotel Bel Air era donde anteriormente se encontraba la piscina.

¹⁴ Vid. en anexo el interesante cuadro, con los datos a la fecha de la reunión, septiembre de 2013.

¹⁵ A. Borrás, “VI Foro internacional sobre el programa piloto de apostillas electrónicas (e-app) celebrado en Madrid, 29-30 junio 2010)”, *REDI*, 2010, 1, pp. 335-338; A. Borrás, “Commemoración del 50º aniversario del Convenio apostilla (París, 4-5 octubre 2011)”, *REDI*, 2012.1, pp. 252-254 y A. Borrás, “Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1961 sobre supresión de la legalización (6 a 9 noviembre 2012)”, *REDI*, 2013.1, pp. 290-296. También, A. Borrás, “De la exigencia de legalización a la libre circulación de documentos”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público* (M. Font i Mas, dir^a), Barcelona, Bosch, 2014, pp. 27 ss.

¹⁶ Para citar sólo dos sentencias importantes y recientes, la Sentencia de 15 enero 2014 de la *Supreme Court* del Reino Unido, *In the matter of LC (Children), In the matter of LC (Children)* (No 2, [2014] UKSC 1, en relación a la determinación de la residencia habitual de unos niños y la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de derechos humanos de 26 noviembre 2013, en el asunto 27853/09, X. c. *Letonia*, en relación al retorno de una niña de Letonia a Australia.

Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, del que son parte 95 Estados¹⁷, teniendo en cuenta que Zambia y Costa de Marfil se incorporaron durante la reunión de la Comisión especial de 2015.

11. Corresponde entonces examinar cual es la situación de los Convenios elaborados en los últimos tiempos. No puede olvidarse que los Convenios de La Haya no han tenido hasta época reciente cláusula de adhesión para las Organizaciones Regionales de Integración Económica (ORIE o REIO), pues ésta aparece por primera vez en el art. 18 del Convenio de 5 julio 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario (comúnmente “Convenio *Securities*”), debiendo señalarse que el Convenio fue adoptado en la XIX Sesión Diplomática (2002), antes de la reforma del Estatuto¹⁸. Pero las competencias comunitarias en materia de Derecho internacional privado, además de los conocidos problemas de su proyección *ad extra*, sobre los que se volverá más adelante, en particular a partir del Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia emitido también en aquellas fechas, el 7 febrero 2006¹⁹, han dado lugar a situaciones curiosas, en particular en relación a la ratificación del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de niños²⁰, con 41 Estados firmantes y que, pese a la decisión comunitaria, ante la competencia comunitaria sin que el Convenio tuviera cláusula para la participación de una ORIE, todavía no ha ratificado Italia. En lo que se refiere al Convenio de La Haya de 2000 en materia de protección de adultos, y sin perjuicio de que la Unión Europea recomiende a los Estados miembros ratificarlo aunque no tenga competencia en esta materia, solamente ocho Estados Europeos lo han ratificado, algunos otros lo han firmado y otros como España, como luego veremos, no ha hecho ni lo uno ni lo otro.

Si el antes citado Convenio de 2006 sobre la Ley Aplicable a Ciertos Derechos sobre Valores Depositados en un Intermediario, solamente ha sido ratificado por Suiza y Mauricio, también dos ratificaciones tiene el Convenio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, la de México y la de la Unión Europea, que

¹⁷ Al respecto, A. Borrás, “Reunión de la Comisión Especial ...”, *loc. cit.*

¹⁸ Recuérdese que éste fue el último Convenio que sigue la tradición de la Conferencia, según la cual la fecha de un Convenio era la de la primera firma por un Estado y no la efectiva fecha de adopción del texto, lo que ya no ocurre con el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, adoptado al término de la XX Sesión, el 30 junio 2005.

¹⁹ A. Borrás, “Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 8, 2006, pp. 37-52; A. Borrás, “La firma del Convenio de Lugano revisado y la reunión del Comité Permanente del Convenio de Lugano (29-30 octubre 2007)”, *REDI*, 2007, 2, pp. 851-855.

²⁰ A. Borrás, “La entrada en vigor para España del Convenio de la Haya de 1996 de protección de niños”, *Abogados*, Diario de actualidad del Consejo General de la Abogacía Española, febrero de 2011, pp. 32-34 y en “Abogados.es”, de 27 enero 2011, accesible en http://www.abogados.es/portal/ABOGADOS/printPortal.do?urlPagina=/S005024003/1295972209241_es_ES.html.

depositó su instrumento de aceptación en junio de 2015, como consecuencia de la Decisión del Consejo de 4 diciembre 2014 relativa a la aprobación del Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, que establece que la debía realizar en el plazo de un mes a partir de 5 junio 2015²¹, lo que permitirá su entrada en vigor el 1º octubre 2015. La diferencia es que esta última implica la aplicación a todos los Estados miembros y que de ello pueda derivarse un efecto multiplicador.

Unas consideraciones similares podrían hacerse en relación a los últimos textos adoptados en materia de alimentos. Si nos referimos al Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, habiendo sido ratificado por la Unión Europea y por Serbia, entró en vigor en 1º agosto 2013, aunque la Unión Europea lo viene aplicando de forma provisional desde 18 junio 2011 en virtud de la declaración realizada en el momento de obligarse por dicho Protocolo²², para facilitar la aplicación del Reglamento 4/2009, cuyo art. 15 remite al citado Protocolo para la determinación de la ley aplicable y cuyo efecto *erga omnes* le da una mayor proyección. Si, finalmente, nos referimos al Convenio de 2007 sobre alimentos, la Unión Europea depositó su instrumento de aprobación durante el Consejo de Asuntos Generales de 2014, por lo que empezó a aplicarse a partir de 1º agosto 2014, siendo también parte en el Convenio Albania, Bosnia-Herzegovina, Noruega y Ucrania.

12. Una mención particular dentro de este apartado merecen los Principios relativos a la elección de ley aplicable en los contratos comerciales internacionales, que quedaron aprobados el 19 marzo 2015, como consecuencia del procedimiento aprobado en el Consejo de 2014²³. En efecto, terminado el texto de los principios y el borrador de Comentario, preparado por el Grupo de trabajo en el que participaba el Prof. F.J. Garcimartín²⁴, se invitó a los Miembros a realizar comentarios a los cambios introducidos en el comentario a partir enero 2014²⁵, comentarios que debían realizarse por escrito antes de 31 agosto 2014. Una vez recibidos, se examinarían por el Grupo de trabajo, que preparó una versión final, que se sometió a los miembros para su aprobación mediante un procedimiento escrito. Los principios y el comentario se tendrían por aprobados si no se planteaban objeciones en un plazo de 60 días. Dicho plazo terminó el 18 marzo

²¹ Publicada en el DO L 353, de 10.12.2014.

²² Publicado en DO L 331 de 16.12.2009.

²³ Ap. 2 de las Conclusiones y recomendaciones de la reunión del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia abril 2014. Sobre la misma, nota de A. Borrás, en *REDI*, 2014.2, pp. 331 ss.

²⁴ Al respecto, F.J. Garcimartín, “Batalla de formularios y cláusula de elección de ley: la solución de los principios de La Haya”, *Tratado de la compraventa. Homenaje al Prof. Rodrigo Bercovitz*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

²⁵ Pues los anteriores a esa fecha ya fueron tomados en cuenta por el Grupo de trabajo en su reunión enero 2014.

2015, sin que se presentaran observaciones, por lo que el Secretario General envió una comunicación y una certificación al respecto. De esta forma, los principios figuran ya en la página web de la Conferencia, como el texto n° 40 aprobado por la misma. La particularidad del caso deriva de que se trata de la primera vez que la Conferencia de La Haya ha elaborado un texto de *soft law*. Por el momento, puede decirse que los Principios han sido implementados en Paraguay, a iniciativa del Prof. J.A. Moreno Rodríguez, que fue miembro del Grupo de trabajo que elaboró los principios de La Haya, mediante la Ley 5393, de 14 enero 2015 sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales²⁶. Gran importancia se le ha dado al hecho de que el 8 julio 2015 la UNCITRAL, en su 48ª Sesión celebrada en Viena, ha dado expreso apoyo al texto, siendo el primer texto de la Conferencia de La Haya oficialmente apoyado por la UNCITRAL, lo que puede dar una mayor credibilidad a los Principios de La Haya en el mundo de los negocios.

IV. La incidencia de la participación de la Unión Europea

13. Como viene siendo habitual en los últimos tiempos, debe considerarse el papel de la Unión Europea tanto en la participación de sus Estados miembros como en la elaboración de nuevos instrumentos, un aspecto sobre el que se volverá más adelante. Pero en lo que se refiere a los instrumentos existentes, la proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado ha tenido su manifestación en estos últimos tiempos en relación a la aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. El problema surge como consecuencia de dos datos: a) El particular sistema que el Convenio tiene para su aplicación entre los Estados que ya son parte y los que se adhieren, ya que exige que se produzca la aceptación de tal adhesión para que efectivamente se aplique. b) El Reglamento 2201/2003 contiene, entre otras, unas normas destinadas a mejorar la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 entre los Estados miembros. Como dice el Considerando 17, el Convenio de La Haya sigue aplicándose, pero “tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento”. Y es a partir de ahí donde surge la cuestión: ¿a quién corresponde la aceptación de la adhesión de un Estado al Convenio de 1980 a partir de ese momento? ¿Es competencia de la Unión Europea o es competencia de los Estados miembros? Téngase en cuenta que la Unión Europea no puede aceptar por sí misma las adhesiones, ya que el Convenio de 1980 está pensado únicamente para Estados.

²⁶ *Gaceta Oficial de la República de Paraguay* de 20 enero 2015.

14. Hasta la fecha, España lo ha venido haciendo con diligencia, algo que es digno de alabar, ya que sólo ventajas pueden derivar para un progenitor residente en España de poder aplicar el Convenio para el retorno de su hijo desplazado ilícitamente a Rusia, a Albania o a Singapur, por mencionar algunos de aquellos Estados que se han adherido recientemente y España ha aceptado su adhesión. Pues bien, como consecuencia del Dictamen 1/2013, de 14 octubre 2014 ya no podrá hacerlo de la misma forma, sino que será necesaria una decisión previa del Consejo de la Unión Europea sobre la aceptación de la adhesión por los Estados miembros en interés de la Unión Europea. El interés de los menores sustraídos, cuyo retorno puede verse retrasado porque no se alcance la aceptación concertada constituye un problema real resultante, que el dictamen no toma en consideración ni tampoco el Abogado General, aunque señala el riesgo²⁷.

A finales de 2011 la Comisión presentó una serie de propuestas de decisión del Consejo sobre la aceptación de las adhesiones en interés de la Unión Europea, relativas a las adhesiones de Armenia, Marruecos, Singapur, Albania, Seychelles, Gabón, Rusia y Andorra²⁸. En relación a estas propuestas puede señalarse que en la fecha en que se realizaron, España había aceptado la adhesión de las Seychelles, de Albania y de Armenia el 2 junio 2006, la de Marruecos el 19 febrero 2011, la de Singapur el 11 octubre 2011. Con posterioridad, aceptó las de Gabón el 18 enero 2012, Andorra el 21 agosto 2012 y Rusia el 11 diciembre 2012. Con posterioridad, España aceptó también la adhesión de Guinea el 29 marzo 2013 y la de Lesotho el 20 noviembre 2013, sin que se hayan aceptado las más recientes adhesiones de Corea, Iraq y Zambia, cuando no hay ni propuesta para estos casos. Y tampoco la hay respecto a otras adhesiones anteriores como, por ejemplo, la de Ucrania que, juntamente con la de San Marino, fue aceptada por España el 13 diciembre 2007. Evidentemente, la Comisión hubiera podido optar por iniciar procedimientos por incumplimiento contra los Estados que hubieran aceptado las adhesiones (se trata de unas 300 aceptaciones), pero no cabe duda que es más elegante y, sobre todo, más eficaz solicitar un dictamen al Tribunal de Justicia por el efecto general y ejemplarizante que tiene.

15. La respuesta del Tribunal de Justicia es breve y contundente: “La aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 enero 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea”. No se puede ser más claro en

²⁷ De forma más amplia, sobre este dictamen y con mayor referencia bibliográfica, A. Borrás, “La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores: el Dictamen del TJUE de 14 octubre 2014”, *La Ley: Unión Europea*, nº 21, diciembre de 2014, pp. 42 ss; S. Álvarez, en *REDI*, 2015.1, pp.241 ss.

²⁸ Propuestas que se encuentran en los documentos COM (2011) n^{os} 917, 916, 915, 912, 911, 909, 908 y 904, todos ellos de 21 diciembre 2011.

menos palabras. Con ello, el Tribunal sigue el camino que inició, en materia de cooperación civil, con el dictamen 1/03, de 7 febrero 2006, en que se dice que la competencia para la conclusión del nuevo Convenio de Lugano de 2007 “corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la CE”²⁹, aunque entre un caso y otro haya notables diferencias, que no corresponde examinar aquí.

Para fundamentar su decisión en este caso concreto, el Tribunal examina brevemente dos puntos: a) La existencia de concordancia del ámbito material del Convenio de La Haya y del Reglamento 2201/2003, entendiendo que las disposiciones de este último “cubren en gran medida” los procedimientos de restitución de menores y en relación al derecho de visita previstos en el Convenio de La Haya. b) La existencia de riesgo de que las normas uniformes contenidas en el Reglamento 2201/2003 se vean afectadas por la aplicación del Convenio, pese a que ambos instrumentos no sean contradictorios y pese a que el art. 60 del Reglamento establece la primacía de éste sobre el Convenio. La argumentación utilizada para sustentar la existencia del riesgo³⁰ es endeble y serviría sólo en un hipotético caso en que estuvieran implicados dos Estados miembros además de un Estado tercero, supuesto que el Tribunal no acaba de ejemplificar.

16. La reacción de la Comisión no se ha hecho esperar: inmediatamente “resucitó” las propuestas y en dos recientes decisiones de 15 junio 2015³¹ autoriza la aceptación de la adhesión de Andorra y de Singapur, sin que por el momento existan decisiones en relación a los demás Estados que se han adherido al Convenio, lo cual muestra las diferencias entre los Estados miembros y la dificultad en relación a las adhesiones que unos u otros están dispuestos a aceptar. No puede olvidarse que no todos los Estados están dispuestos a marchar al mismo paso y que se trata de una materia que requiere la unanimidad. En las mencionadas decisiones se aborda tanto la situación de los Estados que no han aceptado aún la adhesión como la de aquellos que ya la han aceptado.

Los destinatarios de la decisión son los Estados miembros que aún no han aceptado la adhesión que, de forma curiosa, son identificados de forma negativa, es decir, el art. 4 establece que son destinatarios de la Decisión todos los Estados miembros a excepción de los que enumera, que son los que han aceptado ya la

²⁹ Entre los muchos comentarios, A. Borrás, “Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 8, 2006, pp. 37-52; también en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2006, 3, pp. 879 ss.

³⁰ Ap. 89.

³¹ Decisiones 2015/1023 y 2015/1024, respectivamente, del Consejo, DO L 163 de 30.6.2015. Decisiones absolutamente idénticas y en las que el “recorta y pega” ha jugado una mala pasada a los redactores, ya que en la decisión correspondiente a Singapur, en el art. 1, ap. 3, se habla de la aceptación “de la adhesión de Andorra”, error material que no ha sido corregido.

adhesión³². Para los Estados que no han aceptado la adhesión de Andorra o de Singapur se dice en el art. 1 que “están autorizados” a aceptar la adhesión y que lo harán no más tarde del 16 junio 2016, con la declaración que expresamente se establece. La experiencia con el Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de niños a que antes se ha hecho referencia hace dudar de la efectividad del establecimiento de esta fecha.

Pero quedaba el problema de las aceptaciones ya realizadas, razón por la cual el art. 2 de la decisión establece que los Estados miembros que ya hayan depositado sus declaraciones de aceptación de la adhesión “no harán nuevas declaraciones”, añadiendo en el Considerando 12 que ello es así “ya que las actuales seguirán siendo válidas con arreglo al Derecho Internacional Público”. Aunque la frase pueda plantear ciertas dudas, no cabe duda que sirve para asegurar su efecto al depositario del Convenio (cuyo papel no era fácil hasta este momento) y tranquilizar, incluso, a la propia Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya. Exigir una nueva declaración común aprobada en el seno de la Unión hubiera sido una complicación excesiva y, en el fondo, innecesaria a efectos prácticos.

Cabe plantearse, finalmente, como hizo el Abogado General en su opinión (ap. 57) que la decisión del Tribunal “no prejuzga la cuestión de si los Estados miembros, habilitados de esta forma por la Unión para aceptar la adhesión de los Estados terceros de que se trata, pueden tener la obligación de llevarla a cabo o, eventualmente, la prohibición de hacerlo en el caso de que la Unión optara por rechazar una adhesión”, si bien apela al respecto al deber de lealtad de los Estados miembros.

V. La preocupación por la correcta aplicación de los Convenios

17. En realidad, a los Convenios de La Haya, como a todos los Convenios internacionales, deben aplicarse las reglas de interpretación contenidas en el Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, pero junto a esas reglas de carácter general proliferan los instrumentos que tienden a ayudar en la correcta aplicación de los Convenios o de los instrumentos comunitarios: Además del Informe explicativo, proliferan Guías de buenas prácticas, códigos de buena conducta, recomendaciones, etc., que son una realidad actual que hay que examinar con

³² Bélgica, República Checa, Alemania, Estonia, Irlanda, España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, República Eslovaca y Finlandia en el caso de Andorra y Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemania, Estonia, Irlanda, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, la República Eslovaca y Suecia en el caso de Singapur.

cuidado³³, en relación al texto al que hacen referencia, que es el que en realidad tiene el carácter normativo. La Conferencia de La Haya pasa de ser una “fábrica de Convenios” a “niñera de los Convenios” reuniendo periódicamente Comisiones especiales sobre la aplicación de diversos Convenios, como el Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores, sobre adopción internacional o de los Convenios sobre notificaciones, obtención de pruebas, acceso a la justicia y apostilla³⁴. De esas Comisiones especiales resulta, sin duda, una mejora en la aplicación de los Convenios. Me basta recordar lo que ocurrió en España tras la Comisión Especial de 1989 sobre el Convenio de 1980 en materia de sustracción internacional de menores, pues la puesta de relieve de los problemas que se estaban produciendo en nuestro país sirvió para mejorar el funcionamiento del Convenio. Pero también sirven para ver la interacción con otros Convenios y así, *v.gr.*, se vio en 2011-2012 que el Convenio de 1996 sobre protección de niños puede cumplir una función preventiva de la sustracción y hacer innecesario un Protocolo adicional al Convenio de 1980. El informe y las conclusiones y recomendaciones de las Comisiones especiales son un instrumento para mejorar la aplicación de los respectivos instrumentos.

18. Por hacer referencia únicamente a la Comisión Especial celebrada en 2014 en relación a los Convenios de cooperación procesal³⁵, se señaló, con carácter general, el éxito de los Convenios Notificaciones (con 68 Estados parte) y Obtención de pruebas (con 58 Estados parte), esperando que la Comisión Especial sirviera para incentivar la participación en el Convenio sobre acceso a la Justicia, que cuenta sólo con 26 Estados parte. Asimismo, con carácter general, se señaló la importancia actual de los desarrollos tecnológicos, que no pudieron preverse en las fechas en que se concluyeron los Convenios, si bien se entiende que no significan, con carácter general, un cambio que conlleve la necesidad de modificar de los Convenios, sino un hecho que permite mejorar su funcionamiento. Ello no excluye que los Convenios tengan determinadas dificultades. Así, en lo que se refiere a las particularidades de la notificación, un punto delicado y que fue objeto de largas discusiones se refiere a los requisitos lingüísticos y de traducción en el supuesto de notificación informal (art. 5.2º párrafo del Convenio), ya que algunos Estados han hecho una declaración indicando que solicitan siempre la traducción, algo no previsto en el Convenio, pero que ha sido aceptado por

³³ Al respecto, el trabajo de F. Osman, “Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, 3, pp. 509 ss, y, más recientemente, C. Thibierge, “Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit”, *Rev. trim. dr. civ.*, 2003, 4, pp. 599 ss.

³⁴ De todas ellas se ha dado puntual cuenta en la *REDI*.

³⁵ A. Borrás, “Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1965 sobre notificaciones, de 1970 sobre obtención de pruebas y de 1980 sobre acceso a la justicia (20-23 mayo 2014)”, *REDI*, 2014, 2, pp. 335-338.

el depositario. En una difícil conclusión 29, se constata la existencia de esta situación, pero se añade que la entrega informal es una forma válida de entrega de acuerdo con el Convenio si el destinatario acepta voluntariamente los documentos.

19. Pero en determinados casos la Comisión Especial pone de relieve problemas que deben solucionarse de otra forma. Este fue el caso en relación al Convenio de 1970 en materia de obtención de pruebas. El problema radica en ver si la utilización de enlaces de video y tecnologías similares son compatibles con el marco actual de la obtención de pruebas a través del Convenio, algo que ya existe en el Reglamento 1206/2001. En este caso, se subrayó que el Convenio es perfectamente compatible con la utilización de dichos medios, ya que el art. 9 establece que la práctica de la prueba en un Estado será posible si lo autoriza la ley del Estado requerido y si se reúnen los medios suficientes para hacerlo. Pero, en la práctica, en numerosos Estados se encuentran inconvenientes al respecto, por lo que Australia propuso elaborar un Protocolo opcional para facilitar la obtención de pruebas mediante enlaces de video. Podría parecer que la solución podría ser la misma que en el Convenio apostilla, en que no ha sido necesario ningún instrumento complementario para introducir la apostilla electrónica. En cambio, en este caso el Secretario General pone de relieve que el problema radica en que la utilización de los enlaces de video no ha tenido éxito en el marco de este Convenio, cuando ya se utilizan en otras organizaciones, como IBERRED desde este mismo año. Tratando de encontrar medios para que se avance, la Comisión Especial emitió una recomendación al Consejo para que se cree un Grupo de expertos para que estudien las cuestiones relativas a la utilización de las modernas tecnologías en relación a la obtención de pruebas. No se establece un plazo concreto para que informe, sino que lo hará cuando haya avances que lo aconsejen. Tampoco se establece un mandato específico sobre lo que deba hacer, sino que³⁶ deberá examinar los instrumentos y prácticas actuales, evaluar las posibles formas de mejorar y, entre ellas, la conveniencia de un protocolo opcional u otro tipo de instrumento, que podría no tener carácter obligatorio, decisión que ha sido apoyada por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia marzo 2015³⁷. Es decir, la Comisión Especial no sólo sirve para mejorar la aplicación de un determinado Convenio, sino también para orientar las mejoras y trabajos futuros en relación al mismo.

18. Pero, como se ha dicho, hay otros instrumentos que pretenden alcanzar al mismo objetivo y cabe preguntarse si tal proliferación no puede resultar, al final, negativa. Si tomamos el ejemplo del Convenio de La Haya de 1980 sobre sus-

³⁶ Conclusión nº 21.

³⁷ Conclusión nº 9 del Consejo marzo 2015.

tracción internacional de menores, nos encontramos con que hay diversas guías de buenas prácticas³⁸, a las que hay que añadir los principios generales y la guía de buenas prácticas sobre contacto transfronterizo relativo a los niños, la red internacional de jueces de La Haya, el Boletín de los jueces sobre la protección internacional del niño, el INCADAT, el INCASTAD y *ichild*. Si examinamos, en particular, el Convenio de 1993 en materia de adopción, vemos que ha sido una de las principales razones para la creación en 2007 del Centro de Estudios judiciales y asistencia técnica, que busca dar soluciones y formación, en particular en relación a este Convenio, por ej., con su programa en Camboya o con Haití. En relación al Convenio sobre apostilla, nos encontramos con el “ABC de las apostillas” o la “Guía breve sobre la puesta en práctica” del convenio. ¿Es buena tal proliferación? ¿Cuál es la relación entre una guía práctica y el informe explicativo? Y, en el fondo ¿cómo utilizan tantos instrumentos los que tienen la obligación de aplicarlos?. Todo ello ha conducido a que en 2013 se decidiera que en 2014 se discutiría el papel del Consejo en la aprobación de Manuales y Guías prácticas³⁹, decidiéndose en 2014 que los manuales sobre la aplicación práctica del Convenio en materia de notificaciones y de obtención de pruebas se aprobarían en el Consejo, lo que se ha hecho en la reunión de 2015⁴⁰. No obstante, sigue sin tomarse una posición ante todas las publicaciones que puedan realizarse en el futuro.

19. Dentro de este apartado puede incluirse también la Asistencia técnica, ya que una parte importante de la actividad de la Oficina Permanente se dedica a prestar servicios de asistencia técnica a Estados, miembros de la Conferencia y no miembros de la misma, que la necesitan para la implementación de los Convenios. En 2011 se manifestó la preocupación por el coste elevado que puede tener en recursos económicos y humanos. Por este motivo se creó un grupo de trabajo abierto para que examinase las prioridades, el papel de los Estados miembros y de los expertos, así como los recursos económicos y humanos que se requieren. Este grupo abierto pretendía tener una representación regional e integrar a países que colaboran en esta labor. Teniendo en cuenta el papel de España en relación al uso del español y, en particular, el seminario organizado por la AECID en Guatemala sobre la apostilla, se tuvo gran interés en que España participara en el núcleo central de los países expresamente mencionados en la composición del Grupo (además de España, Argentina, Australia, Canadá, China, Francia, Alemania, India, Japón, Holanda, Rusia, Sudáfrica, Suiza y Estados Unidos).

³⁸ El n° 1 sobre la práctica de las autoridades centrales, el n° 2 sobre las medidas de ejecución, el n° 3 sobre medidas preventivas y el n° 4 sobre ejecución.

³⁹ Ap. 3 de las conclusiones y recomendaciones.

⁴⁰ Se trata de los documentos preliminares 8A y 8B.

En la reunión del Consejo marzo 2015 se presentaron los documentos preliminares nº 10, que contiene el informe relativo a las actividades realizadas por el Grupo, y nº 11, que contiene las conclusiones elaboradas por el Grupo de trabajo mencionado en su reunión de 30 y 31 octubre 2014. Los documentos fueron aprobados por el Consejo, congratulándose por los avances que se han producido por la actividad de la Oficina Permanente en el ámbito de la educación, formación y asistencia técnica⁴¹.

VI. Los trabajos futuros de la Conferencia

20. Nos encontramos, pues, en una situación en la que los últimos textos adoptados son el Convenio y el Protocolo de 2007 en materia de alimentos y, con la particularidad de ser un texto no obligatorio, los Principios en materia de elección del Derecho aplicable a los contratos. Es la primera vez en la historia de la Conferencia no está elaborando un Convenio: se trata de “*La Conférence de La Haye sans Convention*”⁴². No es que no haya temas sobre la mesa, incluidos en el orden del día, sino que la situación que se ha dibujado no permite tomar una decisión sobre la preparación de un Convenio que sea aceptable por muchos, por exigencias también de tener que decidir por consenso, y que tenga ciertas garantías de una rápida entrada en vigor. Esta situación, que viene arrastrándose desde hace unos años, ha conducido a que en la reunión del Consejo marzo 2015 se haya tomado la decisión de priorizar unos temas y suprimir otros. Para ello debe tomarse en consideración el trabajo preliminar desarrollado por la Oficina Permanente y por los 13 grupos diferentes que se han reunido a lo largo de 2014. La duda estriba en saber cuál puede ser el futuro de cada uno de ellos.

21. La máxima prioridad se ha dado a la continuación del proyecto sobre sentencias (*Judgments Project*). Se trata de un tema conflictivo y, como se ha dicho reiteradamente⁴³, considero prematura la continuación del proyecto, pues se dedicaron mucho tiempo y esfuerzo que no fructificaron en momento relativamente reciente, desde 1992 a 2002, quedando como resultado únicamente el Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y relanzándose después el proyecto sobre ejecución de sentencias. No obstante, ahora es el tema que aparece con la máxima prioridad. En este caso debe recordarse que, tras la reunión del

⁴¹ Conclusión nº 18.

⁴² A. Bucher, “La Conférence de La Haye sans Convention”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 277 ss. De forma más general, A. Borrás, “¿Quo Vadis, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado?”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 843-856.

⁴³ A. Borrás, “El *Judgments Project* de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Lecciones del pasado y desafíos para el futuro”, *AEDIPr*, t. XII, 2013, pp. 921-943.

Consejo de 2013, se decidió suspender la actividad del Grupo de expertos que se tenía que encargar de la elaboración de reglas de competencia directa, incluyendo normas en materia de litispendencia (*parallel proceedings*), entendiéndose que sólo procedería continuar cuando hubieran avanzado los trabajos del Grupo de trabajo, que se ocupa de preparar disposiciones en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, incluyendo lo que se denominan *jurisdictional filters* (o reglas de competencia judicial internacional indirectas). En la reunión del Consejo del año pasado se apuntó la idea de que podía avanzarse en la idea de elaborar un Convenio en la materia.

En esta ocasión, puede decirse que la actividad del Grupo de trabajo durante el último año ha sido bastante amplia y productiva, en particular, como resultado de la reunión de Hong Kong y de la reunión de La Haya febrero 2015, que han dado lugar a la presentación de los documentos preliminares 7A y 7B al Consejo marzo 2015. Además, la Unión Europea apoya decididamente este proyecto que considera prioritario para los próximos años. La conclusión nº 4 es que continúe trabajando el Grupo de trabajo en este “*priority topic*”, en principio con una larga reunión en octubre, para que pueda presentar sus conclusiones al próximo Consejo de 2016 con el objetivo de que pudiera adoptarse un acuerdo para que se reuniera una Comisión Especial para la preparación del Convenio. ¿Podrá ser éste el próximo Convenio de La Haya?

22. Un segundo tema que se sitúa entre las prioridades es el de las cuestiones de Derecho internacional privado relativas al estatuto de los niños, incluidas las cuestiones que surgen como consecuencia de los contratos internacionales de maternidad por sustitución. La opinión del Presidente en el Consejo marzo 2015 fue que había habido consenso para considerar este tema entre las prioridades y que podrían utilizarse los recursos que en 2015 se utilizan para la Comisión Especial sobre la aplicación del Convenio en materia de adopción⁴⁴. Es evidente que se está produciendo un notable incremento de las maternidades por sustitución (madres de alquiler) y que, en el último año, en varios países han sido más numerosas las maternidades subrogadas que las adopciones. Debe recordarse, no obstante, que se trata de un tema muy sensible que depende de cada país y de sus tradiciones culturales y religiosas, lo que produce una gran división en las opiniones al respecto. En este caso merece subrayarse que la Unión Europea carece de competencia en la materia, por lo que son los Estados miembros los que manifiestan su opinión, que abarca todo el arco de posibilidades, desde el apoyo manifiesto a la oposición más radical, pasando por posiciones más matizadas, como la de España. Pero no queda clara, por ejemplo, la postura de Rusia o de la India, que es importante a efectos prácticos. A pesar de la prioridad, por el mo-

⁴⁴ Nota de A. Borrás, en *REDI*, 2015, 2, en prensa.

mento se ha de constituir un grupo de expertos para que pueda presentar su informe al Consejo en 2016. ¿Hay posibilidades para un Convenio en esta materia en un periodo razonable que justifique la prioridad?

23. Sobre otras materias, se continúan los trabajos pero sin el carácter prioritario que tienen los dos anteriores. Se trata de cuestiones que se mantienen en el orden del día, pero su situación y los posibles trabajos difieren en cada caso. Habiéndose hecho ya referencia a la cuestión de la utilización de las modernas tecnologías en la obtención de pruebas en el extranjero, las cuestiones que se encuentran en esta situación son las siguientes:

i) Reconocimiento y ejecución de medidas civiles de protección ordenadas en el extranjero. Durante el último año solamente se han obtenido informaciones importantes sobre estadísticas y Derecho comparado⁴⁵. En este caso, debe añadirse el dato de la existencia del Reglamento 606/2013, de 12 de junio, sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil⁴⁶, que se aplica desde 11 enero 2015 y, por tanto, entiende la Comisión Europea que hay que esperar a ver la experiencia de su aplicación. Ante todo ello, aunque se destaca la importancia del tema y el deseo de que no sea abandonado, simplemente se continuará obteniendo información, matizándola simplemente por la existencia de recursos disponibles por la Oficina Permanente.

ii) Reconocimiento y ejecución de los acuerdos en las disputas internacionales relativas a los niños. En realidad, el tema se ha dejado un poco al margen, dando prioridad al examen del funcionamiento de los Convenios de La Haya de 1980 (en particular, en lo que se refiere a su art. 13.1º.b) y de 1996. En el Consejo se acordó que el Grupo de expertos, del que forma parte la Prof. Cristina González Beilfuss, se reúna nuevamente y que la Oficina Permanente informará sobre la situación en 2016.

iii) Cooperación en materia de protección de los turistas y visitantes extranjeros

Esta propuesta de Brasil, apoyada por otros países de América Latina, no recibe el apoyo de la Unión Europea y que presente dudas a otros países, como Suiza o Canadá que vuelven a manifestar que creen más idóneo que este tema se abordara en la Organización Mundial de Turismo, aunque esta organización de se muestra favorable a ello. En este caso, el resultado es curioso, ya que ante el hecho de que la Oficina Permanente no dispone de fondos para continuar los

⁴⁵ Que han dado lugar al Documento preliminar nº 4 del Consejo de 2015.

⁴⁶ DO L 181 de 29.6.2013.

trabajos sobre las posibilidades del proyecto, Brasil se ofrece para financiar el pago de un experto, lo que resulta una novedad un tanto discutible en la perspectiva de los trabajos de la Oficina Permanente.

24. Además de las materias a que se hace referencia en los apartados anteriores, hay otros temas cuya situación es más precaria:

i) Competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones respecto a parejas no casadas. Se trata de un tema para el que sería necesario encontrar soluciones, pero que resulta muy sensible. Es esta la razón que lleva a que el tema se mantenga en el orden del día, pero se milite la actividad a que la Oficina Permanente prepare un cuestionario y que informe al Consejo en 2017. Cabe preguntarse si este tema es más delicado que el de la maternidad por sustitución y, en consecuencia qué futuro espera a un proyecto tan sensible.

ii) Acceso al contenido del Derecho extranjero y necesidad de crear un instrumento mundial en este ámbito. Se trata de un tema recurrente y en el que las posturas se mantienen invariables. Mientras la Unión Europea y la propia Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya fueron siempre favorables al tema, determinados Estados (entre ellos Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, Japón, o China) se opusieron siempre. En el Consejo de 2015, lamentablemente, aún reiterando el interés del tema, se retira del orden del día al verse imposible cualquier avance. Se trata, sin duda, de una consecuencia de la utilización del consenso, pero también resulta una manifestación de la posibilidad de un Convenio que luego no recibiría amplia aceptación. No obstante, en las conclusiones se deja abierta la posibilidad de volver a este tema, destacando así que el tema no se retira por falta de interés, sino de apoyo.

VII. La posición española

25. España ha tenido siempre una participación activa en la Conferencia de La Haya desde sus primeros trabajos en 1893⁴⁷. De la misma forma, es uno de los Estados que participa en un número más elevado de Convenios de la Conferencia de La Haya, bien directamente, bien a través de la aprobación por la Unión Europea en los supuestos más recientes. No obstante, hay dos Convenios en los que resulta injustificada la no participación española. Se trata del Convenio de 1 julio 1985 sobre ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento y del Convenio de

⁴⁷ De forma general, sobre estas relaciones, A. Borrás, “La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Problemas actuales y participación española”, *España y la práctica del Derecho internacional. LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC* (J. Martín y Pérez de Nanclares, Dir.), Madrid, Colección Escuela Diplomática, 2014, pp. 269 ss.

13 enero 2000 sobre protección internacional de adultos, a que antes se ha hecho referencia. Esta opinión no es nueva. Ya en una nota de 2002 dirigida a la entonces Ministra de Asuntos Exteriores por Julio D. González Campos y Alegría Borrás se decía “Finalmente, los firmantes sugieren el interés que para España tendría la firma y ratificación de dos Convenios de La Haya. Se trata, en primer lugar, del Convenio de 13 enero 2000 sobre protección internacional de adultos, lo cual ya ha sido solicitado por la Comisión General de Codificación, teniendo en cuenta la posición de España como Estado de recepción de personas de edad avanzada que escogen nuestro país para pasar sus últimos años. En segundo lugar, se trata del Convenio de 1 julio 1985 sobre ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento, teniendo en cuenta los problemas detectados por los operadores jurídicos al no conocer nuestro ordenamiento esta institución y enfrentarse a supuestos en que el *trust* deba producir ciertos efectos en España”. A partir de esa fecha se ha reiterado varias veces el interés de estos Convenios. En ambos casos, se ha iniciado el procedimiento para que España se incorporara a ambos textos, pero en cada caso se han producido problemas diversos que deberían solucionarse.

26. En el caso del Convenio sobre protección de adultos, se entendió que el Convenio de La Haya podría interferir con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, del que España es parte desde 2008⁴⁸. Esta afirmación es falsa, puesto que esta Convención constituye un texto de protección de derechos humanos, mientras que el Convenio de La Haya constituye un tradicional Convenio sobre competencia de autoridades, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias y cooperación de autoridades. Incluso consultado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya el correspondiente Departamento de Naciones Unidas, la respuesta fue que no hay interferencia alguna.

27. En lo que se refiere al Convenio sobre *trust*, la conveniencia de que España se incorpore deriva de diversas razones. En primer lugar, el hecho de que nuestra legislación no conozca, como otros Estados pertenecientes a la familia jurídica de Derecho civil, la institución del *trust* constituye la primera razón para impulsar la adhesión al Convenio. Este Convenio ha querido ser un “puente” entre los dos grupos de familias jurídicas, el *common law* y los sistemas de Derecho civil, y, por incluir reglas precisas sobre el Derecho aplicable al *trust* y su reconocimiento, a quien más beneficia es precisamente a los Estados cuyos ordenamientos, por desconocer el *trust*, carecen lógicamente de normas de Derecho internacional privado en esta materia.

⁴⁸ BOE, 21-IV- 2008.

En segundo lugar, los Estados miembro de la Unión Europea que, como España, carecen de tal normativa respecto al Derecho aplicable al *trust*, sin embargo están obligados a aplicar las normas especiales de competencia judicial sobre dicha institución incluidas en los instrumentos comunitarios y en el Convenio de Lugano, por lo que la incorporación por España del Convenio de 1985 evitaría la actual asimetría entre normas de competencia judicial y normas sobre Derecho aplicable, al permitir a los órganos jurisdiccionales y los operadores jurídicos españoles contar con normas precisas sobre el segundo de estos aspectos.

En tercer lugar, aunque el *trust* del *common law* sea institución jurídica desconocida en el Derecho español, no lo es en modo alguno en las relaciones privadas internacionales conectadas con nuestro país, lo que ha determinado que los operadores jurídicos españoles hayan tenido que enfrentarse con los problemas que esta institución suscita, en particular si el *trust* comprende bienes sitos en España.

Una cuestión que siempre aparece al tratar del Convenio *trust* es la utilización de los términos *trust* y *trustee* en español y la pretensión de traducirlas a un término jurídico del Derecho civil, con lo que se estaría modificando la institución del *trust*. Puede añadirse que en España se encuentran en vigor instrumentos jurídicos, esencialmente de la Unión Europea, en los que se utilizan los términos *trust* y *trustee*. Puede añadirse que Tribunal Supremo español tampoco ha tenido obstáculo para utilizar los términos *trust* y *trustee*, como es el caso de su sentencia de 30 abril 2008⁴⁹. Finalmente, puede decirse que la doctrina española utiliza sin excepción los términos *trust* y *trustee*, indicando las dificultades que la institución implica⁵⁰.

⁴⁹ STS 1ª 30 abril 2008 (RJ\2008\2685) se señala que las “características del trust son las siguientes a) los bienes del trust constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*, b) el título sobre los bienes del trust se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee* y c) el *trustee* tiene facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes, según las condiciones del trust y las obligaciones particulares que la ley le imponga”. El hecho de que la citada sentencia acabe desconociendo la existencia del *trust* no deriva de ninguna característica de dicha institución sino que se relaciona exclusivamente con la falta de acreditación y prueba del Derecho extranjero, razón por la cual el Tribunal Supremo aplicó el Derecho español.

⁵⁰ En particular, J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor, 2015, en particular, pp. 636 ss y 657 ss. En los estudios monográficos sobre el tema, M.A. Asín, “La ley aplicable al *trust* en el sistema de Derecho internacional privado español”, *Revista General de Derecho*, nº 547, 1990, pp. 2089 ss; M. Checa, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, 1998; C. González Beilfuss, *El Trust. La institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, 1997; C. González Beilfuss, “Los Convenios de Bruselas y Lugano y el *trust*: propuestas de modificación”, *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española* (A. Borrás, ed.), Madrid, 1998, pp. 301 ss; N. Ubertazzi, “El *trust* en el Derecho internacional privado italiano y español”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 199-219; M. Virgós, *El trust y el Derecho español*, Madrid, 2006.

28. Particular interés para España tiene la utilización del español en la Conferencia de La Haya. Aún no siendo lengua oficial, carácter que sólo tienen el francés y el inglés, el español ha adquirido, de hecho, el rango de tercera lengua de trabajo de la Conferencia. Piénsese que fue en 2002 cuando, por primera vez en un Acta final, se manifestó el interés en que las negociaciones para la preparación de un Convenio en materia de alimentos se realizaran también en español. Este resultado se alcanza tras un largo camino. Fue Julio D. González Campos quien, en 1988, cuando presidió la Comisión de Asuntos Generales, mencionó la importancia del uso del español, atendiendo a la creciente participación de países de América Latina⁵¹ y que no fue hasta 2002 cuando, por primera vez, el español fue mencionado en el acta final de la Sesión, al lanzar los trabajos en materia de alimentos, indicando que el Secretario General deberá tratar de conseguir “que todos los procesos implicados sean inclusivos, y, en la medida de lo posible, se disponga de traducción al español de documentos clave y facilidades para la interpretación al español en sesiones plenarias”⁵².

Debe tenerse en cuenta que el español es la tercera segunda lengua más hablada en el mundo (tras el inglés y el francés), lo que es una cosa distinta de ser una lengua más o menos hablada, algo que determinados países niegan sistemáticamente. Ha sido así una larga labor, con traducciones coordinadas, en lo posible, con los americanos⁵³. El resultado fue la publicación de una traducción de los Convenios de La Haya hasta 1993⁵⁴, con una amplia introducción en que se explican las características de la obra, su origen y las opciones realizadas. Con posterioridad, se ha publicado una segunda edición de la obra, completada con los Convenios concluidos hasta 2007, es decir, todos los adoptados desde 1951 hasta 2007⁵⁵. Fruto de ello es también la página web de la Conferencia en español, que me cupo el honor de inaugurar⁵⁶.

Este trabajo se ha visto facilitado por la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores y, en particular, por la Dirección General de Asuntos Consulares, la Asesoría Jurídica Internacional y la Oficina de Interpretación de Lenguas.

⁵¹ Sobre las dificultades y reacciones, *Actes et documents de la Seizième Session 3 au 20 octobre 1988*, t. I (Matières diverses), pp. 275-276.

⁵² Vid. Acta final de la decimonovena Sesión, de 13 diciembre 2002, *Actas y Documentos de la Décimo Novena Sesión*, de 13 diciembre 2002 (*Proceedings of the Nineteenth Session*), t. I, *Miscellaneous Matters*, pp. 35-47, en p. 45.

⁵³ Sobre el problema, vid. la nota de A. Borrás, “Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, 1990, 2, pp. 703 ss.

⁵⁴ J.D. González Campos y A. Borrás, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993). Traducción al castellano*, Madrid, 1996.

⁵⁵ A. Borrás y J.D. González Campos, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, 2ª ed. rev., Madrid, 2008.

⁵⁶ Puede verse en “Noticias & Acontecimientos” de dicha página, 31-03-2009, “Official launching of the Spanish section of the HCCH website by Mrs. Alegría Borrás”).

Pero, además de esta colaboración, son necesarios unos fondos para el mantenimiento del español en la Conferencia, según resulta de los presupuestos enviados en diferentes ocasiones por su Oficina Permanente. España ha colaborado generosamente dentro del marco del presupuesto extraordinario. La situación económica actual lleva a poner el acento en la necesidad de continuar en esta línea, puesto que si no hay continuidad, el trabajo realizado hasta la fecha para incrementar el uso del español puede perderse. Es preciso un interés político que se traduzca en la puesta a disposición de los fondos necesarios. Aunque algunos países hispanoparlantes han iniciado una ayuda, es pequeña y no permite ni utilizar el español en las reuniones ni traducir a esta lengua todos los documentos, como sería de desear⁵⁷. Puede añadirse en este punto que en la selección del nuevo Secretario General no fue reconocido a nuestra lengua un status especial, sino junto con el conocimiento de cualquier otra lengua.

VIII. Consideraciones finales

29. El repaso de las actividades realizadas durante 2014 y la situación resultante, examinada con un cierto detalle en el Consejo de Asuntos Generales marzo 2015, no permite llegar a una conclusión nítida sobre la Conferencia de La Haya, su situación actual y su camino en el futuro. Es cierto que se ha trabajado mucho, se han reunido diversos grupos de trabajo y grupos de estudio, se han elaborado diversos documentos, la Oficina Permanente ha hecho todo lo que ha estado en sus manos para el éxito de los Convenios existentes, etc. Pero ¿se ha avanzado realmente?

La respuesta no es fácil. Bien es cierto que ha servido para tomar conciencia de que hay que priorizar algunos temas y de que hay que adquirir una “cultura del consenso”. Pero, como se ha visto, no resulta claro que los temas que se han priorizado vayan a encontrar un resultado positivo en un tiempo razonable. Tampoco está claro que el consenso vaya a funcionar mejor en los próximos tiempos, teniendo en cuenta las posiciones de los Estados y el papel de la UE.

En este contexto, la posición española tampoco es fácil, ni para el legislador ni para los jueces, que deben aplicar muchas y diversas normas, convencionales y de la UE, con malos mecanismos internos para facilitar su aplicación.

La consecuencia final es que 2014 no da lugar a mucho optimismo.

⁵⁷ De hecho, en el Consejo de la Conferencia no es posible utilizar el español y muchas traducciones de documentos se realizan de forma altruista.

INSERTAR CUADRO

CONVENCIÓN SOBRE LOS ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO DE 2005

María Elena MANSILLA Y MEJÍA *

SUMARIO: Introducción. I. Generalidades sobre la normatividad de la Convención de 2005. II. Análisis de los aspectos fundamentales. 1. Acuerdo exclusivo de elección de foro. 2. Sujetos del acuerdo. 3. Objeto de los acuerdos. 4. Naturaleza Jurídica. 5. Requisitos del acuerdo. 6. Forma del Acuerdo. 7. Materia en Conflicto, del Contrato Principal. 8. Materias excluidas; A) Situaciones regidas por Convenciones especiales; B) Situaciones de especial trascendencia. 9. Internacionalidad. 10. Exclusividad del acuerdo. 11. Documentos que deben presentarse. IV. Función de los tribunales de los Estados contratantes. 1. Reconocimiento y ejecución. 2. Competencia de los tribunales elegidos. 3. Limitación de la competencia. 4. Limitación al reconocimiento y ejecución de una resolución. 5. Exclusión de una materia. 6. Obligaciones de un Tribunal no Elegido. IV. Declaraciones recíprocas sobre acuerdos no exclusivos de elección de foro. V. Consideraciones finales y conclusiones.

RESUMEN: La ponencia sobre los Acuerdos de Elección de Foro del 30 junio 2005, se inicia con una introducción sobre el tema. A continuación en una primera parte, se presenta en forma genérica la Convención. La segunda parte está referida al análisis de dos aspectos fundamentales de la Convención, tales como los elementos del acuerdo, su naturaleza jurídica, la forma de celebración, así como, la función de los tribunales elegidos y los no elegidos, las declaraciones interpretativas y el derecho aplicable.

PALABRAS CLAVE: AGREEMENT – CONVENCIÓN – ELECCIÓN DE FORO – DECLARACIONES – COMPETENCIA.

ABSTRACT: *This presentation of the June 30th, 2005 Convention of Choice of Court Agreements will begin with a brief overview and introduction of the topic. The introduction will be followed by a generic presentation of the Convention. The second part will be an analysis of the fundamental aspects of the Convention such as the elements of the agreements, their jurisdiction nature and ways of carrying them out, the role of the jurisdiction of the chosen and no chosen courts, the acceptance or denied execution, the interpretative declarations, and the applicable law.*

KEYWORDS: CONVENTION – CHOICE OF COURT – DECLARATIONS – COMPETENCE – AGREEMENT.

* Doctora en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México y Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

I. Introducción

En toda situación, en todo momento y en todo fenómeno o acontecer natural y cultural, siempre habrá un antecedente y un consecuente, realidad a la que no ha sido ajeno el Derecho y particularmente el Derecho internacional privado. Es sobre esta premisa que en el mundo de las relaciones jurídicas internacionales se han creado dos Convenciones Sobre los Acuerdos de Elección de Foro, tarea que ha realizado la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. El primer Convenio es del 25 noviembre 1965, y el segundo del 30 junio 2005. ¿Qué ha ocurrido entre 1965 y 2005 además de haber transcurrido cuarenta años de los cuales quince han corrido paralelamente en ambos documentos? ¿Por qué sí el primer documento no entró en vigor, la Conferencia de La Haya decidió proponer una nueva Convención?

Una posible respuesta es el incremento de las relaciones internacionales, respuesta a la que se sumaría, la necesidad cada vez mayor de regular la libertad de las partes y sus limitaciones, la competencia y obligaciones de los tribunales, así como la efectividad de las resoluciones mediante su reconocimiento y ejecución, lograr esto último sería el éxito absoluto de un litigio, llegar a él requiere cumplir una serie de etapas y requisitos.

Sí se analiza la trayectoria de la Conferencia durante los cuarenta años transcurridos se concluye que en tal período fueron celebradas seis conferencias que en forma directa o indirecta contribuyeron a la creación del nuevo Convenio. Con el fin de hacer concreta la referencia se enunciaran las seis Convenciones celebradas entre 1971 y 1985:

– Convenio XVI, del 1º febrero 1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial.

– Protocolo al Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, bajo el número XVII, del 1º febrero 1971.

– Convenio XX, del 18 marzo 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

– Convenio XXVII, del 14 marzo 1978 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y de Representación.

– Convenio XXIX, de 25 octubre 1980 para facilitar el Acceso Internacional a la Justicia.

– Convenio XXX, del 1º julio 1985 sobre la Ley aplicable al Trust y a su Reconocimiento.

De estas Convenciones, las que directamente dieron fundamento y desarrollaron la Convención de 2005, fueron la XVI, XVII, XX y XXIX, al aportar la cooperación internacional. Las otras dos Convenciones XXVII y XXIX, indirectamente permitirían resolver algunos de los problemas que surgieran al aplicar la Convención Sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005. A lo anterior se suma, la reunión celebrada por la Conferencia en noviembre de 2012 con el fin de estudiar los principios de La Haya en materia de Contratos Internacionales, cuya idea central es la aplicación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, principio rector del Acuerdo de Elección de Foro de 2005.

A manera de corolario, la Conferencia de La Haya en su afán de hacer diáfanas las disposiciones de la Convención y lograr su vigencia, ha estudiado minuciosamente cada dispositivo, lo ha ejemplificado, ha presentado los posibles problemas y las soluciones, a grado tal que el trabajo realizado puede calificarse como una verdadera filigrana jurídica.

II. Generalidades sobre la normatividad de la Convención de 2005

La Convención tiene 34 artículos de los cuales 26 regulan los acuerdos de elección de foro. Cada una de estas normas está dedicada a una situación diferente, lo que manifiesta los múltiples aspectos que se pueden presentar.

Los otros 8 dispositivos se refieren a los puntos propios de las convenciones de derecho internacional privado. En tal sentido comprenden el planteamiento y la solución de los aspectos que la Conferencia de La Haya consideró indispensable abordar, por lo que los 34 artículos los dividió en cinco capítulos.

En el primer capítulo la Convención regula cuando procede aplicarla y la indispensable definición de los conceptos fundamentales, como: acuerdo exclusivo de elección de foro, e internacional, lo que permite conocer con precisión su significado evitándose así las interpretaciones subjetivas. Define también lo que debe entenderse por resolución, de la que aclara que es toda decisión de fondo dictada por un tribunal, cualquiera que sea el nombre que se le de, en esta definición incluye sentencias y autos. Determinados el ámbito de aplicación y los conceptos, era indispensable precisar sus límites y el vínculo necesario para aplicar la convención, vínculo que basó en la residencia de los sujetos.

El capítulo II está dedicado a la competencia del tribunal elegido, a lo que suma las obligaciones que tiene un tribunal no elegido, incluir este punto en un Convenio de elección de foro parecería ilógico, sin embargo, es a través de ambas figuras

como se percibe con claridad la diferencia entre uno y otro foro y los beneficios que proporcionan, por lo que lejos de ser ilógica su inclusión es complementaria, al regular un nuevo supuesto para reconocer y ejecutar una resolución de fondo. Concluye el capítulo con el enunciado de las medidas provisionales y cautelares, aspectos que la Convención no regula, por lo que las partes pueden incluirlas o no y el Estado puede aceptarlas o desecharlas.

El capítulo III es muy amplio por comprender las siete situaciones siguientes: El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones emitidas por el tribunal exclusivo, los casos de denegación del reconocimiento y ejecución, las cuestiones preliminares, la procedencia de daños y perjuicios, la posibilidad de una transacción y su exigibilidad. Regula también el procedimiento a seguir, el derecho que lo regirá y los documentos que se deben presentar con la demanda. Respecto a la ejecución contempla la divisibilidad de su cumplimiento por resultar imposible realizarla en su totalidad, tal ejecución parcial debe ser solicitada por la parte interesada.

El capítulo IV de la Convención es también de gran amplitud por abarcar once aspectos: tales como las disposiciones transitorias en las que se refiere a la irretroactividad, con lo que aclara el momento a partir del cual es posible aplicar la Convención. Regula también los problemas que se pueden presentar con los seguros, los reaseguros y la posibilidad de aplicarles la Convención, aspecto que es muy interesante, ya que el documento establece que debido a que el seguro o el reaseguro no están excluidos de la aplicación del Convenio, es posible aplicarlo tangencialmente, a una materia excluida, a través de una no excluida. Por ejemplo, la materia de alimentos está excluida del ámbito de aplicación del Convenio, sin embargo, si el deudor alimentario adquirió el compromiso de pagarlos y tomó un seguro para que, en caso de ser necesario, se cubriera por ese medio la obligación alimentaria, a esta nueva relación jurídica derivado del seguro, sí se le aplicaría la Convención.

Con el fin de agilizar el procedimiento, la Convención exenta del requisito de legalización o apostillamiento.

La Convención carece de la cláusula de reserva, por lo que en su lugar establece la posibilidad de que los Estados hagan en cualquier momento, declaraciones interpretativas respecto a la: i) limitación de la competencia; ii) limitación del reconocimiento y ejecución; iii) ampliación de materias específicas y; iv) declaraciones recíprocas sobre acuerdos no exclusivos de elección de foro.

Los últimos puntos que regula el capítulo IV, son la interpretación y la uniformidad. Respecto a la interpretación dispone que debe estar siempre presente la naturaleza internacional de la relación jurídica, por ser éste un requisito *sine qua non* del acuerdo. En cuanto a la uniformidad en la aplicación del Convenio, es evidente que de esta forma se da seguridad jurídica a las partes.

Se prevé también revisar el funcionamiento práctico de la Convención, medio por el cual se verificara el grado de utilidad y beneficios que reporte, esto con el fin de su modificación o actualización. El capítulo IV concluye con la regulación de los sistemas jurídicos no unificados y la relación que tenga o pueda tener la Convención con otros documentos internacionales con el fin de armonizarlos.

El capítulo V comprende las cláusulas que se incluyen siempre en toda convención de derecho internacional privado: como la firma, ratificación, aceptación, aprobación y adhesión. Las declaraciones sobre los sistemas jurídicos no unificados, las Organizaciones Regionales de Integración Económica y su adhesión, el inicio de vigencia, las declaraciones, la denuncia y la notificación al depositario.

Los idiomas son el francés y el inglés lenguas oficiales de la Conferencia de La Haya.

II. Análisis de los Aspectos fundamentales de la Convención

El art. 1º párrafo “1” dispone que la Convención “...se aplicará en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro que se celebren en materia civil o comercial...” por lo tanto la Convención en estudio, es producto de un acto contractual celebrado entre Estados con el fin de regular el acuerdo que dos o más personas celebren, a efecto de elegir un tribunal que dirima sus conflictos”.

Acorde a lo anterior, será necesario determinar que es un acuerdo exclusivo de elección de foro, analizar sus elementos los requisitos que se deben satisfacer para que el acuerdo sea internacional, las obligaciones que adquieren las partes, la función que desarrollan los Estados parte y las obligaciones que asumen al aplicar la Convención.

En este orden de ideas, se debe atender a los sujetos celebrantes, el objeto que persiguen, la naturaleza del acuerdo, y la forma que debe revestir. Esto por lo que corresponde a los sujetos, pero ¿qué ocurre con los tribunales?, dilucidar esto requiere dar respuesta a las siguientes interrogantes:

¿Pueden los tribunales elegidos aceptar que personas privadas los obliguen a ejercer una competencia exclusiva para conocer de un litigio?

¿Existen límites a esa libertad de elección?

¿Puede el tribunal elegido negarse a cumplir el acuerdo?

De aceptar la competencia, ¿a qué está obligado el tribunal elegido?

¿Participan o pueden participar otros tribunales?

¿Un tribunal que no fue elegido interviene en algún momento?

De intervenir, ¿cómo se lleva a cabo tal participación?

¿Cuál es el fin último de los acuerdos de elección de foro?

Aplicar debidamente la Convención, exige responder a tales cuestionamientos, lo que conduce al análisis de los dispositivos correspondientes.

1. Acuerdo Exclusivo de Elección de Foro

Este punto es un elemento fundamental de la Convención, por lo que es necesario determinar su significado, mismo que se encuentra en el art. 3º que dispone:

“A efectos del presente Convenio:

a) Acuerdo exclusivo de elección de foro significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que cumple con los requisitos establecidos por el apartado c) y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal”

De éste concepto tan amplio, derivan elementos de los cuales al primero que se hará referencias es al de las partes o sujetos del acuerdo.

2. Sujetos del Acuerdo

Respecto a los sujetos o partes del acuerdo la Convención dispone que, numéricamente pueden ser dos o más, y las personas que lo celebren pueden ser físicas o jurídicas. A las físicas las regula en el punto 2 del art. 1º y a las jurídicas en el art. 4º párrafo 2, incisos a), b), c) y d). Tales normas disponen:

“Art. 1 (...)

2) A los efectos del capítulo II una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado”

En realidad esta norma no alude expresamente a las personas físicas, sin embargo así se deduce por exclusión, debido a que el art. 4º, párrafo “2”, incisos a), b), c) y d) sí se refieren concretamente a la entidad o persona que no sea física, por lo que a contrario sensu, el artículo “1” párrafo “2” obviamente se refiere a la residencia de las personas físicas. Al efecto textualmente dispone el art. 4º lo siguiente:

“Art. 4º (...).

2) “A los efectos de la presente convención se entenderá que una entidad o persona que no sea persona física tiene su residencia en el Estado:

- a) De su sede estatutaria
- b) Bajo cuya ley se haya constituido
- c) De su administración central; o
- d) De su establecimiento principal”

En conclusión, los sujetos o partes del acuerdo de elección de foro, tienen como elemento vinculante la residencia, pueden ser personas físicas o jurídicas y deben tener capacidad para actuar, de lo contrario el acuerdo celebrado será nulo, situación que también se presentará si las partes incurren en una causal de nulidad establecida en la ley del tribunal elegido o del tribunal de origen.

En este orden de ideas, las partes al celebrar el acuerdo, deben satisfacer los requisitos de su propia ley y los requisitos de la ley del tribunal elegido, con el fin de tener la certeza de cumplir con las exigencias de capacidad, de residencia y de no ubicarse en un supuesto de nulidad o de denegación del reconocimiento y ejecución de lo resuelto por el tribunal.

3. Objeto de los Acuerdos

El objeto de los acuerdos de elección de foro exclusivo, consiste en que serán únicamente los tribunales elegidos, con exclusión de cualquier otro, los que conocerán de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir en la interpretación, aplicación o ejecución del contrato principal celebrado por las partes, tal como lo dispone el inciso a) del art. 3 de la Convención.

4. Naturaleza Jurídica de los Acuerdos

Los acuerdos tienen una naturaleza compleja: son actos jurídicos internacionales, preventivos, independientes del contrato principal respecto a su validez y eficacia, y accesorios del acto jurídico contractual previamente celebrado por las partes.

Tal naturaleza se desprende del art. 3º inciso “d” que dispone:

- d) “Un acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato será considerado un acuerdo independiente de las demás cláusulas del mismo. La validez del acuerdo exclusivo de elección de foro no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato no es válido”

En conclusión, el acuerdo por el cual las partes designan un tribunal exclusivo, al ser independiente, tiene vida propia, lo que conduce a que la ley del tribunal elegido en el acuerdo, determinara la validez del contrato principal y del propio acuerdo de elección, la capacidad de las partes y en su momento declarará la nulidad, o reconocerá y ejecutará la resolución correspondiente.

5. Requisitos del Acuerdo

El acuerdo debe satisfacer los requisitos siguientes: i) debe celebrarse en forma escrita, o por un medio que permita su consulta posteriormente; ii) la materia en conflicto del contrato principal, debe ser mercantil o civil; iii) no referirse a las materias excluidas; iv) sólo se aplicará en situaciones internacionales y; v) debe designar el foro exclusivo

6. Forma del Acuerdo

Respecto a este requisito el art. 3º, inciso “c” dispone:

“Un acuerdo exclusivo de elección de foro debe ser celebrado o documentado:

- i) Por escrito, o
- ii) Por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta”

El acuerdo celebrado por escrito tiene el beneficio de ser una prueba fehaciente de su existencia. Respecto al segundo requisito, tiene como origen la posibilidad de que el acuerdo se lleve a efecto vía electrónica, razón por la cual se exige el requisito de tener la facilidad de consultarlo después de su celebración, requisito que indudablemente se incluyó en la convención con fines probatorios de la realización del acuerdo, a efecto de dar seguridad a las partes y formalidad al acto.

7. Materia en Conflicto, del Contrato Principal

Este segundo requisito exige que la materia del contrato principal, causa del litigio, debe ser mercantil o civil. En cumplimiento de esta limitación, y con el fin de ser más específico, el artículo “2” contiene las materias a las que no se aplica la Convención, pese a que su naturaleza es mercantil como ocurre con el transporte de pasajeros, o con las situaciones del derecho familiar cuya naturaleza es civil.

8. Materias Excluidas

Es de gran importancia determinar los supuestos jurídicos en los cuales las partes no pueden elegir el foro. Tal exclusión es lógica por tratarse de situaciones, en las que por su naturaleza se rigen por convenciones especiales, o bien su trascendencia social y humana es tal que no puede quedar a la decisión de las partes la elección del tribunal.

La Convención concretamente señala los supuestos excluidos que se pueden dividir en:

- Situaciones regidas por Convenciones especiales
- Situaciones de especial trascendencia

A) Situaciones regidas por Convenciones especiales

Es natural que, si una materia ya ha sido objeto de regulación especial en otra convención, no se le aplique el Convenio de Elección de Foro. En tal situación se encuentran las siguientes materias:

- Convenios de insolvencia
- Transporte de pasajeros y mercaderías
- Contaminación y las diversas responsabilidades en materia marítima
- Obstáculos a la competencia
- Responsabilidad por daños nucleares
- Daños corporales o morales
- Responsabilidad extracontractual por daños a bienes tangibles
- Derechos reales sobre inmuebles
- Validez, nulidad y disolución de personas morales
- Propiedad intelectual, salvo derechos de autor y conexos así como la violación a los contratos ya iniciados
- Validez de las inscripciones en el registro público.

B) Situaciones de Especial trascendencia

En cuanto a las situaciones de especial trascendencia social y humana, la Convención excluye las materias que por su naturaleza deben resolverse en el tribunal que designe la ley. En tal sentido, no se rigen por la Convención los problemas de:

- Familia y domésticos
- Contratos de trabajo individuales y colectivos
- Estado y capacidad de las personas
- Obligaciones alimentarias
- Regímenes matrimoniales y las situaciones que deriven del matrimonio o de relaciones similares
- Testamentos y sucesiones

9. Internacionalidad

Como tercer requisito la Convención dispone que sus normas sólo se aplicaran en situaciones internacionales, por lo que es necesario determinar cuando el conflicto será internacional. Al respecto el art. 1º, en los párrafos 2 y 3 aclara cuando el conflicto es internacional, textualmente se transcriben:

“Art. 1 (...)”

2) A los efectos del Capítulo II, una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre estas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado”

3) A los efectos del Capítulo III una situación es internacional cuando se solicite el reconocimiento o la ejecución de una resolución extranjera”.

Nótese que la internacionalidad tiene dos supuestos: El primer supuesto se fundamenta en el párrafo “2” del art. 1º con base en la residencia de las personas físicas, y se determina la residencia de las personas jurídicas, con fundamento en el art. 4º, párrafo “2” incisos a, b, c y d. El segundo supuesto de internacionalidad del acuerdo se encuentra en el párrafo 3º del art. 1º que se actualiza en el momento en que se solicita el reconocimiento o ejecución de una resolución extranjera.

En conclusión la internacionalidad se basa: en la residencia de los sujetos o en la solicitud que se presenta al tribunal extranjero

10. Exclusividad del Acuerdo

Lo característico de un acuerdo de elección de foro es que sea único, lo que significa que sólo el tribunal designado será el competente para resolver el litigio como lo dispone concretamente el art. 3º, en el inciso b).

“Art. 3º

b) Un acuerdo de elección de foro que designe a los tribunales de un Estado contratante o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario”.

Nótese que esta norma de la Convención distingue las dos posibilidades de exclusividad cuya elección, al quedar a cargo de las partes, hace efectivo el principio de autonomía de la voluntad. En este orden de ideas, las partes del acuerdo: i) Pueden determinar como foro exclusivo, en términos amplios, los tribunales de un Estado o; ii) Elegir especialmente, determinados tribunales de un Estado. A tales foros la Convención los denomina específicos

Un punto importante a destacar es que, si un foro es designado en cualquiera de las formas señaladas será considerado foro exclusivo, por lo que sí las partes no quieren tal exclusividad tendrán que expresarlo así en el acuerdo.

11. Documentos que deben presentarse

Es obvio que al solicitar el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera, deberán presentarse los documentos que avalen tal petición, los requisitos son los siguientes: Toda resolución debe traducirse al idioma de la autoridad eje-

cutora, estar certificada, y haber causado estado. En el supuesto de que el juicio se haya seguido en rebeldía, deberá probarse en forma fehaciente, que se notificó debidamente al demandado y que éste tuvo la oportunidad para oponerse.

La autoridad ejecutora tiene absoluta libertad para solicitar los documentos que considere necesarios a fin de asegurarse de que se han satisfecho todos los requisitos de la Convención.

Debido a que el asunto puede concluir mediante transacción entre las partes, será necesario que ésta satisfaga los mismos requisitos que se exigen a una resolución.

La Conferencia de La Haya, con el fin de facilitar el reconocimiento y ejecución de una resolución, instrumentó dos formularios, uno de transmisión y otro de acuse de recibo. Ambos documentos contienen los requisitos necesarios que permitirán a la autoridad requerida, desahogar rápidamente el pedimento. Los formularios son importantes porque dan homogeneidad a los trámites y a la información.

Analizada la situación de las partes, del acuerdo, y de los documentos que deben presentarse, corresponde ahora analizar la situación de los tribunales.

III. Función de los Tribunales de los Estados Contratantes

Respecto a la función que realizan los tribunales de los Estados contratantes, ante una elección de foro, la Convención regula situaciones diferentes, relativas a:

- El reconocimiento, ejecución de las resoluciones y las causales de su denegación
- La competencia de los tribunales elegidos
- Obligaciones del tribunal no elegido y;
- Las declaraciones que los Estados contratantes pueden hacer sobre acuerdos no exclusivos de elección de foro.

Las situaciones expuestas se refieren a la competencia, a las obligaciones que deben cumplir y a las declaraciones que autoriza la Convención.

1. Reconocimiento y ejecución de las resoluciones y causales de su denegación

Los tribunales de todo Estado parte del Convenio, asumen la obligación de cumplir y ejecutar una resolución, si fueron designados por un acuerdo exclusivo de elección de foro. Este compromiso no es absoluto, ya que también tienen la obligación de no incurrir en una causal de denegación para lo que deberán atender a las siguientes reglas establecidas en los arts. 8, 5 y 9.

De acuerdo con el art. 8; la resolución cuyo cumplimiento es solicitada debe ser válida, reconocida, tener efectos y ser ejecutada en el Estado de procedencia, por lo que aquí se aplica el principio de *locus regit actum*.

La resolución debe ser definitiva, por lo que si ésta se encuentra sub judice por la interposición de un recurso, deberá denegarse su reconocimiento, tal situación no es un obstáculo para su posterior aceptación, ya que una vez resuelto el recurso puede nuevamente solicitarse el reconocimiento y la ejecución. En este supuesto se aplicará el principio de *lex fori*.

De acuerdo con el art. 5º, se denegara también la ejecución cuando no proceda por la materia o por cuantía, sin embargo el tribunal designado transferirá la resolución al foro competente, siempre que su derecho lo permita. En este supuesto se aplicará el derecho del tribunal elegido o principio de *lex fori*.

Finalmente el art. 9º dispone que se denegaran el reconocimiento y ejecución cuando:

- Una de las partes sea incapaz bajo las normas del tribunal elegido
- La notificación hecha al demandado carece de los elementos indispensables de toda demanda
- Al demandado no se le dio tiempo suficiente para preparar su defensa por la premura de la notificación. Sin embargo esta causal de denegación puede ser nulificada por el demandado, si éste no la impugna de acuerdo con el derecho del Estado de origen.
- Si la notificación no cumplió con los requisitos de este acto procesal establecidos en el derecho del Estado requerido
- Si la resolución es el resultado de un fraude al procedimiento o si se viola el orden público del Estado requerido
- Si la resolución es incompatible con una resolución dictada en otro Estado, entre las mismas partes, sobre el mismo objeto y la misma causa.

En esta última causal, para denegar el reconocimiento y la ejecución se deberá además constatar que tal resolución satisface los requisitos para el reconocimiento y ejecución del Estado requerido.

2. Competencia de los Tribunales elegidos

Respecto a los tribunales elegidos, el primer punto de análisis es la competencia, situación que es resuelta por el art. 5.

La regla general que rige la competencia dispone que el tribunal elegido debe conocer y resolver el litigio, por lo que no podrá negarse a ejercer su competencia aún cuando, con fundamento en la figura del *forum conveniens* tuviera competencia otro tribunal.

Esta obligación, es correlativa al derecho que tienen las partes de elegir el foro que deseen, siempre que cumplan con los requisitos de internacionalidad del acuerdo, la residencia de las partes, la materia sea civil o mercantil, y el acuerdo se manifieste por escrito o por otro medio cuya consulta posterior sea posible.

Aún satisfechos los requisitos señalados, el tribunal elegido podrá negarse a conocer del litigio si el acuerdo es nulo, lo que será calificado por la ley del tribunal elegido.

La nulidad y lo expuesto en los arts. 5, 8 y 9 no son los únicos casos en los que procede la negativa para conocer del litigio, la Convención en los arts. 19, 20 y 21 establece tres supuestos en los que, mediante declaraciones interpretativas, se permite al Estado del tribunal elegido, negarse al conocimiento del litigio. Tales negativas, se llevan a efecto mediante la limitación de competencia, limitación al reconocimiento y ejecución de la resolución y respecto a una materia específica.

3. Limitación de la competencia

El art. 19 dispone que, mediante una declaración interpretativa el Estado puede limitar la competencia de sus tribunales en el supuesto de que la relación jurídica en conflicto, no tenga vínculo entre ese Estado y las partes o el litigio.

La limitación expuesta, es perfectamente lógica, ya que la procedencia de la elección de un foro exclusivo exige tener una relación con el Estado cuyo tribunal es elegido. El vínculo podrá ser por la ubicación de los bienes, la residencia de una de las partes o bien el lugar en que deba que ejecutarse la resolución del juez. Al no existir vínculo alguno el Estado tiene la facultad discrecional mediante una declaración interpretativa, de aceptar o de negar a sus tribunales competencia para dirimir la controversia.

4. Limitación al reconocimiento y ejecución de una resolución

El segundo supuesto de limitación a la competencia se encuentra en el art. 20, de acuerdo con ella el Estado parte puede declarar que una resolución no será reconocida ni ejecutada, cuando todos los vínculos de la relación en conflicto, estuvieran conectados con el Estado requerido. Este impedimento ya se encuentra regulado en el art. "1", párrafo "2"

Nótese que esta limitación se refiere a la ausencia del elemento de internacionalidad, sin embargo al basarse, tal impedimento, en una facultad discrecional del Estado, que le permite declarar si reconoce y ejecuta una resolución o se niega a hacerlo, parece desvirtuar el elemento indispensable de la residencia de las personas, situación que aporta el elemento internacional.

5. *Exclusión de una materia*

En este punto, debe recordarse que las materias del conflicto sólo deben ser civiles o mercantiles, y que, el artículo “2” señala los supuestos a los que no se les puede aplicar la Convención, frente a estas disposiciones, la Convención en el art. 21 no limita, por el contrario admite que un Estado, mediante una declaración interpretativa, designe alguna materia en especial en la que no aceptará la aplicación del Convenio, para ello deberá determinar en forma clara y precisa la materia que excluye.

Nótese que los supuestos regulados en los arts. 19, 20 y 21, son facultades que la Convención reconoce a los Estados contratantes para que ellos, discrecionalmente y mediante una declaración interpretativa, decidan limitar o no la aplicación de la Convención.

6. *Obligaciones de un tribunal no elegido*

Este punto parecería un tanto extraño, en una Convención cuyo objeto es regular todo lo relativo a la elección de un foro exclusivo, sin embargo el art. 6º prevé la posibilidad de que, a pesar de existir un acuerdo de elección de foro exclusivo, una de las partes acudiera a un foro no elegido y presentara en él su demanda. Tal conducta, obviamente sería de mala fe, con lo que se transgredirían dos principios: el de buena fe y el de igualdad de las partes.

Ante la presentación de una demanda en un foro distinto al elegido como exclusivo, el art. 6º le impone al tribunal las siguientes obligaciones que debe cumplir:

El tribunal no elegido tiene la obligación inmediata de suspender el procedimiento ya iniciado, o en su caso, debe negarse a recibir la demanda.

Esta regla general tiene cinco excepciones, por lo tanto el tribunal no elegido, ante cualquiera de tales situaciones, tendrá la obligación de conocer del litigio, esto ocurrirá:

- Sí el acuerdo de elección de foro exclusivo es nulo
- Sí una de las partes no tiene capacidad para celebrar el acuerdo
- Sí de cumplirse el acuerdo de elección del foro, se cometería una injusticia, o sí su cumplimiento es contrario al orden público
- Sí por una situación excepcional y fuera del control de las partes, el acuerdo no pudiera cumplirse y,
- Sí el tribunal elegido hubiera resuelto no conocer del litigio. Esta resolución deberá estar debidamente justificada, ya que de lo contrario el foro elegido violaría la principal obligación que el Convenio lo impone, de conocer del litigio.

IV. Declaraciones recíprocas sobre acuerdos no exclusivos de elección de foro

Frente a la libertad de elección de foro exclusivo, la Convención consideró conveniente tomar en cuenta los acuerdos no exclusivos de elección de foro, punto que regula mediante una declaración interpretativa que los Estados parte de la Convención pueden hacer, y de esta forma establecer una situación de reciprocidad.

Es el art. 22 de la Convención el que regula las declaraciones recíprocas sobre acuerdos no exclusivos de foro.

Antes de entrar al estudio de tal norma, surge la pregunta ¿Cuándo se está ante un acuerdo no exclusivo de elección de foro? La Convención dispone que el procedimiento para la elección de un foro no exclusivo, es el mismo que para la elección de un foro exclusivo, en tal sentido, las partes tienen libertad para elegir a los tribunales de un Estado, o bien pueden designar a tribunales específicos de un Estado para que diriman una controversia surgida por un contrato principal. De acuerdo con este procedimiento se estaría ante la elección de un foro exclusivo, por lo que para darle la naturaleza de no exclusivo, las partes deberán declararlo así en forma expresa.

Al efecto, el art. 22 párrafo “1” dispone:

“Un Estado contratante podrá declarar que sus tribunales reconocerán y ejecutarán las resoluciones dictadas por los tribunales de otro Estado contratante, designados en un acuerdo de elección de foro celebrado por dos o más partes que cumpla con los requisitos establecidos en el art. 3º apartado “c” y que designe, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a un tribunal o a los tribunales de uno o más Estados contratantes. (Un acuerdo no exclusivo de foro)”

Nótese que en esta disposición se eliminó el término “exclusivo” y de esta forma se estableció un acuerdo no exclusivo de foro.

En este orden de ideas, el art. 22, dispone que un Estado contratante, mediante una declaración interpretativa puede determinar que sus tribunales tengan competencia para reconocer y ejecutar una resolución emitida por un tribunal que fue elegido por las partes, tribunal que no será exclusivo porque así se estableció al momento de hacer la designación del foro, por escrito o por otro medio consultable en cualquier momento, como lo disponen el art. 3º en las dos últimas líneas del inciso “b” y el inciso “c”.

Aunado a lo anterior, el párrafo “2” del art. 22 dispone que, cuando un Estado que hizo la declaración señalada, solicite a otro Estado que también hizo la misma declaración, la resolución deberá reconocerse y ejecutarse siempre que:

- El tribunal de origen haya sido designado en un acuerdo no exclusivo de elección de foro,
- No exista una resolución dictada por otro tribunal
- No haya un litigio pendiente en otro tribunal entre las mismas partes, sobre el mismo objeto y la misma causa y;
- Al primero que se acudió fue el tribunal de origen

V. Consideraciones finales y conclusiones

Con el fin de cerrar esta participación cabe recordar que el problema fundamental en el Derecho internacional privado, es determinar el Derecho aplicable cuando se presentan puntos de contacto entre diferentes derechos sobre una misma relación jurídica. Este problema parece no existir para quienes se acojan a la Convención, ya que el derecho aplicable lo determinan las partes voluntariamente al elegir el foro, sea éste exclusivo o no.

La situación anterior conduce a que los sujetos de la relación jurídica, deberán tener cuidado en que las normas que rijan el contrato principal y el Derecho que aplique el foro que elijan, estén en armonía, a fin de que los conflictos que pudieran surgir por la aplicación de ambos derechos, solucionen satisfactoriamente la controversia, a efecto de que la resolución que se dicte sea reconocida y ejecutada, fin último y primordial de la Convención.

Conclusiones:

1.— La Convención Sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005 de la Conferencia de La Haya, armoniza los acuerdos exclusivos con los no exclusivos de elección de foro.

2.— Las causales de la Convención que impiden reconocer y ejecutar una resolución, se encuentran en diversas disposiciones, lo cual puede crear confusión y como resultado, su errónea aplicación.

3.— La Convención, a la vez que da libertad a las partes y a la autoridad, también las limita, de esta forma logra un equilibrio benéfico, por lo que de entrar en vigor, su aplicación agilizará la solución de los conflictos que surgieran en las transacciones civiles y comerciales internacionales.

4.— A la fecha sólo han firmado la Convención Estados Unidos, la Unión Europea y México, de los tres países sólo México la ha ratificado.

UNIDROIT: ANTECEDENTES, PROPUESTAS Y REALIZACIONES DE SUS PROGRAMAS DE TRABAJO TRIANUALES (2011–2013 y 2014–2016)

Nuria BOUZA VIDAL *

SUMARIO: I. Contratos comerciales internacionales. 1. Cláusulas modelo para la utilización por las partes de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. 2. Principios de UNIDROIT y contratos de larga duración. II. Garantías mobiliarias sobre bienes de equipo móvil. 1. El Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos. 2. Preparación de un nuevo Protocolo sobre material de equipo agrícola, minero y de la construcción. III. Operaciones en mercados de capitales interconectados y transnacionales. 1. Convenio de Ginebra sobre las normas de Derecho material aplicables a los valores intermediados (2009). 2. Principios relativos a la aplicabilidad de las cláusulas de rescisión–compensación (*close-out netting*) (2013). 3. Guía legislativa relativa a los principios y reglas destinadas a mejorar las transacciones en los mercados financieros emergentes. IV. Derecho privado y desarrollo. Guía legislativa para la agricultura bajo contrato. V. Procedimiento civil transnacional: formulación de reglas regionales. 1. Principios ALI /UNIDROIT sobre procedimiento civil transnacional. 2. Principios ELI (*European Law Institute*) / UNIDROIT sobre procedimiento civil transnacional: Formulación de reglas regionales.

En el año 2013 tuvo lugar la reelección del Secretario General de UNIDROIT¹ y la elección de un nuevo Consejo de Dirección para el periodo 2014 a 2018², así

* Catedrática de Derecho Internacional privado. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

¹ José Angelo Estrella Faria (Brasil) fue nombrado Secretario General de Unidroit en octubre de 2008 y reelegido por un periodo de 5 años más por el Consejo de Dirección en su sesión anual celebrada en mayo de 2013.

² Stefania Bariatti (Italia), Radu Bogdan Bobei (Rumania), Hans–Georg Bollweg (Alemania), Nuria Bouza Vidal (España), Baiba Broka (Letonia), B. Bahadır Erdem (Turquía), Henry D. Gabriel (EEUU), Arthur S. Hartkamp (Países Bajos), Monique Jametti (Suiza), Hideki Kanda (Japón), Miklós Király (Hungría), Alexander S. Komarov (Rusia), Antti T. Leinonen (Finlandia), Lyou Byung–Hwa (República de Corea), José Antonio Moreno Rodríguez (Paraguay), Jan Lambert Neels (Sudafrica), Monika Pauk-

como, la aprobación por parte de la Asamblea General del Programa de trabajo para el trienio 2014-2016. En dicho Programa se mantienen las mismas líneas de actuación que en el trienio anterior (2011-2013): contratos comerciales internacionales, garantías mobiliarias sobre bienes de equipo móvil, operaciones en mercados de capitales interconectados y transnacionales, y Derecho privado y desarrollo, al que se añaden algunas nuevas propuestas : reglas regionales para el procedimiento civil transnacional.

I. Contratos comerciales internacionales

Uno de los instrumentos elaborados bajo los auspicios de UNIDROIT que ha suscitado un mayor interés y aceptación por parte de la comunidad jurídica y económica internacional han sido los *Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*³. Se trata de una codificación “privada” o *restatement* (no obligatoria para los Estados) de la parte general del Derecho de los contratos en cuya elaboración han participado juristas procedentes de distintas áreas geopolíticas y representantes de los principales sistemas jurídicos del mundo. Editados por primera vez en 1994 han sido objeto de posteriores reformas y ampliaciones en 2004 y 2010.

El resultado final ha sido un conjunto coherente y completo de normas relativas a los contratos internacionales entre profesionales⁴.

UNIDROIT ha continuado prestando atención a los *Principios*⁵ tras su última edición de 2010 con un doble propósito: facilitar su utilización por parte de los operadores económicos y adaptar sus disposiciones a las particularidades de los contratos de larga duración.

nerová (República Checa), Wojciech Popiołek (Polonia), Jorge Sánchez Cordero Davila (Mexico), Rachel Sandby-Thomas (Reino Unido), Álvaro Sandoval Bernal (Colombia), Shi Jingxia (China), Daniel Tricot (Francia), Spyridon Vrellis (Grecia) and Roger Wilkins (Australia).

³ Los *Principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales* han sido objeto de numerosas publicaciones y su aplicación, bajo distintos conceptos, por parte de jueces y árbitros, considerable, como muestra la base de datos sobre bibliografía y jurisprudencia de UNILEX: www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2377&dsmd=14311.

⁴ En el comentario al Preámbulo se indica que los Principios no se aplican a las “operaciones de consumo” debido a que en algunos ordenamientos se regulan por normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo destinadas a proteger al consumidor, entendiéndose por tal “la parte que celebra el contrato sin llevar a cabo un acto de comercio o en el ejercicio de su profesión”.

⁵ Desde su segunda edición (2004), los *Principios* se han convertido en un proyecto permanente del Programa de trabajo del Instituto y corresponde a la Secretaría hacer un seguimiento de su utilización por parte de la comunidad jurídica y económica internacional, así como solicitar comentarios y sugerencias respecto a los aspectos que convendría tratar en el futuro.

1. Cláusulas modelo para la utilización por las partes de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales

Fueron aprobadas por el Consejo de Dirección de UNIDROIT en su 92ª sesión celebrada en Roma en mayo de 2013.

La peculiar naturaleza de los *Principios*, –conjunto de normas contractuales aplicables cuando las partes los elijen de forma expresa o tácita o, en su defecto, cuando el árbitro considera que son las más adecuadas para resolver la controversia–, llevó al Consejo de Dirección a encargar a un grupo de trabajo, presidido por el profesor Don Wallace de la *Georgetown University School of Law* y Presidente de la *American Foundation of International Uniform Law*, la preparación de unas cláusulas–modelo susceptibles de ser utilizadas por las partes que deseen precisar cómo quieren que se apliquen los *Principios* durante la ejecución del contrato o en caso de litigio.

Las cláusulas modelo se dividen en cuatro categorías acompañadas de sus respectivos comentarios:

Cláusula modelo nº 1. *Elección de los Principios de UNIDROIT como regla jurídica aplicable al contrato o como regla jurídica aplicable al fondo de la diferencia*. Con esta elección las partes manifiestan su deseo de evitar la aplicación del Derecho nacional de una de ellas o los costes de información y asesoramiento profesional derivados de la elección del Derecho de un tercer Estado⁶.

Cláusula modelo nº 2 . *Incorporación de los Principios de UNIDROIT como cláusulas del contrato*. Esta modalidad de cláusula responde a la exigencia que todavía persiste en el Derecho internacional privado de la mayoría de Estados (incluido el Reglamento (UE) 593/2008 “Roma I”) de que la ley elegida por las partes sea una ley estatal. En tanto que cláusulas del contrato, los Principios de UNIDROIT prevalecen sobre las disposiciones supletorias del Derecho interno aplicable al contrato en cuestión, pero no sobre las disposiciones imperativas que las partes no pueden derogar.

Cláusula modelo nº 3 *Referencia a los Principios de UNIDROIT como medio para interpretar y completar la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercancía, hecho en Viena en 1980 (CVIM) cuando dicha Convención ha sido elegida por las partes*. Esta cláusula modelo plantea la cuestión de su compatibilidad con el CVIM . En particular, con la interpretación autónoma del art. 7.1º CVIM. (“En la interpretación de la presente Convención se ten-

⁶ Al efectuar esta elección las partes pueden optar por la aplicación de los Principios de Unidroit: i) sin referirse a ninguna otra fuente jurídica; ii) complementarlos con un determinado derecho nacional; o iii) complementarlos con los “principios generalmente reconocidos” del derecho del comercio internacional.

drá en cuenta su carácter internacional y la uniformidad en su aplicación...” y con el criterio para colmar las lagunas del art. 7.2º CVIM (“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado”).

Con el fin de clarificar la relación entre ambos instrumentos facultativos se ha procedido a distinguir, en el comentario que acompaña a la cláusula modelo n. 3º, entre los supuestos en que las partes eligen el CVIM para regular su contrato⁷ de los que la CVIM resulta aplicable por el hecho de formar parte del Derecho estatal designado por las normas de conflicto del foro⁸.

Cláusula modelo nº 4. *Referencia a los Principios de UNIDROIT como medio para interpretar y completar el Derecho interno aplicable.* Los Principios de UNIDROIT pueden resultar especialmente útiles cuando el Derecho estatal aplicable al contrato carece de una respuesta adecuada a las cuestiones específicas que plantea el contexto internacional en el que se desenvuelve el contrato. La interpretación del Derecho estatal a la luz de los Principios de UNIDROIT puede contribuir a corregir el “déficit de internacionalidad” que suele achacarse al método conflictual, en tanto que se limita a designar el Derecho interno de un Estado concebido para regular relaciones puramente domesticas.

2. Principios de UNIDROIT y contratos de larga duración

Los *Principios* (2010) abordan, como ya se ha indicado, los principales aspectos del Derecho general de los contratos (formación, interpretación, validez, ejecución, incumplimiento, cesión, compensación, prescripción etc...). No obstante, sus disposiciones, ampliamente inspiradas en la CVIM, no siempre tienen suficiente-

⁷ Cuando el contrato se rige por la CVIM, por el hecho de haber sido elegida por las partes y no por el hecho de formar parte del derecho interno aplicable, la CVIM tiene la consideración de instrumento de *soft law* (cláusula modelo nº 3) y los *Principios de UNIDROIT* pueden ser utilizados para interpretar y completar no solo, los aspectos de la materia regulada por la CVIM que no han sido expresamente resueltos (supuesto al que hace referencia el art. 7 (2) de la CVIM) sino también, las cuestiones del derecho general de los contratos que han quedado al margen del ámbito material de aplicación de la CVIM, pero que es necesario resolver en el contexto de un contrato de compraventa (p.e. contratos celebrados en base a cláusulas modelo, poder de los representantes, vicios del consentimiento, ilicitud, cesión del crédito etc.).

⁸ Cuando las partes eligen como derecho aplicable al contrato un derecho estatal que ha incorporado la CVIM (cláusula modelo nº. 4), la referencia a los Principios de UNIDROIT para interpretarlo y completarlo conlleva la derogación implícita del art. 7 (2) de la CVIM, de tal modo que en caso de lagunas éstas se colmarán de conformidad con los *Principios de UNIDROIT* y, subsidiariamente, por el derecho estatal designado aplicable. Pero, a diferencia de la cláusula nº 3, a la que se refiere la nota anterior, las cuestiones de derecho general de los contratos no expresamente previstas en la CVIM se regularán por el Derecho interno del Estado designado por las partes en vez de por los *Principios de UNIDROIT*.

mente en cuenta las diferencias entre los contratos que, como la compraventa, deben ejecutarse una sola vez y los contratos de larga duración (incluidos los contratos complejos de inversión), tales como los contratos de distribución, de licencia, acuerdos de concesión BOT (construir–operar–transferir), contratos de prospección y explotación de energía etc. Respecto a estos últimos, los *Principios* no proporcionan una respuesta satisfactoria a todas sus exigencias y particularidades.

A fin de mejorar la regulación de los contratos de larga duración, M.J. Bonell, profesor emérito de la Universidad de “La Sapienza” (Roma I) y Presidente de los grupos de trabajo que han preparado las distintas ediciones de los *Principios* de UNIDROIT, propuso al Consejo de Dirección tres alternativas: 1ª. Examinar la versión actual de los *Principios* y sus comentarios y determinar las modificaciones y ajustes que habría que adoptar para mejorar la regulación de los contratos de larga duración; 2ª. Redactar un texto distinto o un suplemento a los *Principios* con una estructura parecida, pero dedicado exclusivamente a los contratos de larga duración; y 3ª. Elaborar una “Guía legislativa sobre el uso de los *Principios* 2010 en los contratos de larga duración” que indicase a las partes cómo deben adaptar o completar las disposiciones de los *Principios* para responder adecuadamente a las necesidades de los contratos de larga duración.

El Consejo de Dirección, en su sesión anual de 2013, acogió favorablemente esta propuesta y decidió incluirla en el Programa de trabajo 2014–2016. Respecto de la metodología a seguir, las consultas realizadas por la Secretaría con los miembros del grupo de trabajo que prepararon los *Principios* (2010) y otros expertos interesados, inclinó la balanza a favor de la primera de las tres alternativas mencionadas.

El inicio de los trabajos sobre los contratos de larga duración en general y los contratos de inversión en particular, ha estado precedido de un estudio analítico en él que se identifican las cuestiones específicas que dichos contratos suscitan y que los *Principios* (2010) o bien, no tratan en absoluto o bien, lo hacen de forma insuficiente⁹. Basta referirse, entre otras diferencias con los contratos que deben ejecutarse una sola vez, a: la mayor complejidad y duración de las negociaciones (“cartas de intención”, “acuerdos de principio”, “protocolos de acuerdo” etc.); al carácter “evolutivo” de estos contratos, de modo que las obligaciones de las partes no siempre pueden determinarse completamente por adelantado; a la remisión, para determinar algunas de las cláusulas del contrato, a un acuerdo ulterior o a la decisión de un tercero; al interés de las partes en evitar la finalización del contrato en caso de *hardship* o incluso fuerza mayor; a la mayor exigencia del deber de cooperar o; a la posibilidad de finalizar el contrato en caso de ruptura irreparable del clima de confianza.

⁹ UNIDROIT 2013– C.D. (92) 4 b), marzo, 2013.

En su primera reunión, en enero de 2005, el grupo de trabajo creado al efecto, procedió a examinar algunas de las propuestas de enmienda y adición a las disposiciones y comentarios a los *Principios*¹⁰ contenidas en un documento preparado por M.J. Bonell, Presidente del grupo¹¹. Está prevista una segunda y última reunión en octubre de 2015 a fin de que el proyecto final pueda ser sometido a examen y aprobación durante la 95ª sesión de Consejo de Dirección a celebrar en mayo de 2016.

II. Garantías mobiliarias sobre bienes de equipo móvil

1. *El Convenio de Ciudad del Cabo y sus Protocolos*

El conjunto formado por el Convenio de Ciudad del Cabo relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (2001) y sus tres Protocolos sobre: i) material de equipo aeronáutico (Ciudad del Cabo, 2001); ii) material rodante ferroviario (Luxemburgo, 2007); y iii) bienes espaciales (Berlín, 2012), tienen por objeto facilitar la financiación para la adquisición y uso de bienes de equipo de gran valor mediante la creación de una garantía internacional susceptible de ser reconocida en todos los Estados parte gracias a la creación de un Registro internacional en el que se inscriben las garantías internacionales. Con la creación de un Registro electrónico único de alcance internacional para cada uno de los bienes de equipo contemplados en dichos Protocolos, UNIDROIT ha demostrado, una vez más, su capacidad para ofrecer una respuesta novedosa y atenta a las necesidades de la práctica, en especial, a una de las cuestiones más difíciles con la que tradicionalmente se ha enfrentado la eficacia internacional de las garantías mobiliarias sin desplazamiento posesorio sobre bienes susceptibles de ser desplazados de un país a otro, debido a la protección territorialmente limitada que proporcionan los Registros nacionales sobre bienes muebles¹².

España se adhirió al Convenio de Ciudad del Cabo, el 28 junio 2013¹³ pero no se ha adherido todavía al Protocolo aeronáutico (único que de momento ha entrado en vigor), requisito necesario para que el Convenio resulte aplicable¹⁴.

¹⁰ UNIDROIT 2015– C.D.(94)4, marzo, 2015. Las cuestiones examinadas han sido: a) la noción de “contrato de larga duración”, b) contratos con cláusulas a determinar con posterioridad, c) acuerdos relativos a la buena fe durante las negociaciones, d) contratos evolutivos, e) acontecimientos fortuitos, f) cooperación entre las partes, g) resolución por causas imperativas y i) obligaciones post-contratuales.

¹¹ UNIDROIT 2014. *Study L– Doc.126*, Octubre 2014.

¹² N. Bouza Vidal, “La armonización de la publicidad registral de las garantías mobiliarias; una alternativa a la *lex rei sitae*”, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegria Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 255–265.

¹³ BOE, 4-X-2013 y BOE, 21-II- 2015 (corr. de errores).

2. Preparación de un nuevo Protocolo sobre material de equipo agrícola, minero y de la construcción

La preparación de un nuevo Protocolo sobre material de equipo agrícola, minero y de la construcción (Protocolo MAC) ha estado presente en los trabajos de UNIDROIT desde que el Consejo de Dirección propuso incluirlo en su Programa trianual 2006–2008. A partir de este momento, se han realizado distintas actuaciones a fin de valorar la oportunidad y las ventajas, principalmente económicas, que podrían derivarse de su elaboración. Hay que tener en cuenta, por un lado, que el Protocolo MAC se refiere a una categoría de bienes no expresamente contemplada en el Convenio de Ciudad del Cabo, a diferencia de los tres Protocolos mencionados en el apartado anterior¹⁵ y, por otro, que la extensión del Convenio de Ciudad del Cabo a este tipo de bienes de equipo permitiría a las personas que trabajan en la agricultura, la minería y la construcción, en particular en países en desarrollo o emergentes, acceder a los mismos en condiciones financieras más ventajosas que las actuales, a la vez que favorecería a los fabricantes que exportan este tipo de bienes de equipo a mercados que, sin dicho Protocolo, les sería difícil penetrar.

Entre las diversas actividades preparatorias del Protocolo MAC cabe mencionar cronológicamente: el cuestionario dirigido a los Estados (2007–2009)¹⁶, las consultas a los sectores privados interesados¹⁷ y la organización de un fórum sobre “Las eventuales ventajas de extender el sistema de Ciudad del Cabo al material de equipo agrícola, minero y de la construcción”¹⁸ (2010–2012). Así mismo, destaca el estudio realizado por M. Heywood Fleising, Director de investigación del *Center for Economic Analysis of Law* (Washington D.C), sobre el grado de movilidad en la práctica del material agrícola, minero y de la construcción y su impacto económico¹⁹ y, más recientemente, las dos reuniones (*Issues Dialogues*) organizadas

¹⁴ Conforme al art. 49 del Convenio, éste sólo entra en vigor respecto a las categoría de objetos a los cuales se aplique un Protocolo: a) partir del momento de entrada en vigor de ese Protocolo; b) con sujeción a las disposiciones de dicho Protocolo; y c) entre los Estados que son partes en el presente Convenio y en dicho Protocolo.

¹⁵ El art. 4 del Convenio de Ciudad del Cabo se refiere únicamente a : a) células de aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; b) material rodante ferroviario; y c) bienes de equipo espacial.

¹⁶ Las respuestas al cuestionario han sido publicadas en . *UNIDROIT 2007 – C.D. (86) 8 d*.

¹⁷ Para la organización de estas consultas el secretariado de UNIDROIT ha contado desde el principio con el decidido apoyo del Ministerio de Justicia alemán . *UNIDROIT 2011 – C.D. (90) 4c*, abril 2011.

¹⁸ Un resumen de este foro celebrado en noviembre de 2011 y presidido por el Dr. Bollweg (miembro del Consejo de Dirección. Alemania) puede consultarse en: *UNIDROIT 2012– C.D.(91) 4 c*, marzo 2012.

¹⁹ Heywood Feising *Extending UNIDROIT's Cape Town Convention to Mining, Agricultural and Construction Equipment: Economic issues*, February 18, 2013, en *UNIDROIT 2013 – CD (92)5 b*, marzo 2013. Según este estudio la adopción de un Protocolo al Convenio de Ciudad del Cabo especi-

conjuntamente por el Departamento de Estado de EEUU y el ILI (*International Law Institute*) celebradas en Washington, en noviembre de 2013 y enero de 2014 seguidas de un informe sobre las eventuales ventajas del Protocolo MAC, preparado por el *National Law Center of the Inter-American Free Trade (NLLCIFT)*²⁰.

Los resultados que se desprenden de estas consultas, foros y estudios, han llevado al Consejo de Dirección a mantener la elaboración del Protocolo MAC en su Programa de trabajo para el periodo trianual 2014–2016. En esta nueva etapa se ha procedido a crear un Comité de estudios encargado de elaborar un primer proyecto de Protocolo MAC y un nuevo grupo de trabajo encargado de animar al sector privado a participar en dicha elaboración.

El Comité de estudios ha celebrado dos reuniones (una, en diciembre de 2014 y otra, en abril del 2015) y está prevista una tercera reunión en octubre de 2015 antes de presentar el Proyecto de Protocolo MAC al Consejo de Dirección en su próxima sesión anual mayo 2016. Entre las cuestiones examinadas cabe destacar: la transformación del material móvil previsto en el Protocolo MAC en fijo a raíz de su anexión o incorporación a un bien inmueble; la delimitación de su ámbito material de aplicación en base a la nomenclatura y código digital utilizado en el *Sistema armonizado de designación y codificación de mercancías* desarrollado por la Organización Mundial de Aduanas; y la posibilidad de que los Estados excluyan algunos de los materiales de equipo contemplados en el Protocolo al ratificar o adherirse a él.

III. Operaciones en mercados de capitales interconectados y transnacionales

1. Convenio de Ginebra sobre las normas de Derecho material aplicables a los valores intermediados (2009)

Los trabajos de UNIDROIT sobre armonización del Derecho material aplicable a los valores intermediados se iniciaron en 2001, bajo el mandato del anterior Secretario General, el profesor Herbert Kronke (1998–2008), director del *Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftrecht* de la Universidad de Heidelberg, y coincidieron, en el tiempo, con los primeros documentos elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ante la elaboración del futuro Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre

fico para estos bienes de equipo facilitaría su utilización como garantía de préstamos por un valor de 2000 mil millones US\$ y un aumento de sus ventas de 600 mil millones US\$ en un periodo de 5 a 7 años.

²⁰ Este Informe se ha publicado como documento conexo en *UNIDROIT 2015– C.D.(94) 5 b*, abril 2015.

valores depositados en un intermediario (2006)²¹. Esta actuación en paralelo, constituye un buen ejemplo del carácter complementario de ambas organizaciones internacionales: mientras que UNIDROIT se ocupa preferentemente de la armonización y unificación del Derecho privado sustantivo o material, la finalidad de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es trabajar para la unificación de las normas destinadas a resolver los conflictos de leyes y los conflictos de jurisdicciones. En un ámbito, como el que nos ocupa, en el que la diversidad de los sistemas nacionales de tenencia de valores es muy acusada, la unificación de las normas de conflicto no es suficiente para proporcionar a los que intervienen en los mercados financieros (inversores, intermediarios y gobiernos, en tanto que reguladores y guardianes de la estabilidad financiera) la previsibilidad y seguridad jurídica necesarias. Para ello es preciso completar la unificación de las normas de conflicto con la armonización y modernización del Derecho material de los Estados. Sólo mediante la creación de un marco jurídico común de tenencia, conservación, disposición y constitución de garantías y otros derechos limitados sobre valores intermediados, tal como pretende el Convenio de Ginebra sobre normas materiales aplicables a los valores intermediados, es posible contribuir a la estabilidad de los mercados financieros nacionales y a la compatibilidad transfronteriza necesaria para reducir los riesgos sistémicos en los mercados financieros mundiales y los costes de transacción que genera la diversidad de los Derechos internos.

El mencionado Convenio fue adoptado en la sesión final de la Conferencia diplomática que tuvo lugar en Ginebra a lo largo de dos sesiones: la primera en septiembre de 2008 y la segunda y última en octubre de 2009²². Durante la primera sesión se acordó preparar un *Comentario oficial*, cuya versión final se publicó en 2012²³. Su finalidad es ofrecer una interpretación exhaustiva del Convenio, artículo por artículo, y ayudar a jueces, árbitros y operadores en los mercados financieros a comprender los principios en que se inspira y sus repercusiones en la práctica. Así mismo, la Secretaría de UNIDROIT preparó un *Memorandum explicativo* dirigido a los Gobiernos y a las Organizaciones internacionales de integración económica a fin de orientarles respecto del alcance, finalidad y contenido de las distintas Declaraciones que se pueden formular en el momento de la ratificación, aceptación o adhesión al Convenio²⁴.

²¹ *Documento preliminar . No 1 de noviembre 2000*. Informe de Ch. Bernasconi sobre ley aplicable a los actos de disposición de valores depositados en un intermediario.

²² El Acta final de la Conferencia fue firmada por 37 Estados y la Unión Europea, no obstante todavía no ha entrado en vigor al no haber alcanzado el número de ratificaciones necesario.

²³ AAVV, *Official Commentary on the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities*, Oxford University Press, 2012. También existe una versión francesa publicada este mismo año por Schulthess (Ginebra), LGDJ (París) et Thémis (Montreal).

²⁴ UNIDROIT 2012, CD11/DEP/Doc. 1 rev., Abril 2012. El carácter técnico y extremadamente sensible de la regulación de los mercados financieros ha conducido a introducir en el Convenio un sistema

2. Principios relativos a la aplicabilidad de las cláusulas de rescisión–compensación (close–out netting) (2013)

Las cláusulas de “rescisión–compensación” son uno de los principales mecanismos utilizados para reducir el riesgo sistémico o de contagio que puede generarse cuando las entidades, públicas y privadas, que operan en los mercados financieros no pueden cumplir las obligaciones contraídas con otras entidades, las cuales se enfrentan, por este motivo, a dificultades financieras que acaban provocando una serie de incumplimientos en cadena.

El mecanismo de “rescisión–compensación” se refiere a una serie de obligaciones recíprocas derivadas de las transacciones celebradas entre las partes. Estas transacciones que pueden llegar a ser muy numerosas, se cubren contractualmente mediante una cláusula de compensación. En dicha cláusula se prevé que, en caso de producirse determinados acontecimientos, como puede ser la insolvencia de una de las partes, todas las transacciones contempladas en la cláusula de compensación que todavía no se han ejecutado, cesan de ser tratadas individualmente. En su lugar, se calcula el valor de cada transacción según un mecanismo de evaluación predeterminado y el valor global de todas ellas se sustituye, mediante novación, resolución o de cualquier otra forma, por una única obligación neta de pago que pasa a ser la única exigible²⁵.

El origen de los trabajos sobre los *Principios relativos a la aplicabilidad de las cláusulas de rescisión–compensación*, se remonta a la sugerencia formulada en 2008 por la ISDA (*International Swaps and Derivative Association*) a la Secretaría del Instituto para que adoptase un Convenio sobre compensación de instrumentos financieros. Sin embargo, la Asamblea General consideró prematuro incluir este tema en el Programa de trabajo (2009–2011), debido, por un lado, a que todavía no habían finalizado los trabajos relativos sobre el Convenio de Ginebra sobre las normas de Derecho material aplicables a los valores intermediados y, por otro, a

complejo y variado de Declaraciones, dotándole de gran flexibilidad y adaptación a las distintas tradiciones jurídicas: i) *Declaraciones “opt–in”* destinadas a permitir que determinadas disposiciones produzca efectos respecto del Estado que las formula (art. 1(n)(iii), art. 1(o)(iii), art. 5, art. 7, art. 12(5)(a), art. 43 y art. 45); ii) *Declaraciones “opt–out”* destinadas a evitar que determinadas disposiciones produzca efectos respecto del Estado que las formula (art. 5, art. 12(5)(b), art. 12(5)(c), art. 12(5)(d), art. 19(7), art. 22(3), art. 25(5), art. 36(2), art. 38, art. 39(2), art. 41(2), art. 43 et art. 45); y iii) *Declaraciones relativas a las propias leyes de un Estado contratante*, destinadas a proporcionar información sobre las leyes del Estado que las formula (art. 1(n)(iii), art. 1(o)(iii), art. 5, art. 7, art. 12(5)(a) (y la precisión obligatoria exigida por los párrafos 6 et 7) y art. 22(3).

²⁵ Como se indica en el Comentario a los Principios relativos a la aplicabilidad de las cláusulas de rescisión–compensación publicado por UNIDROIT, 2013 y que puede consultarse *on line* en la web del Instituto, la noción resolución–compensación es relativamente nueva en la terminología jurídica y se distingue del concepto clásico de compensación (*set–off*) el cual sólo se aplica a las partes con deudas recíprocas de la misma naturaleza, existentes y exigibles.

que todavía no se tenía suficiente información respecto de la conmoción que acababan de sufrir los mercados financieros a raíz de la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008. Así pues, hubo que esperar a la sesión del Consejo de Dirección mayo 2009 para retomar la propuesta de *ISDA* y conseguir que la Asamblea General aceptara, en su sesión diciembre 2010, incluir el proyecto sobre las cláusulas de rescisión–compensación en el Programa de trabajo (2011–2013).

La redacción de los Principios sobre rescisión–compensación se confió inicialmente a un Comité de estudios formado por expertos en Derecho de los mercados financieros internacionales de distinta procedencia a fin de conseguir una representación equilibrada (organismos de regulación, práctica jurídica y mundo académico de países donde se encuentran los principales centros financieros del mundo y de países en desarrollo). El Proyecto de Principios elaborado por dicho Comité fue examinado por el Consejo de Dirección en su sesión mayo 2012. Las discrepancias en torno a algunas cuestiones importantes, en especial, los efectos jurídicos de la cláusula en caso de insolvencia y resolución por incumplimiento, aconsejaron convocar un Comité de expertos gubernamentales²⁶ para que examinara y finalizara el proyecto de Principios el cual pudo ser finalmente adoptado por el Consejo de Dirección en su sesión mayo 2013.

Los Principios se caracterizan básicamente por ser un instrumento no obligatorio dirigido a los Estados que deseen modificar o introducir una legislación nacional sobre rescisión–compensación. Su objetivo es ofrecer una armonización mínima de los distintos aspectos de las cláusulas de resolución–compensación, tales como su creación, validez, oponibilidad a terceros, prueba de su existencia y aplicabilidad en caso de insolvencia o resolución por incumplimiento, sin perjuicio de que los Estados que lo deseen puedan establecer un marco jurídico más favorable a la cláusulas de resolución–compensación que el previsto en los Principios.

3. Guía legislativa relativa a los principios y reglas destinadas a mejorar las transacciones en los mercados financieros emergentes

En la sesión final de la Conferencia diplomática para la adopción del Convenio sobre normas materiales aplicables a los valores intermediados, celebrada en Ginebra del 5 al 9 noviembre 2009 se creó un “Comité sobre mercados emergentes y cuestiones de seguimiento y aplicación” (CME) con el fin de ayudar a la promoción y a la aplicación nacional de dicho Convenio. La Asamblea General, por su parte, decidió incluir en el Programa de trabajo (2009–2011) la redacción de una *Guía legislativa relativa a los principios y reglas tendentes a mejorar las transac-*

²⁶ España estuvo representada por Miguel Mora Hidalgo del Ministerio de Economía y Finanzas y Fco. Garcimartín Alferez, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid.

ciones en los mercados financieros emergentes y encargar este cometido al “CME”²⁷.

Esta Guía pretende ser un complemento útil para la correcta aplicación del Convenio sobre valores intermediados, habida cuenta el enfoque minimalista y funcional elegido. La decisión de dejar fuera del Convenio ciertas cuestiones y de remitir expresamente para su regulación al Derecho no convencional del Estado parte designado por las normas de conflicto del foro (art. 9.3º, art. 16, art. 24.3º y 4º, art. 28 y art. 31 en relación con el art. 35, entre otros), explica el interés de los Estados que carecen de un Derecho nacional sobre valores intermediados moderno y apropiado en poder contar con un instrumento que les oriente respecto de cómo deben abordar las cuestiones no tratadas en el Convenio y conseguir, de este modo que la combinación de las disposiciones convencionales y no convencionales tenga lugar de la forma más armoniosa, coherente y eficiente posible²⁸.

El “CME” se ha reunido en tres ocasiones: Roma (2010), Rio de Janeiro (2012) y Estambul (2013). En el curso de estas reuniones se ha ido concretando el contenido y la estructura de la *Guía legislativa*. En otoño de 2014 se retomaron los trabajos con la incorporación de nuevos miembros y de un experto encargado de preparar un proyecto inicial. El proyecto, en su estado actual de desarrollo, consta de una parte relativa al Derecho no convencional y de un análisis de las alternativas y estructuras esenciales de los distintos sistemas de detención de valores intermediados. Estas cuestiones se enfocan desde la óptica de los distintos participantes en el mercado (titulares de la cuenta, intermediarios y “tomadores” obligados a cumplir la garantía). Esta prevista una cuarta reunión del “CME” a principios de 2016 seguida de un Coloquio sobre el Derecho de los mercados financieros en el que se ha invitado a participar a representantes de organizaciones no gubernamentales y del sector privado. Se espera que el proyecto final pueda presentarse a aprobación del Consejo de Dirección en su sesión anual mayo 2016 .

IV. Derecho privado y desarrollo. Guía legislativa para la agricultura bajo contrato

Una de las primeras propuestas que el actual Secretario General, Angelo Estrella Faria, sometió al Consejo de Dirección, fue explorar la contribución que UNIDROIT podría hacer a los objetivos de la comunidad internacional definidos en la “Declaración del Milenio” para el desarrollo, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 55/2 de 13 septiembre de 2000²⁹. La favora-

²⁷ UNIDROIT 2009 – A.G.(65) 10, diciembre 2009.

²⁸ UNIDROIT 2009 – C.D. (88) 7 Add. 3, marzo 2009.

²⁹ UNIDROIT 2009 – C.D. (88) 7 Add. 6, marzo 2009.

ble acogida de que fue objeto esta iniciativa dio paso a una nueva línea de trabajo sobre “Derecho privado y desarrollo” que posteriormente fue concretándose en torno a propuestas más específicas, tales como: “Aspectos de Derecho privado de la financiación agrícola”³⁰ y “Elaboración de una propuesta internacional para un marco jurídico de la empresa social (o de un cierto tipo de empresa social)”³¹. Por su parte la Asamblea General, en su sesión anual octubre 2010³², aceptó incluir ambas propuestas en el Programa de trabajo 2011–2013. En esta decisión, estuvieron presentes las sinergias que podría generar el desarrollo de proyectos conjuntos con otras organizaciones internacionales, en especial, la FAO (Organización de las NU para la Alimentación y la Agricultura) y la FIDA (Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola) e, incluso, el establecimiento de una cooperación institucionalizada. No hay que olvidar que la FAO y la FIDA se ocupan, entre otras tareas, de promover y de financiar la agricultura y que UNIDROIT puede aportar a esta labor su experiencia en la formulación de normas uniformes de Derecho privado y en la utilización del método comparado.

Respecto de los temas susceptibles de ser englobados en el ámbito del “Derecho privado y desarrollo”, se optó, después de varias consultas, estudios, congresos y coloquios a lo largo de 2010 y 2011³³, por abordar, en primer lugar, la preparación de una *Guía legislativa para la agricultura bajo contrato*. (“*Guía*”) a la que podrán seguir otros proyectos en el futuro sobre: contratos de inversión en tierras agrícolas, estructuras jurídicas de empresas agrícolas y financiación agrícola³⁴.

La preparación de la *Guía* ha gozado de un grado de prioridad elevado. Un grupo de trabajo, integrado por especialistas en Derecho de los contratos y de representantes de la FAO y de la FIDA, en calidad de “partenaires” y coautores, redactó un Proyecto en el curso de cuatro sesiones a lo largo de 2013 y 2014 en las que participaron como observadores otras organizaciones internacionales y representantes de los productores agrícolas y de la industria agroalimentaria. Una vez fina-

³⁰ Nota preparada por el Secretariado sobre “Aspectos de Derecho privado de la financiación agrícola” *UNIDROIT 2010– C.D. (89) 7 Add. 4*, abril 2009.

³¹ Nota preparada por el Secretariado sobre “Elaboración de una propuesta internacional para un marco jurídico de la empresa social (o de un cierto tipo de empresa social)” *UNIDROIT 2010 – C.D. (89) 7 Add. 5*, marzo 2010.

³² *UNIDROIT 2010 – A.G. (67) 3*, octubre 2010.

³³ Entre las actividades tendente a identificar el tema con el cual debería iniciarse la nueva línea de trabajo de UNIDROIT sobre “Derecho privado y desarrollo” destaca el Coloquio sobre “La promoción de la inversión para la producción agrícola: aspectos de derecho privado” celebrado en la sede de Unidroit en Roma los 8–10 noviembre de 2011. El Coloquio se articuló en torno cinco grandes temas: i) títulos de propiedad inmobiliaria, ii) contratos de inversión en tierras agrícolas, iii) estructuras jurídicas de las empresas agrícolas, iv) agricultura bajo contrato, y v) financiación agrícola. Las ponencias presentadas han sido publicadas en un número especial de la *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2012– 1/2, 440 pp.

³⁴ *UNIDROIT 2012– C.D.(91) 8 rév.* abril 2012.

lizado, fue examinado por el Consejo de Dirección que lo aprobó en su sesión mayo 2015³⁵.

Se trata de un texto no obligatorio destinado tanto a los particulares que participan en la agricultura bajo contrato, como a los Estados. A los particulares, les puede ayudar a observar “buenas prácticas” en la negociación y redacción de los contratos y, gracias a ellas, a crear relaciones de confianza en beneficio mutuo. A los Estados, les ofrece la información y las recomendaciones necesarias para que puedan adoptar si lo desean políticas públicas de apoyo a la agricultura y las reformas legislativas necesarias para su implementación.

Por “agricultura bajo contrato” se entiende básicamente el acuerdo entre un productor agrícola (persona física o jurídica, v.gr., cooperativa) y un contratante (generalmente una sociedad de transformación y/o distribución agroalimentaria) en virtud del cual el productor se compromete a entregar al contratante el producto de su actividad agrícola o ganadera en un momento y a un precio determinado. El contratante suele proporcionar al agricultor la tecnología y el material necesario para la producción (abonos, semillas, piensos para animales etc.) adquiriendo de este modo el control sobre la cantidad y calidad de la producción³⁶.

Respecto a su estructura y contenido, la *Guía* ofrece una regulación completa dividida en 7 largos capítulos precedidos por una Introducción (en el que se analizan las distintas modalidades de agricultura contractual que existen en la práctica, así como sus ventajas e inconvenientes). Los capítulos se refieren a : I.– El marco jurídico de los contratos de producción agrícola, II.– Las partes en el contrato y la formación y forma de contrato, III.– Las obligaciones de la partes, IV.– Las exoneraciones de responsabilidad en caso de inejecución, V. – Las acciones en caso de inejecución, VI.– La duración, la renovación y la resolución del contrato y VII.– El arreglo de las diferencias.

V. Procedimiento civil transnacional: formulación de reglas regionales

1. Principios ALI /UNIDROIT sobre procedimiento civil transnacional

En 2004, se adoptaron los *Principios ALI/UNIDROIT sobre procedimiento civil transnacional* preparados por un Comité de estudios conjunto de la *American Law Institute* y de *UNIDROIT*. Al igual que la mayoría de los instrumentos de UNIDROIT a los que se refiere la presente crónica, carecen de fuerza obligatoria. Los Principios se limitan a ofrecer un modelo de procedimiento civil con las debidas

³⁵ La *Guía legislativa para la agricultura bajo contrato* se publicará en formato papel el 28 julio 2015 y será accesible *on line* en las webs de UNIDROIT, FAO y FIDA a partir de esta misma fecha.

³⁶ UNIDROIT 2012, *Study 80A – Doc. 1 rev.*(noviembre 2012); *Etude 80A – Doc. 2*(febrero 2013).

garantías (*due process*) destinado a reducir el impacto que las diferencias en el Derecho procesal de los Estados tiene en el desarrollo de la relaciones comerciales internacionales. La finalidad armonizadora de los Principios se completa con unas *Reglas de procedimiento civil transnacional* más detalladas que ilustran el modo cómo los Principios pueden ser aplicados y adaptados a las especificidades de los distintos sistemas jurídicos. Las Reglas, a diferencia de los Principios, no han sido objeto de ninguna adopción formal por parte de ALI y de UNIDROIT. Finalmente cabe señalar que, a pesar de que los Principios y las Reglas han sido concebidos como un modelo a seguir en los litigios internacionales, también pueden ser tomados en consideración para la reforma de las legislaciones internas³⁷.

2. Principios ELI (European Law Institute) /UNIDROIT sobre procedimiento civil transnacional: Formulación de reglas regionales

En su 92ª sesión de 2013, el Consejo de Dirección de UNIDROIT propuso retomar los “Principios ALI/UNIDROIT” de 2004 con el fin de adaptarlos a las particularidades de determinados sistemas jurídicos. La Asamblea General aprobó esta propuesta y decidió incluirla en el Programa de trabajo 2014–2016.

En una primera etapa, se ha previsto formular reglas sobre procedimiento civil transnacional susceptibles de ser aplicadas en el ámbito europeo. Este proyecto se desarrolla en el marco de una cooperación institucionalizada con el *European Law Institute* (ELI)³⁸, sin perjuicio de que más adelante puedan iniciarse otros proyectos regionales análogos en colaboración con instituciones que operen fuera de Europa.

El ELI es una organización independiente sin ánimo de lucro que se creó en junio de 2011 con el objeto de iniciar, dirigir y facilitar trabajos de investigación, formular recomendaciones y proporcionar orientaciones prácticas en materia de desarrollo jurídico europeo. De la colaboración con UNIDROIT para formular reglas europeas de procedimiento civil pueden derivarse beneficios mutuos. Para el ELI la adaptación de los “Principios ALI/UNIDROIT” a las particularidades del sistema jurídico europeo puede ser un instrumento útil para evitar el desarrollo fragmentario y desordenado que ha generado el creciente volumen de normas de Derecho procesal civil adoptadas por la Unión Europea. Para UNIDROIT supone

³⁷ *Reporters' Study, Rules on Transnational Civil Procedure, Introductory Note, in ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2006, p. 99.

³⁸ La primera acción conjunta del ELI y Unidroit fue la organización de un taller en el que también colaboró el ALI sobre “ELI/Unidroit Project: From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure”, celebrado en Viena en octubre de 2013. Algunas de las contribuciones de los participantes en dicho taller se han publicado en un número especial de la *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.*, 2014– 2, 328 pp.

una magnífica ocasión para divulgar y promover los “Principios ALI/UNIDROIT sobre procedimiento civil transnacional”³⁹.

Para llevar a cabo este Proyecto conjunto se ha firmado un “Protocolo de acuerdo” en el que se define con claridad el papel y las obligaciones que asumen cada una de estas Instituciones. Así mismo, se ha constituido un “Comité piloto” presidido por D. Wallis (Presidenta del ELI) y J.A. Estrella Faria (Secretario General de UNIDROIT) y compuesto por representantes de ambas instituciones. También participan como observadores, la Conferencia de La Haya, la Comisión europea, el Comité de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia de la UE, la Asociación para el arbitraje internacional, el Consejo de notarios de Europa, la Asociación internacional de Colegios de Abogados, entre otros. En el seno de dicho Comité piloto se han creando distintos grupos de trabajo para cada uno de los siguientes temas: i) acceso a los elementos de información y a las pruebas, ii) medidas provisionales iii) notificación de documentos procesales, iv) litispendencia y cosa juzgada, v) obligaciones de las partes y de los abogados. También está previsto crear dos grupos de trabajo más: uno, sobre “costas procesales” y otro, sobre “recursos disponibles”. En la composición de estos grupos se han tenido en cuenta la diversidad jurídica, geográfica y profesional de sus miembros.

A pesar del poco tiempo transcurrido desde el inicio de sus actividades, los trabajos del Comité piloto y de los diferentes grupos de trabajo se desarrollan a buen ritmo y es probable que la aprobación de los “Principios ELI/UNIDROIT” pueda tener lugar durante la 96ª sesión del Consejo de Dirección que se celebrará en 2017.

³⁹ UNIDROIT 2014 – C.D.(93) 2.

AMÉRICA LATINA

EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD DEL EXTRANJERO EN MÉXICO: CASO DE MATRIMONIO DE EXTRANJERO CON NACIONAL MEXICANO VISTO DESDE LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS EN MATERIA DE ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD INMUEBLE

J. Jesús RODRÍGUEZ DELGADILLO *

Juan Carlos RODRÍGUEZ MORA **

SUMARIO: I. El régimen de propiedad del extranjero en México. II. Restricciones constitucionales. 1. Adquisición fuera de la zona restringida. 2. Adquisición dentro de la zona restringida. 3. De la propuesta de reforma constitucional en materia de adquisiciones de tierras por extranjeros. III. Las relaciones patrimoniales en el matrimonio en México. IV. De la adquisición de bienes inmuebles dentro del matrimonio celebrado entre nacional mexicano y extranjero acorde a los regímenes patrimoniales del matrimonio. 1. Adquisición de inmuebles en la separación de bienes. 2. Adquisición de inmuebles en los regímenes de sociedad conyugal y sociedad legal. V. Derechos del cónyuge extranjero sobre inmuebles fuera de la zona restringida. VI. Derechos del cónyuge extranjero sobre inmuebles dentro de la zona restringida. VII. Terminación del matrimonio y conservación de los bienes en zona restringida por parte del cónyuge extranjero. 1. Muerte del cónyuge mexicano. 2. Terminación del matrimonio por divorcio. 3. Divorcio administrativo. 4. Divorcio por mutuo consentimiento y divorcio contencioso. VIII. Soluciones en la práctica para que el extranjero pueda mantener el uso y goce de los bienes en zona restringida. 1. El fideicomiso. 2. El prestanombres. 3. El arrendamiento y administración de inmuebles. 4. Constitución de una sociedad: A) Actividades residenciales *versus* actividades no residenciales; B). Sociedades mercantiles; C) Sociedades civiles; D) Asociaciones civiles. IX. Derechos humanos y Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones. Opciones a explorar. 1. De los derechos humanos. 2. Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPRIS). X. Conclusiones.

RESUMEN: El régimen constitucional y legal de propiedad en México permite que el extranjero pueda adquirir dominio de bienes ubicados fuera de la zona restringida, permite además que un matrimonio entre un nacional mexicano y un extranjero pueda adquirir inmuebles en zona restringida y considerarlos como parte del patrimonio matrimonial. En caso de terminación del matrimonio el cónyuge extranjero tiene derechos *de facto* sobre esos bienes y puede salvaguardar esos derechos por liquidación

* Maestro en Derecho. Profesor Titular "B". Universidad de Guadalajara. Jalisco, México.

** Maestro en Derecho. Profesor de Asignatura "B". Universidad de Guadalajara. Jalisco, México.

del patrimonio en dinero o por medio de fideicomiso. Se proponen alternativas de salvaguarda de esos derechos *de facto* por medio de arrendamiento, prestanombres y constitución de sociedad de nacionalidad mexicana y se explora la posibilidad de que el extranjero adquiera propiedad en apego a los Derechos Humanos y el cumplimiento de acuerdos de protección de inversiones.

PALABRAS CLAVE: PROPIEDAD INMOBILIARIA – EXTRANJERO – MATRIMONIO – ZONA – RESTRINGIDA.

ABSTRACT: *The Property Regime of Foreigners in Mexico: the Case of Marriage Between a National and a Foreigner from the Outlook of the Constitutional Restrictions to Foreigners Concerning the Acquisition of Real Property*

The constitutional and legal frame of proprietorship in Mexico, allows a foreigner the feasibility to acquire domain in a real estate property located outside the restricted area. Furthermore, in a marriage between a mexican national and a foreigner, the family patrimony is granted to be compound with an immovable property in the so call "restricted area". Upon termination of marriage, the foreigner spouse has de facto rights in such property and may safeguard those rights by liquidating the assets in cash or through trust. Alternatives are proposed in order to protect those the facto rights, like; lease, trustee, and the constitution of a Mexican company. Aswell, as exploring the possibility of property purchasing by a foreigner in compliance with Human Rights and enforcement of investment protection agreements.

KEY WORDS: REAL STATE – FOREIGNER – MATRIMONY – RESTRICTED – AREA.

I. El régimen de propiedad del extranjero en México

Por motivos históricos y políticos el régimen de propiedad del extranjero en México ha sido celosamente guardado y defendido tal y como se encuentra previsto en la constitución, específicamente en su art. 27, párrafo 10 fracción I, en la cual se hace referencia a la cláusula Calvo adoptada por la mayoría de los países latinoamericanos para atenuar la intervención de potencias extranjeras en los casos que nacionales extranjeros invocaran la protección de sus gobiernos y sus leyes en las controversias sobre bienes e inversiones en esta región de América.

Esta norma constitucional ha sido ampliamente debatida y comentada, considerándose anacrónica¹ y que no corresponde a la actualidad de un país que pretende atraer inversión extranjera y promover el respeto a los derechos humanos, sin embargo esta contribución solo pretende dar a conocer los diversos aspectos que se puede presentar respecto de la propiedad inmueble adquirida durante el matrimonio entre un nacional mexicano y un nacional extranjero y posibles soluciones que dada la terminación del matrimonio surgen respecto a la liquidación de los bienes adquiridos en ese matrimonio.

¹ L. Pereznieta Castro, "Dos mitos en el Derecho internacional privado mexicano: 'la Cláusula Calvo' y 'la zona prohibida' o 'zona restringida'", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 2, 1997, pp. 111-134.

II. Restricciones constitucionales

El art. 27 constitucional establece de manera general el régimen de la propiedad y prevé restricciones a los extranjeros para la adquisición de bienes inmuebles, específicamente en la fracción I del noveno párrafo el cual textualmente apunta:

“La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones: I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas”.

Por tanto este sistema se divide en dos modalidades, adquisición fuera de la zona restringida y dentro de la zona restringida; la zona restringida. Ambas modalidades se encuentran reglamentadas en la Ley de Inversión Extranjera.

1. Adquisición fuera de la zona restringida

La reglamentación de esta modalidad exige que el extranjero suscriba un convenio de renuncia a la protección de su gobierno y a considerarse como nacional respecto del bien inmueble que adquiere, bajo de pena de perderlo en beneficio de la Nación en caso de faltar al convenio suscrito, también conocido como “cláusula Calvo”. Las particularidades reglamentarias se encuentran en la Ley de Inversión Extranjera en sus arts. 10 y 10A, distinguiéndose dos formas: una genérica, que además de formular el convenio, deberá solicitar previamente a la adquisición el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir y otra particular, en donde al extranjero se le concederá adquirir con solo presentar el convenio de renuncia ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, sin necesidad de obtener el permiso previo; esta última se aplica para los nacionales de los países con que México sostiene relaciones diplomáticas, según el acuerdo general emitido por la Secretaría de Relaciones Exterior y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 2 marzo 1998².

² El acuerdo textualmente establece: “Los nacionales de aquellos países con los que los Estados Unidos Mexicanos sostiene relaciones diplomáticas podrán beneficiarse de lo dispuesto por el último párrafo del art. 10-A de la Ley de Inversión Extranjera, por lo que únicamente deberán presentar ante la

2. Adquisición dentro de la zona restringida

Dentro de la zona comprendida de 50 kilómetros de playas y 100 kilómetros en fronteras el art. 27 constitucional prohíbe que los extranjeros puedan adquirir el dominio directo de bienes inmuebles, por lo que la propia Ley de Inversión Extranjera prevé la posibilidad de que los extranjeros, personas físicas, puedan adquirir derechos fiduciarios respecto de inmuebles ubicados en la zona restringida ya sea que se dediquen a fines comerciales o residenciales, tratándose de sociedades mexicanas que en su clausulado admitan socios extranjeros, si podrán adquirir el dominio directo de bienes inmuebles cuando sean destinados a fines no residenciales, es decir a fines comerciales, preponderantemente económicos o para el cumplimiento de su objeto social.

Para la constitución del fideicomiso en zona restringida en donde los fideicomisarios sean extranjeros, personas físicas o jurídicas, se requiere que la institución de crédito fiduciaria obtenga el permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, en donde el objeto del fideicomiso sea el ejercicio de los derechos al uso o goce de los mismos, incluyendo en su caso, la obtención de frutos, productos y, en general, cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa, a través de terceros o de la institución fiduciaria; la duración de los fideicomisos en zona restringida se autoriza por la ley hasta por 50 años, mencionándose en la ley que son prorrogables, sin determinar la temporalidad de la prórroga, por lo que ésta no puede exceder de su término original, por tanto prorrogables por 50 años más.

3. De la propuesta de reforma constitucional en materia de adquisiciones de tierras por extranjeros

De la lectura del art. 27 constitucional en su noveno párrafo antes transcrito, se denota que solo los mexicanos por nacimiento y los naturalizados podrán adquirir el dominio directo de tierras y aguas y sus accesiones, sin embargo el 18 abril 2013 se aprobó por la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados una propuesta de reforma constitucional a fin de que los extranjeros puedan adquirir el dominio de tierras y aguas cuando se dediquen exclusivamente a casa habitación sin fines comerciales. Esta reforma, de lograrse, eliminaría prácticamente las restricciones constitucionales que en materia de propiedad inmueble se establecen para los extranjeros, pues como se verá más adelante, la Ley de Inversión Extranjera, permite a las sociedades mexicanas que tengan entre sus socios a extranjeros podrán adquirir el dominio directo de tie-

Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto por la fracción I del art. 27 Constitucional para adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida”.

rras en la zona restringida cuando se destinen a fines no residenciales; pero hasta no darse la reforma constitucional, las restricciones hacia los extranjeros seguirán tal y como se establecen en la Constitución.

III. Las relaciones patrimoniales en el matrimonio en México

En el sistema jurídico mexicano, aún y cuando existen una pluralidad de códigos civiles, uno por cada entidad federativa, 31, y el Distrito Federal así como un Código Civil Federal, existen reglamentadas, básicamente, tres tipos de relaciones económico-patrimoniales del matrimonio a saber: separación de bienes, sociedad conyugal y sociedad legal, las cuales se definirán conforme a lo establecido por el Código Civil del Estado de Jalisco, por ser éste el marco jurídico del lugar en donde se realiza este estudio.

El régimen de separación de bienes se define en el art. 354 del código mencionado, el cual textualmente establece: “En el régimen de separación de bienes, los cónyuges conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen y, por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos”. Siendo clara la característica del mismo, los bienes de los cónyuges no forman un patrimonio común, no existe una mancomunidad patrimonial, la norma permite que cada uno de los cónyuges administre, acrecente o disminuya su patrimonio sin que sea necesario el consentimiento del otro cónyuge.

En la sociedad conyugal o voluntaria, se faculta a los cónyuges establecer cuáles son los bienes que han de formar parte del patrimonio común mediante capitulaciones, mismas que se podrán celebrar ante el oficial del registro civil que conozca del matrimonio o en el caso de hacerse copartícipes de bienes o la transmisión de éstos entre los cónyuges mediante escritura pública, debiéndose establecer con claridad, la lista de bienes que se aportan a la sociedad y la declaración expresa sobre los bienes futuros, si han de considerarse dentro de la sociedad o de propiedad exclusiva del cónyuge adquirente del bien futuro.

La sociedad legal es definida por el art. 287 el cual menciona que consiste en la formación de un patrimonio común diferente de los patrimonios propios de los consortes y cuya administración y dominio corresponde a ambos cónyuges indistintamente; la mancomunidad de bienes en éste régimen se conforma por la totalidad de los bienes adquiridos posteriormente al matrimonio, aún la donación o herencia a los cónyuges si no se hace distinción de ellos, por tanto no entran al fondo común los bienes adquiridos después del matrimonio por donación o herencia destinada expresamente para uno de los cónyuges, manteniendo éste la propiedad exclusiva de esos bienes.

IV. De la adquisición de bienes inmuebles dentro del matrimonio celebrado entre nacional mexicano y extranjero acorde a los regímenes patrimoniales del matrimonio

Ante la pluralidad de reglamentaciones de los regímenes económico-patrimoniales del matrimonio a fin de delimitar el marco jurídico del objeto de estudio, se hará referencia predominantemente al Código Civil de Jalisco, por ende se determinarán las circunstancias especiales del caso en referencia a los regímenes matrimoniales previstos en el citado código y su confrontación a las restricciones constitucionales.

1. Adquisición de inmuebles en la separación de bienes

En el régimen de separación de bienes, en principio no parece existir controversia mayor, pues al determinarse legalmente que los cónyuges mantienen la propiedad de exclusiva de sus bienes, pues no se conforma patrimonio común del matrimonio, el cónyuge extranjero queda sujeto a la plenitud de las restricciones constitucionales y la reglamentación que establece la Ley de Inversión Extranjera en el caso de la adquisición de bienes inmuebles, así, si desea adquirir bienes fuera la zona restringida deberá de realizar el convenio de renuncia, o cláusula Calvo, ante la Secretaría de Relaciones exteriores, de forma anterior a la adquisición si es nacional de un Estado con el cual México no sostiene relaciones diplomáticas o pudiendo hacerlo posteriormente si es nacional de un Estado con el cual México sostiene relaciones diplomáticas. En cuanto a la adquisición dentro de la zona restringida, solo podrá adquirir el derecho de uso de inmuebles mediante fideicomiso, ya sea para fines residenciales o comerciales.

2. Adquisición de inmuebles en los regímenes de sociedad conyugal y sociedad legal

En donde se han presentado controversias respecto a la adquisición de bienes inmuebles dentro del matrimonio celebrado entre un nacional mexicano y un extranjero es dentro de los regímenes de sociedad legal, cuando el bien inmueble se adquiere durante el matrimonio y en la sociedad conyugal cuando el bien que se adquirió antes del matrimonio o pretende adquirir durante el matrimonio pasa a formar parte del fondo común matrimonial conforme a las capitulaciones establecidas por los cónyuges en el matrimonio.

Se han planteado dos problemas: ¿Es necesario el convenio de renuncia o cláusula Calvo por parte del cónyuge extranjero respecto del bien inmueble ad-

quirido por el nacional mexicano? Y ¿El cónyuge extranjero adquiere derechos respecto del bien inmueble adquirido por el cónyuge nacional mexicano?

En el primer problema planteado, éste ya ha sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de jurisprudencia que se transcribe:

“SOCIEDAD CONYUGAL. MOMENTO EN QUE EL CÓNYUGE EXTRANJERO DEBE ACREDITAR EL COMPROMISO A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN I DEL ART. 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA PODER OBTENER EL DOMINIO DIRECTO DE INMUEBLES ADQUIRIDOS POR EL CÓNYUGE DE NACIONALIDAD MEXICANA CON POSTERIORIDAD AL MATRIMONIO.

Por regla general, en el sistema jurídico mexicano, los bienes adquiridos durante el matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad legal o conyugal pertenecen a ambos cónyuges, lo cual no significa que durante la vigencia de dicha sociedad y respecto de los bienes que debe considerarse que le son afectos, se encuentre determinada la propiedad de cada uno de los consortes, sino que al tratarse de una comunidad sólo hasta la liquidación de la sociedad podrá saberse, mediante la adjudicación correspondiente, lo que pertenece a cada uno de ellos. Ahora bien, en el caso de que un consorte de nacionalidad extranjera sea partícipe de bienes inmuebles adquiridos por su cónyuge mexicano, no es necesario que al celebrarse el matrimonio en que se estipule la sociedad conyugal o al nacer ésta durante el matrimonio, existiendo dichos bienes, o bien en la fecha en que se adquieran por el cónyuge nacional, deba acreditar el compromiso a que se refiere la fracción I del art. 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque en ninguno de esos eventos el cónyuge extranjero adquiere el exclusivo dominio sobre algún bien, sino que podrá hacerlo respecto de los que constituyen la comunidad de bienes hasta el momento de la adjudicación y, por tanto, sólo hasta entonces podrá actualizarse respecto a aquél el compromiso previsto en la norma constitucional invocada. En consecuencia, tal acreditamiento, como lo establecen distintos ordenamientos que han reglamentado dicho precepto constitucional, debe hacerse ante el notario público que ha de protocolizar el acto mediante el cual el extranjero adquiera el dominio directo de los bienes inmuebles, ya sea por efecto de la liquidación de la sociedad o de la adjudicación por efecto de la herencia, es decir, al tiempo en que el acto traslativo de dominio en lo individual deba perfeccionarse con las formalidades externas previstas por la ley, las cuales sólo pueden cumplirse mediante el otorgamiento de la escritura respectiva, de ahí que tanto los notarios como los registradores públicos estén obligados a abstenerse de llevar a cabo operaciones y registros cuando no se les compruebe ese requisito.

Contradicción de tesis 132/2002-PS. Entre las sustentadas por el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. 9 marzo 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno.

Tesis de jurisprudencia 49/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintisiete abril dos mil cinco³.

Así entonces, no se hace necesaria la presentación del convenio de renuncia o cláusula Calvo mientras subsista el matrimonio, pues el patrimonio común establecido por medio de la sociedad matrimonial es diferente al patrimonio propio de cada uno de los cónyuges, sin que sea dable impedir al cónyuge nacional el ejercicio del Derecho constitucional de adquirir el dominio de inmuebles en

³ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Primera Sala, t. XXI, junio de 2005, Tesis 1ª/J. 49/2005., p. 121.

territorio nacional, ya sea dentro o fuera de la zona restringida por el hecho de sostener un vínculo matrimonial con extranjero o sujetar la compraventa a la autorización previa de la Secretaría de Relaciones Exteriores y el consecuente pacto de renuncia o cláusula Calvo, por ser destinado el bien inmueble a una mancomunidad de bienes diferente a la propia del cónyuge extranjero.

En la práctica, al momento de celebrar los actos traslativos de dominio de inmuebles del caso a estudio, los notarios han optado por diversas fórmulas para cumplir con las restricciones constitucionales, dependiendo de la ubicación del bien inmueble; en caso de que éste se encuentre fuera de la zona restringida, se hace mención que el inmueble se adquiere para la sociedad matrimonial y depende del criterio del notario que formalice el acto si se sujeta dicha adquisición al convenio de renuncia por parte del cónyuge extranjero como parte de una práctica arraigada antes del pronunciamiento de la jurisprudencia antes citada o bien formalizan el acto sin la necesidad del convenio de renuncia en acatamiento de dicho criterio de la Corte. En ambos casos, los registradores públicos de bienes inmuebles y la propia Secretaría de Relaciones Exteriores han optado por respetar el criterio de cada notario al momento de formalizar los actos traslativos de dominio.

En caso de que el bien inmueble se encuentre dentro de la zona restringida, la práctica notarial al momento de formalizar los actos traslativos de dominio, han optado por establecer que quien adquiere específicamente el bien inmueble es el cónyuge nacional y en algunos casos se hace mención de la comparecencia del cónyuge extranjero sin que se exprese que dicho bien pasa a formar parte de la sociedad matrimonial, pero sin dejar de reconocer en ese acto que el nacional mexicano sostiene un vínculo matrimonial con un extranjero, sin que sea exigible el convenio de renuncia o cláusula Calvo, pues quien adquiere en estricto derecho es el cónyuge mexicano ya que el extranjero está impedido por las restricciones constitucionales para adquirir el dominio de bienes en la zona restringida.

Respecto al segundo problema planteado, si el cónyuge extranjero adquiere derechos respecto del bien inmueble adquirido por el cónyuge mexicano, la controversia debe abordarse a partir de circunstancias fácticas relacionadas con la ubicación del inmueble; si éste se encuentra fuera o dentro de la zona restringida. Estos mismos problemas ya han sido planteados por el jurista y notario Diego Robles Farías, en donde igualmente determina que el extranjero puede adquirir derechos solo respecto de los bienes inmuebles ubicados fuera de la zona restringida, siempre y cuando haya formalizado el convenio de renuncia correspondiente; la aportación de éste jurista, evidentemente anterior a la jurisprudencia antes citada, analiza el problema planteado desde la naturaleza jurídica de la mancomunidad de bienes formada por el matrimonio y considera que los crite-

rios de las autoridades en aquel momento, que son las mismas que los establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia transcrita, no son correctos, pues se ocasiona que se forjen supuestos derechos o expectativas de derecho a favor de los extranjeros casados con mexicanos bajo los regímenes matrimoniales de mancomunidad de bienes⁴.

Se coincide fundamentalmente, que para determinar los derechos que adquiere el cónyuge extranjero respecto de los bienes inmuebles adquiridos por el cónyuge mexicano se debe partir del supuesto de ubicación del inmueble, ya sea fuera o dentro de la zona restringida, de ahí en más, sus argumentos han sido superados por la jurisprudencia firme apuntada.

V. Derechos del cónyuge extranjero sobre inmuebles fuera de la zona restringida

De una interpretación extensiva de la jurisprudencia anotada se colige que el cónyuge extranjero si tiene derechos sobre los bienes inmuebles adquiridos por el cónyuge mexicano dentro del matrimonio, derivado de la posibilidad que otorga la Constitución Mexicana a los extranjeros de adquirir el dominio de bienes fuera de la zona restringida, manteniéndose una expectativa de derecho de propiedad respecto de los bienes inmuebles comunes durante la subsistencia del matrimonio, expectativa de derecho que tornará en pleno derecho en caso de terminación del vínculo matrimonial, ya sea por muerte del cónyuge mexicano y la transmisión de los bienes al cónyuge extranjero en virtud de herencia o por divorcio y la consecuente liquidación de la sociedad matrimonial y la adjudicación al cónyuge extranjero de bienes inmuebles en territorio nacional y fuera de la zona restringida, ya sea como bienes hereditarios o como gananciales de la sociedad matrimonial, con la salvedad de formular el convenio de renuncia o cláusula Calvo y de solicitar el permiso previo de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir el bien inmueble si el extranjero es nacional de un país con el cual México no sostiene relaciones diplomáticas o con la presentación posterior a la adquisición del convenio ante la citada Secretaría si es nacional de un país con el que se sostienen relaciones diplomáticas, tal y como lo previene el art. 10-A de la Ley de Inversión Extranjera.

⁴ D. Robles Farías, “La Adquisición de Inmuebles Por Mexicanos Casados Con Extranjeros Bajo El Régimen de Sociedad Legal o Conyugal”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, n° 117, t. I, México 2002, pp. 234-250.

VI. Derechos del cónyuge extranjero sobre inmuebles dentro de la zona restringida

En el supuesto de que el bien inmueble se encuentre dentro de la zona restringida, pareciera a priori y con base a lo anteriormente expuesto que el cónyuge extranjero no genera ningún derecho respecto de ese bien inmueble por prohibición expresa del art. 27 constitucional a los extranjeros de adquirir el dominio directo de inmuebles en esa zona. En consecuencia se plantea el problema ¿El cónyuge extranjero genera algún derecho sobre inmueble adquirido por el cónyuge mexicano en caso de un régimen matrimonial de mancomunidad de bienes?

Se debe partir de la finalidad tanto del matrimonio como de la voluntad de los cónyuges en constituir un patrimonio común, por lo que se hace referencia de nueva cuenta al Código Civil del Estado de Jalisco, transcribiéndose a continuación artículos que evidencian algunos aspectos normativos de esas finalidades:

“Art. 258.- El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.”

“Art. 273.- Los cónyuges deben contribuir, cada uno por su parte, a los fines del matrimonio.”

“Art. 275.- Los cónyuges contribuirán al funcionamiento del hogar y aportarán económicamente a su sostenimiento, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a estos gastos.”

Los deberes y derechos que nacen del matrimonio serán iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar.”

“Art. 276.- Cada uno de los cónyuges tiene un derecho preferente sobre los bienes propios del otro, y sobre los productos e ingresos que correspondan a los gastos de alimentación para el cónyuge y sus hijos, pudiendo pedir el aseguramiento de bienes, para hacer efectivo este derecho.”

Así entonces, resulta claro que el matrimonio, como base fundacional de la familia, unidad básica de la comunidad, requiere que ambos cónyuges aporten diversos bienes a la estructura familiar, bienes incorpóreos, éticos, morales, educacionales, etc., como también bienes materiales, sueldos, salarios, muebles, inmuebles, capitales, etc., para la conformación de los bienes familiares.

Por ende resulta improbable, que en tratándose de un matrimonio celebrado bajo el régimen de sociedad conyuga o legal, al momento de la adquisición de un bien

inmueble situado en la zona restringida, el cónyuge extranjero no contribuya a esa adquisición que pasaría a formar parte de los bienes familiares y al cual tienen derecho de uso y usufructo los miembros de la familia, entre ellos, desde luego, el cónyuge extranjero, no obstante que constitucionalmente se suponga que ese bien inmueble pertenece exclusivamente al cónyuge mexicano; las relaciones afectivas entre personas y los sentimientos de ayuda mutua en un matrimonio no pueden quedar sometidas a una norma que regula aspectos meramente materiales de la adquisición de un inmueble.

Consecuentemente se considera que sí se generan derechos por parte del cónyuge extranjero sobre los bienes inmuebles adquiridos en el matrimonio no obstante se encuentren en la zona restringida, derechos que se mantienen subyacentes a la par de la vigencia del matrimonio, tiene desde luego derechos *de facto* al haber contribuido de una forma u otra a su adquisición para la conformación del patrimonio familiar y en cuanto a derechos legales, estos se encuentran muy difusos y controvertidos por la restricción constitucional hacia los extranjeros de adquirir dominio directo de inmuebles en la zona restringida, pues como lo menciona el art. 276 Cc antes citado, cada uno de los cónyuges tiene derecho preferente sobre los bienes propios del otro, por tanto el cónyuge extranjero debería de tener derecho de preferencia en la adquisición de propiedad del inmueble ubicado en zona restringida en caso de la terminación del vínculo matrimonial y de querer mantener la vigencia de los derechos que subyacían a su favor sobre ese inmueble; sin embargo no pasa desapercibida la jerarquía normativa en este problema, pues es de explorado derecho que el Código civil de Jalisco es una norma inferior a la Constitución, por lo que debe aplicarse en principio las normas constitucionales por sobre las normas civiles del citado código.

VII. Terminación del matrimonio y conservación de los bienes en zona restringida por parte del cónyuge extranjero

En caso de que el cónyuge extranjero desee mantener esos derechos nacidos del matrimonio, es que surge entonces otro problema a plantear: ¿Es posible salvaguardar los derechos de facto que tiene el cónyuge extranjero sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio, ubicados en la zona restringida, en caso de terminación del matrimonio?

Considerando que las causas de terminación del matrimonio son la muerte de uno de los cónyuges o el divorcio, se abordarán las consecuencias jurídicas de estos supuestos y su relación con los bienes adquiridos durante el matrimonio, ubicados en zona restringida.

1. Muerte del cónyuge mexicano

En el supuesto que el cónyuge supérstite sea el extranjero, necesariamente se debe entrar al proceso de sucesión de bienes quedando sujeta la sucesión a la potestad jurisdiccional del estado con la intervención del juez correspondiente.

De ser competente un juez mexicano y llevarse ante él el proceso de sucesión, al momento de la presentación del proyecto de partición y adjudicación de los bienes del *de cuius*, en este caso el cónyuge mexicano, al juez le corresponde verificar que ese proyecto contemple el cumplimiento de las normas relativas a la capacidad de heredar. En el Código Civil de Jalisco, para ejemplificar, se establecen normas muy claras respecto de la sucesión a favor de extranjeros, como lo es el art. 2968 que en lo conducente dice: “Los extranjeros y las personas jurídicas, son capaces de adquirir bienes por sucesión pero su capacidad tiene las limitaciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en las respectivas leyes reglamentarias”. Así el juez de la sucesión cuidará que se cumpla con precisión las restricciones constitucionales al momento de adjudicar los bienes. En este sentido el extranjero tiene capacidad para heredar, pues es un derecho humano y no se le puede negar, pero específicamente respecto de los bienes ubicados en zona restringida, el cónyuge extranjero no tendrá vocación sucesoria⁵, pues la herencia como medio para transmitir la propiedad presupone que el heredero puede legalmente ser propietario del bien materia de la sucesión y en caso de los bienes ubicados en zona restringida la propia Constitución le impide al cónyuge supérstite poder ser propietario de ese bien inmueble y por tanto también conservar los derechos *de facto* que tenía subyacentes sobre el inmueble en virtud del matrimonio.

En todo caso de existir heredero de nacionalidad mexicana sería éste el natural adjudicatario del bien ubicado en zona restringida con la consabida negociación y conciliación de los intereses con el cónyuge supérstite extranjero; en caso de no existir mas heredero que el cónyuge supérstite extranjero y ante la restricción constitucional, la sucesión deberá de proceder a la venta pública del bien, como en tratándose de un bien que no admite cómoda división y el producto de la venta adjudicarlo al heredero extranjero, esto como forma de recuperar de alguna manera lo aportado en la adquisición de los bienes del matrimonio.

2. Terminación del matrimonio por divorcio

Cuando el matrimonio termina por divorcio y se debe de proceder a la liquidación del haber patrimonial conyugal, la jurisprudencia antes apuntada se torna de

⁵ L. Pereznieta Castro y J. A. Silva Silva, *Derecho Internacional Privado Parte Especial*, México, Oxford, 2007, pp. 382-285.

dudosa aplicación, pues como ya se ha mencionado anteriormente solo resulta aplicable cuando los bienes se ubican fuera de la zona restringida, pues además dicho criterio judicial no resuelve como ha de hacerse esa liquidación⁶.

El divorcio en el Estado de Jalisco puede llevarse a cabo por medio de tres procedimientos, el divorcio administrativo, el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio contencioso. Se analizarán brevemente estos procedimientos en relación a la forma de liquidar los bienes habidos en el matrimonio.

3. *Divorcio administrativo*

Previsto en el art. 405 Bis del Código Civil de Jalisco permite que los cónyuges, sin la intervención judicial y solo ante el oficial del registro civil correspondiente, de común acuerdo lleven a cabo su divorcio, siempre y cuando sean mayores de edad, no tengan hijos vivos o concebidos dentro de matrimonio, tengan más de un año de casados y que de común acuerdo hubieren liquidado la sociedad conyugal o legal, es decir que previamente a la solicitud ya hubieran liquidado la sociedad.

Esa liquidación previa deberá definir cuales bienes le corresponden a cada cónyuge de manera exclusiva transmitiéndose entre ellos la propiedad de los bienes ante fedatario público, por lo tanto existiendo bienes en la zona restringida, el fedatario deberá de cumplir y verificar que se cumplan con las restricciones constitucionales y en todo caso negarse a formalizar actos en donde el cónyuge extranjero pretenda adquirir de manera exclusiva esos bienes, impidiendo que el extranjero pueda adquirir la propiedad de esos bienes y conservar los derechos *de facto* que tenía subyacentes en la sociedad.

4. *Divorcio por mutuo consentimiento y divorcio contencioso*

En estos procedimientos, la liquidación de la sociedad se somete a la potestad judicial, ya sea que se presente una propuesta de común acuerdo entre cónyuges o el juez realice la división de los bienes en ejecución de sentencia del contencioso, la autoridad judicial velará por el cumplimiento de la norma constitucional impidiendo que el cónyuge extranjero pueda adquirir la propiedad del bien ubicado en la zona restringida.

Lo factible es que el cónyuge mexicano conserve para sí la propiedad del bien inmueble controvertido, pues por un lado se puede argumentar que al momento de liquidar los bienes, ese bien inmueble no puede considerarse parte de sociedad por que legalmente solo le perteneció y le puede pertenecer a un nacional mexicano.

⁶ *Ibíd.*, op. cit., p. 185.

En una segunda visión y ante los derechos *de facto* que sostuvo el extranjero sobre el bien inmueble por las aportaciones realizadas a la conformación de los bienes del matrimonio, derechos que mantuvo subyacentes durante la vigencia del vínculo matrimonial, solo mediante el común acuerdo de los cónyuges y con la voluntad y el reconocimiento expreso del cónyuge mexicano sobre las aportaciones realizadas por cónyuge extranjero y sus derechos *de facto* sobre ese inmueble, se podría llegar a otras soluciones, tales como la venta directa del bien que realice el cónyuge mexicano y con su producto reintegrar capital al extranjero o todo caso el otorgamiento de un poder irrevocable, de duración determinada para actos de administración y dominio por parte del cónyuge nacional al cónyuge extranjero respecto de ese bien inmueble para que éste pueda realizar los actos necesarios y recuperar sus aportaciones realizadas para la adquisición de ese bien, llegando hasta la enajenación a terceros conservando el producto de su venta como parte de las ganancias del matrimonio⁷.

VIII. Soluciones en la práctica para que el extranjero pueda mantener el uso y goce de los bienes en zona restringida.

Además de las formas antes vistas de cómo se puede abordar el problema planteado, surge una variante a la pregunta inicial: ¿Es posible salvaguardar de otras formas los derechos *de facto* que tiene el cónyuge extranjero sobre los bienes adquiridos durante el matrimonio, ubicados en la zona restringida?

En una visión estricta del art. 27 constitucional, se podría responder que no, no es posible salvaguardar los derechos *de facto* del cónyuge extranjero sobre estos bienes de otras formas de las ya propuestas, ya que la propia Constitución no reconoce esos derechos *de facto*, por lo que resultaría poco afortunado intentar tornar los derechos *de facto* en derechos legales plenos sobre el inmueble por la restricción expresa del art. 27 constitucional.

Sin embargo a continuación se referirán los actos jurídicos y prácticas más frecuentes a que se ha recurrido para que los extranjeros en general puedan usar y gozar de los bienes ubicados en zona restringida a manera de propietarios y que se podrían utilizar para que el cónyuge extranjero pueda en un momento dado salvaguardar los derechos *de facto* antes citados.

⁷ Según el art. 2245 Código Civil del Jalisco: “El mandante no podrá revocar el mandato, ni el mandatario podrá renunciar a su ejercicio cuando su otorgamiento se hubiera estipulado como condición en un contrato bilateral de vigencia determinada como medio para cumplir una obligación contraída”.

1. *El fideicomiso*

Hasta ahora, en el estado de la normatividad, específicamente en la Ley de Inversión Extranjera, la única forma de salvaguardar esos derechos *de facto* es mediante la constitución de un fideicomiso el cual desde luego no otorga derechos de propiedad o de dominio respecto del bien inmueble, pues el derecho de nuda propiedad lo mantiene el fideicomitente y el de dominio el fiduciario, correspondiéndole al fideicomitente, cónyuge extranjero en este caso, solo lo derechos fiduciarios de uso y goce del bien inmueble y sujeto a una temporalidad determinada y con los consecuentes gastos de constitución y operación del fideicomiso.

2. *El prestanombres*

A fin de evitar los inconvenientes de la constitución de un fideicomiso, se han llevado a la práctica diversas actividades y actos jurídicos a fin de salvaguardar esos derechos *de facto* nacidos del matrimonio y que son utilizadas no solo en caso de terminación de matrimonio, sino también cuando un extranjero quiere hacer uso o generar derechos de propiedad sobre bienes inmuebles citados en la zona restringida, tales como el prestanombres, la menos recomendable de todas, pues en este caso un mexicano adquiere la propiedad con recursos económicos del extranjero y le concede a éste el uso del inmueble con la obvia inestabilidad del derecho de propiedad pues ésta legalmente le pertenece al prestanombre⁸.

3. *El arrendamiento y administración de inmuebles*

Otra práctica es el arrendamiento con opción a compra, en donde una persona física mexicana o una persona jurídica mexicana con cláusula de exclusión de extranjeros adquiere el bien inmueble y celebra con el extranjero un contrato de arrendamiento con opción a compra con el extranjero por una temporalidad de diez o más años, el cual según el Código Civil de Jalisco se debe de registrar en el registro público de la propiedad, por el cual el extranjero paga rentas adelantadas por el tiempo total del arrendamiento, que en estos casos equivale prácticamente al valor de la propiedad, estableciéndose la condición que la opción a venta operará cuando legalmente el extranjero pueda adquirir la propiedad, es decir cuando se nacionalice mexicano o en un momento dado cuando cambien las restricciones constitucionales hacia el extranjero, manteniendo desde luego la persona mexicana la propiedad del bien inmueble y en la mayoría de los casos

⁸ A. González Rodríguez, *Zonas Prohibidas, Fideicomisos y Condominios*, México, Jus, 1990, p 121.

haciendo cargos económicos al extranjero por administración del inmueble, pues al mantener la propiedad la persona mexicana ésta adquiere obligaciones frente al Estado y terceros que requieren la realización de actos y actividades, que van desde el cumplimiento de obligaciones fiscales hasta la defensa del inmueble, siendo este el motivo del cargo de las cuotas de administración⁹.

4. Constitución de una sociedad

En algunos casos, los extranjeros optan por constituir una persona jurídica o moral de nacionalidad mexicana para poder acceder al beneficio establecido por el art. 10 fracción I de la Ley de Inversión Extranjera que permite a una sociedad de nacionalidad mexicana con cláusula de admisión de extranjeros y que en su pacto social hayan incluido la cláusula Calvo, adquirir el dominio sobre bienes inmuebles ubicados en la zona restringida cuando el destino de esos bienes sea la realización de actividades no residenciales, tales como sociedades mercantiles o civiles; el argumento fundamental de esta permisión se basa básicamente en dos factores, primero que la nacionalidad de la persona moral, misma que es otorgada por el art. 8 de la Ley de Nacionalidad: "Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal" aún y cuando el cien por ciento de su capital y socios sean extranjero, dispositivo que ha sido criticado por ser muy general y otorgar la posibilidad de conceder la nacionalidad a una persona moral que no lo es, ya que para efectos reales y prácticos una persona así conformada es una sociedad extranjera¹⁰, pues responde a motivaciones e intereses distintos a los nacionales a pesar de que la leyes traten de considerarla como tal¹¹. El segundo es la personalidad diferente, al momento de constituirse una sociedad, ésta goza de una personalidad distinta y separada de la personalidad de los miembros que constituyen, siendo éste un principio tradicional subsumido en las diversas leyes que permiten la constitución de sociedad, principio al cual se hace referencia en la exposición de motivos de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "Es conservado el principio de que todas las sociedades gozan de personalidad distinta de las de los sujetos físicos que las integran¹²", siendo esa personalidad la que permite mantengan un patrimonio propio, igualmente diferente, al patrimonio de los sujetos que la integran. Por tanto estas sociedades al ser de nacionalidad mexicana y con un patrimonio propio, la ley les permite adquirir el dominio de bienes en zona restringida cuando ese bien no se dedique a actividades residenciales, con un gran

⁹ *Ibíd.*, p 117-121.

¹⁰ L. Péreznieto Castro, *Derecho internacional Privado Parte General*, México, Oxford, 2006, p 64.

¹¹ L. Péreznieto Castro y J.A. Silva Silva, *op. cit.*, p 496.

¹² W. Frisch Philipp, *Sociedad Anónima Mexicana*, México, Oxford, 1999, p. 88.

inconveniente, existe una gran laguna legal en caso de la disolución de la sociedad respecto a cómo se deben liquidar esos bienes cuando los socios son extranjeros, lo cual desde luego puede llevar a diversos conflictos legales en las relaciones jurídicas, patrimoniales, económicas y corporativas de la sociedad.

A) Actividades residenciales *versus* actividades no residenciales

Cabe entonces definir que son actividades residenciales y por eliminación considerar todo lo demás como actividades no residenciales. El diccionario de la Real Academia Española define como residir el estar establecido en un lugar y como residencial: “Dicho de una parte de una ciudad: Destinada principalmente a viviendas, donde por lo general residen las clases más acomodadas, a diferencia de los barrios populares, industriales y comerciales, etc.” Como se ve, se hace una clara distinción, la parte residencial de una ciudad es la que está principalmente destinada a vivienda, a casa habitación, en donde una persona o familia desarrollan y asientan sus actividades hogareñas, se afianzan y constituyen los lazos y relaciones familiares o bien en donde se pernocta o se encuentran los aposentos; en consecuencia, todas las actividades fuera de las señaladas serán consideradas como no residenciales, pudiendo englobar éstas en actividades industriales, comerciales, profesionales, económicas o en fin de aquellas que se dedican a las labores que dan sustento económico a las personas y en un momento dado, hasta culturales y científicas.

B) Sociedades mercantiles

El extranjero persona física al constituirse como socio de una sociedad mercantil puede mantener el uso y goce de los bienes en zona restringida a través de la sociedad siempre y cuando lo destine a uso diferente al habitacional como en el caso de que se constituya una sociedad mercantil en donde se destine para fines comerciales o lucrativos en claro cumplimiento de su objeto social¹³, así por ejemplo, una sociedad anónima no tiene ningún problema en adecuarse al marco del art. 10 fracción I de la Ley de Inversión Extranjera, pues el objeto social es precisamente lucrativo y los bienes pertenecientes a la sociedad necesariamente deben ser destinado a actividades lucrativas, comerciales o industriales, por lo que legalmente pueden adquirir el dominio de los bienes en zona restringida y en caso de disolución de la sociedad o retiro de un accionista, en general

¹³ Según el art. 4 Ley General de Sociedades Mercantiles “Se reputarán mercantiles todas las sociedades que se constituyan en alguna de las formas reconocidas en el art. 1º de esta Ley. / Las sociedades mercantiles podrán realizar todos los actos de comercio necesarios para el cumplimiento de su objeto social, salvo lo expresamente prohibido por las leyes y los estatutos sociales”.

se tiene solamente el derecho a una cuota de liquidación en dinero¹⁴ que siendo así no se contravendrían las disposiciones del art. 27 constitucional a menos que en sus estatutos o la asamblea general dispongan que se reparta el patrimonio en especie, lo que desde luego sería contrario a las restricciones constitucionales, por lo que debería imponerse legalmente la previsión estatutaria que en caso de liquidación del patrimonio de la sociedad tratándose de accionistas extranjero respecto de bienes ubicados en zona restringida solo tendrán derecho a una cuota en dinero. Estas consideraciones respecto a la liquidación de los bienes son generalmente aplicables a todas las sociedades, sean mercantiles o civiles.

C) Sociedades civiles

También existe la posibilidad de que extranjeros puedan constituir sociedades que no sea necesariamente mercantiles como las sociedades civiles y las asociaciones civiles, en ambos casos se constituyen con base en el Derecho civil de cada entidad federativa; tomando en consideración lo establecido por el Código Civil del Jalisco, las sociedades civiles tienen un fin preponderantemente económico¹⁵ que no constituyan una especulación comercial. A esta definición, las actividades de las sociedades civiles pueden considerarse como no residenciales, pues los bienes afectos a los fines de la sociedad pueden ser actividades profesionales, artísticas o culturales y por tanto pueden adquirir el dominio de bienes en zona restringida para dedicarlos a estas actividades.

Esta delimitación sobre las actividades de una sociedad civil es bastante general, pues no impide que además de las actividades preponderantemente económicas una parte del bien inmueble pueda destinarse a actividades residenciales, así por ejemplo el socio extranjero que sea arquitecto, médico, abogado o artista puede tener su despacho, consultorio o estudio en un inmueble en zona restringida, desarrollando su actividad profesional que desde luego es económica, pues de esa actividad gana su sustento y que no presupone una actividad lucrativa, luego entonces no se impide que en una parte de ese inmueble se ubique su residencia o viceversa, que teniendo su residencia en un inmueble en zona restringida pueda utilizar una parte o pieza de ese inmueble a sus actividades profesionales o artísticas, por lo que se puede considerar la existencia de actividades mixtas en este caso, las cuales no están previstas en la ley y por tanto permisibles para la adquisición de bienes en zona restringida, bajo el principio de que el particular puede hacer todo aquello que no le esta prohibido.

¹⁴ W. Frisch Philipp, *op. cit.*, pp. 328 y 570.

¹⁵ De acuerdo con el art. 208 Código Civil de Jalisco: "En las sociedades, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial".

D) Asociaciones civiles

La distinción primordial de las asociaciones es que no tienen un carácter preponderantemente económico¹⁶, aún y cuando los bienes afectos a esta tipo de asociación se dediquen a actividades propias de los fines establecidos en los estatutos, la utilización de esta figura no resulta recomendable, pues se ha utilizado para disfrazar actos equivalentes a los “tiempos compartidos” que tienen una regulación específica hacia el turismo¹⁷ en que se transmite solo el uso de los bienes; en el caso de las asociaciones, que también se les llama clubes, éstos adquieren los bienes en zona restringida y permiten su uso y goce a sus socios por medio de la venta de membresías, lo cual ha sido señalado como una manera ilegal de permitir el uso y goce de los bienes restringidos a extranjeros¹⁸ y que de constituirse una asociación para estas actividades llamaría poderosamente la atención de las autoridades sobre la legalidad de las actividades de esta asociación.

Cabe mencionar, que en general los actos constitutivos de sociedades con cláusula de admisión de extranjeros y sus actividades quedan bajo la vigilancia de la Secretaría de Relaciones Exteriores, siendo ésta la encargada de verificar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Inversión Extranjera en materia de propiedad inmueble y que en un momento dado, queda a criterio de las autoridades de esa Secretaría, específicamente de la Dirección General de Asuntos Jurídicos evaluar las actividades de las sociedades, ya sean mercantiles o civiles, a fin de determinar si se trata de actos simulados para permitir el goce o disposición de bienes en la zona restringida, quedando facultada para multar, de considerar que se viola la ley, por la cantidad hasta por el monto de la operación¹⁹.

¹⁶ Según el art. 172 Código Civil de Jalisco: “Cuando varias personas convienen en reunirse, de manera que no sea enteramente transitoria, para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación”.

¹⁷ Código Civil del Jalisco:

Art. 1115, “El derecho de uso en tiempo compartido es el régimen jurídico a que se afecta una edificación y el mobiliario útil para ello, con la finalidad de que sea aprovechado para fines turísticos en forma conjunta, separada y sucesivamente por los adquirentes a quienes se denominará compartidarios y compartidor a los afectantes.

Se considera como operador para los fines de este artículo a quien tiene el cuidado y mantenimiento del desarrollo.”

Art. 1116: “Los derechos y obligaciones de las partes, se rigen por la ley en lo general; por el reglamento que expida quien afecta el bien a la modalidad de tiempo compartido; y en lo particular, por los contratos y convenios que en cada caso se celebren.

Los derechos de los compartidarios no tienen la categoría de reales y no son renunciables”

¹⁸ A. González Rodríguez, *op. cit.*, p 118.

¹⁹ Ley de Inversión Extranjera

IX. Derechos humanos y Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones. Opciones a explorar

1. De los derechos humanos

Dentro de los fundamentos de la propuesta para modificar el art. 27 constitucional de la cual se habló anteriormente, se encuentra la observancia a los derechos humanos, particularmente al art. 21, párrafos 1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, también conocido como Pacto de San José, el cual textualmente establece: “Art. 21. Derecho a la Propiedad Privada 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

A partir de las reformas constitucionales de 2011, se incluye textualmente el principio “pro persona” y el respeto, observancia, protección y aplicación de los derechos humanos tal y como lo menciona el art. 1° de la Constitución:

“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

Así la aplicación del art. 21 de la Convención Americana Sobre los derechos humanos resultaría aplicable al momento de que el cónyuge extranjero quisiera salvaguardar los derechos *de facto* que nacieron con el matrimonio respecto de

Art. 38: “Las infracciones a lo establecido en esta Ley y sus disposiciones reglamentarias, se sancionarán de acuerdo a lo siguiente: (...).

V.- En caso de simulación de actos con el propósito de permitir el goce o la disposición de bienes inmuebles en la zona restringida a personas físicas o morales extranjeras o a sociedades mexicanas que no tengan cláusula de exclusión de extranjeros, en contravención a lo dispuesto por los Títulos Segundo y Tercero de esta Ley, se sancionará al infractor con multa hasta por el importe de la operación;

Corresponderá a la Secretaría la imposición de las sanciones, excepto por lo que hace a la infracción a la que se refiere la fracción V de este artículo y las demás relacionadas con los Títulos Segundo y Tercero de esta Ley, que serán aplicadas por la Secretaría de Relaciones Exteriores.”

los inmuebles adquiridos en zona restringida, pues como se estableció anteriormente desde luego que se generan derechos durante el matrimonio, pudiendo ser aplicable no solo en éste caso, sino cuando el extranjero sostenga un derecho de posesión precario en la medida en que no tiene la capacidad jurídica para convertir su posesión en propiedad²⁰ por las restricciones constitucionales.

Así nos encontramos ante la posibilidad de una antinomia, pues por un lado la existencia de las restricciones del art. 27 constitucional y por otra la remisión expresa que hace la Constitución a los tratados en derechos humanos, considerándose normas de un mismo nivel jerárquico, pues la propia constitución les otorga a todas las normas de derecho humanos derivadas de tratados suscritos por México esa cualidad.

Hasta el momento no se ha resuelto en tribunales la defensa de los derechos del cónyuge extranjero sobre los bienes en zona restringida con base a los derechos humanos incorporados por medio de tratados, como el caso del art. 21 de la Convención antes citado, no obstante que existe un argumento válido, tal y como lo previene el párrafo segundo del art. 1º constitucional: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”; por tanto se debe considerar que los derechos *de facto* nacidos del matrimonio respecto de los bienes ubicados en zona restringida deben ser protegidos por el principio pro persona y en un momento dado permitir que el cónyuge extranjero pueda ejercer plenamente los derechos generados durante el matrimonio y tornar los derechos *de facto* en derecho de propiedad sobre el inmueble en zona restringida, pues el derecho de propiedad representa una protección más amplia que el simple derecho de posesión, sin demérito que el Estado le exigiera al cónyuge extranjero suscribir el convenio de renuncia como si se tratase de un bien ubicado fuera de la zona restringida y el extranjero pueda oponer ese derecho de propiedad ante terceros y hasta el propio de Estado en caso expropiación por causa de utilidad pública.

2. Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPRIS)

Otra opción para salvaguardar los derechos *de facto* nacidos del matrimonio así como las inversiones realizadas por extranjeros pueden ser los acuerdos de protección de inversiones que ha suscrito México. En este caso se debe partir de la permisión que otorga la Ley de Inversión Extranjera para que sociedades de nacionalidad mexicana, aún con el cien por ciento de su capital y socios extranjeros, pueden obtener el dominio de inmuebles en zona restringida cuando los

²⁰ L. Pereznieto Castro y J.A. Silva Silva, *op. cit.*, p 394.

destinen a actividades no residenciales y que de manera general dicha ley no permite que personas físicas extranjeras adquieran el dominio de esos bienes aún y cuando los destinen a actividades no residenciales, por tanto con base en los acuerdos de promoción y protección de inversiones y el principio de trato nacional ¿Se puede permitir a una persona física extranjera adquirir el dominio directo de bienes en zona restringida cuando los dediquen a actividades no residenciales?

Tómese como ejemplo el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España para determinar, en caso de que el cónyuge extranjero, de nacionalidad española desde luego, que al momento de la terminación del matrimonio manifestara su voluntad de mantener el uso y goce del bien inmueble ubicado en zona restringida para dedicarlo a actividades económicas o cualquier otra actividad empresarial, si bajo la protección de ese acuerdo internacional puede adquirir el dominio de los bienes en zona restringida aún tratándose de una persona física extranjera.

El APPRI entre México y España en su art. I, ap. 4 inciso e) define como inversión la propiedad de inmuebles adquiridos o utilizados para actividades económicas u otros fines empresariales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con la legislación de ésta última; en su ap. 5 inciso a) define como inversor a la persona física que tenga la nacionalidad de una parte contratante; en su ap. 6 define como territorio el territorio terrestre, las aguas interiores y el mar territorial de cada una de las Partes Contratantes, así como la zona económica exclusiva y la plataforma continental que se extienden fuera del límite del mar territorial de cada una de las Partes Contratantes sobre las cuales éstas tienen o pueden tener jurisdicción o derechos soberanos de acuerdo con el Derecho internacional; en su artículo III, ap. 1 establece el principio de tratado nacional estipulando que “Cada Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor”.

En virtud de lo establecido por el art. 133 constitucional²¹, el APPRI entre México y España, al considerarse un tratado internacional, se recibe y considera como Derecho nacional y por tanto aplicable a los casos específicos que regula,

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Art. 133: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

considerándose como una ley especial debiéndose aplicar de manera preferente por sobre la ley general y si la Ley de Inversión Extranjera permite que una sociedad mexicana con cláusula de admisión de extranjeros adquiera el dominio de bienes en zona restringidas para dedicarlas a actividades económicas o empresariales (no residenciales), de aplicarse el APPRI México-España, debe permitirse que no solo sociedades españolas pueda adquirir el dominio directo de esos bienes, sino también personas físicas inversionistas de nacionalidad española tomando en consideración tres aspectos, tanto la ley y el APPRI citados reconocen a las personas físicas como posibles inversionistas y bajo el principio de trato nacional; segundo, aplicando el principio de trato nacional previsto en el APPRI, debe otorgárseles a los inversionistas españoles, personas físicas, que adquieran el dominio de bienes en zona restringida ya que en el acuerdo internacional no se hace distinción alguna de lo que puede o no pueden hacer los inversionistas personas físicas, circunstancia que si se prevé en la Ley de Inversión Extranjera pero quedaría inoperante en tratándose de inversionistas personas físicas españolas por tener preferencia de aplicación el APPRI México-España y tercero, en el APPRI no se hace reserva alguna en cuanto al ámbito de aplicación geográfica del acuerdo, pues claramente se puede apreciar en el ap. 6 del art. I del APPRI que se comprende todo el territorio nacional, ya sea del Reino de España o de los Estados Unidos Mexicanos, quedando desde luego comprendida en ese apartado la zona restringida establecida en el art. 27 constitucional.

Por último cabe señalar que en caso de controversia derivado de la aplicación del APPRI México-España en su art. XV establece el Derecho aplicable las disposiciones del acuerdo y las reglas y principios aplicables del Derecho internacional, por lo que resulta motivo de reflexión y estudio establecer la vigencia y eficacia de una norma interna como lo son las restricciones del art. 27 constitucional en materia de propiedad del extranjero en México en vista de lo establecido por el art. 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 46.” Estudio que se merece un trabajo aparte y que por el momento no corresponde a la materia tratada en el presente escrito.

X. Conclusiones

Aún y cuando constitucionalmente el derecho de propiedad del extranjero se encuentre limitado por las restricciones del art. 27, es legalmente viable y posible que un matrimonio conformado por un nacional mexicano y un extranjero

adquieran bienes inmuebles dentro de la zona restringida sin necesidad de solicitar permiso a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El cónyuge extranjero, desde el momento que forma parte del matrimonio, contribuye a la conformación del patrimonio común generando derechos *de facto* respecto de los bienes adquiridos y ubicados en la zona restringida, pudiendo hacer uso y goce de los mismos en calidad de dueño, pues no existe disposición alguna que le impida hacer uso de esos derechos *de facto*, mismos que se encuentran subyacentes y vigentes durante la existencia del vínculo matrimonial.

En caso de terminación del matrimonio se puede recurrir a la celebración y realización de actos jurídicos que permiten salvaguardar los derechos *de facto* creados durante el matrimonio permitiendo el uso y goce de esos bienes por parte del cónyuge extranjero sin que legalmente le sea transmitido el dominio del inmueble respetando así las restricciones constitucionales.

Existe la viabilidad jurídica de hacer valer los derechos humanos y la aplicación de acuerdos internacionales a fin de posibilitar que el cónyuge extranjero, como persona física, adquiera la propiedad o el dominio de bienes inmuebles ubicados en la zona restringida a fin de salvaguardar los derechos *de facto* generados a su favor por el matrimonio realizado con un nacional mexicano.

Bibliografía

- Frisch Philipp, W.: *Sociedad Anónima Mexicana*, México, Oxford, 1999.
- González Rodríguez, A.: *Zonas Prohibidas, Fideicomisos y Condominios*, México, Jus, 1990.
- Pereznieto Castro, L. y Silva Silva, J.A.: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, México, Oxford, 2007.
- Pereznieto Castro, L.: “Dos mitos en el Derecho internacional privado mexicano: 'la Cláusula Calvo' y 'la zona prohibida' o 'zona restringida'”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 2, 1997. Pp 111-134.
- Péreznieto Castro, L.: *Derecho Internacional Privado Parte General*, México, Oxford, 2006.
- Robles Farías, D.: “La Adquisición de Inmuebles Por Mexicanos Casados Con Extranjeros Bajo El Régimen de Sociedad Legal o Conyugal”, *Revista de Derecho Notarial Mexicano*, nº 117, t. I, México 2002, pp 234-250.

LA (DES) PROTECCION DEL CONSUMIDOR TRANSFRONTERIZO: TRES HITOS EN EL DERECHO LATINOAMERICANO CONTEMPORANEO *

Sara L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS **

SUMARIO: I. Introduccion. Proteccion del consumidor interamericano. II. Planteo del trabajo. Itinerario. 1. Algunas consideraciones especiales respecto de los contratos de consumo. 2. Ley 7/2914 de la República de Panamá. 3. Ley 544 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana. III. Algunos antecedentes notables. 1. Congresos. Obras codificadoras. Proyectos de reforma. 2. Propuestas legislativas anteriores al Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26994): A) Proyecto Goldschmidt; B) Proyecto de Reforma del Código Civil de 1993; C) Proyecto de Código Unificado de 1998; D) Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003. IV. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina: Análisis crítico. V. A modo de colofón. Algunas reflexiones y propuestas.

RESUMEN: En este trabajo el análisis se enfoca en las relaciones jurídicas internacionales en la que participan los consumidores centrándose específicamente en los contratos internacionales de consumo y la solución que las legislaciones más modernas le dan a esta cuestión.

PALABRAS CLAVE: PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – LEGISLACIÓN ARGENTINA- DERECHO COMPARADO.

ABSTRACT: *Vulnerability of the Cross-Border Consumer: Milestones in Latin-American Contemporary Law*

In that work the analysis focuses in the international legal relations between the consumers and the companies appearing to specifically for the international consumer contracts and the answer of the international private law of the countries.

KEYWORDS: CONSUMER PROTECTION – CONFLICTS OF LAW – INTERAMERICAN LEGISLATION- ARGENTINIAN LEGISLATION.

* Agradezco muy especialmente al Doctor José Carlos Fernández Rozas el envío generoso del material legislativo de Panamá y República Dominicana empleado en este trabajo.

** Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

I. Introduccion. Proteccion del consumidor interamericano

Resuenan las célebres palabras de John Kennedy cuando a principios de los sesenta, ante la Asamblea de los Estados Unidos, definió a los consumidores y sostuvo, que es el grupo económico más grande del mercado, pero a menudo, desoído. Por supuesto, que si bien es cierto que es mucho lo que ha cambiado desde aquel discurso que empezó por ubicar en la esfera de la opinión pública las relaciones de consumo, no es menos cierto que lo que permanece inalterable es que ante la fragilidad, la vulnerabilidad, la insuficiencia de protección para los consumidores es de toda necesidad, lograr resguardarlos de los abusos y errores de los que detentan el verdadero, efectivo poder de negociación en la contratación internacional.

En tiempos posmodernos, la protección de los consumidores ha dejado de ser un objetivo exclusivamente nacional. Tal como lo describe espléndidamente la doctrina cuando afirma que: “Con la apertura de los mercados a productos y servicios extranjeros, con la creciente integración económica, la regionalización del comercio, las facilidades del transporte, el turismo masivo, el crecimiento de las telecomunicaciones, de la conexión en la red de computadoras, del comercio electrónico, es imposible negar que el consumo ya sobrepasa las fronteras nacionales. Los bienes extranjeros están en los supermercados, los servicios son ofrecidos por los proveedores con sede en el exterior, a través de *telemarketing*, de la televisión, la radio, la internet, la publicidad de masas cotidiana para la mayoría de los ciudadanos de nuestras metrópolis regionales. Ya no es necesario viajar, ser un consumidor activo, un consumidor turista, ni trasladarse para ser consumidor, contratando en forma internacional o relacionándose con proveedores de otros países (...) consumir en forma internacional es típico de nuestra época”¹.

El escenario en el que actúan los consumidores, si bien es cierto es casi inasible, incommensurable, nos revela un abanico de posibilidades, un haz de futuras relaciones jurídicas internacionales, que a la manera de escaparates repletos, invitan, estimulan, tientan a quienes desean o necesitan adquirir bienes o servicios. Ahí están exhibiéndose, para ser tomados o dejados, y en ocasiones, basta un simple movimiento con el ratón de la computadora, o con un toque del celular, para calmar aquella ansiedad y lanzar una transacción internacional que se mueve con comodidad, tanto en el espacio físico como en el virtual.

¹ C. Lima Marques, “La insuficiente protección del consumidor en las normas de Derecho internacional Privado-de la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones del consumo”, extractos del curso “La protección del consumidor: aspectos del Derecho privado regional y general”, 2001.

En este último aspecto, conviene resaltar que bien se ha dicho que: “Pocas manifestaciones del poder de la creatividad humana han transformado a la sociedad, de un modo tan intenso y vertiginoso, como lo han hecho Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la última década... El comercio y los negocios electrónicos están entre sus más promisorias aplicaciones, capaces de ofrecer nuevos caminos de participación en el mercado global, nuevas posibilidades para la diversificación de las economías nacionales y nuevos y mejores trabajos para los jóvenes”².

Nadie puede dudar que el comercio electrónico haya revolucionado la actividad económica al favorecer, al facilitar el acceso a informaciones, la prestación de servicios y la obtención de productos sin necesidad de desplazamiento por parte del consumidor al establecimiento comercial. Esta fascinante, fantasmagórica ilusión que se abre, gracias a la Internet, permite por un lado, que el proveedor reduzca sus costos, lo cual puede provocar abaratamiento en el valor de los productos y servicios, y por el otro, simétricamente, puede ocasionar además de las inseguridades jurídicas, un ahondamiento, una exposición de las debilidades, de las vulnerabilidades de quienes, como los consumidores, se encuentran en una situación de inferioridad técnico económica, con respecto a los expertos, no profanos.

Además de ser una de las cosas de las que el hombre se sirve, tiene, presenta una multiplicidad de matices, de aristas y de actores protagónicos que interactúan en su derredor; sean las mismas partes en la contratación internacional, los prestadores de servicios de la llamada sociedad de información, los *access providers*, los *service providers*, los *content providers*. Dentro de esa categoría, la doctrina más calificada menciona entre otros, a los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso, los proveedores de servicios de Internet, los suministradores de servicios en línea y suministradores de contenidos y los usuarios³, y entre los usuarios destacan, las empresas, grupos empresariales, organismos estatales y privados, organizaciones nacionales e internacionales, con y sin fines de lucro, profesionales y los consumidores.

El consumidor que actúa a través de la *web*, realizando contratos con proveedores que están en distintos países, ve su condición de debilidad reforzada por las características del medio virtual. Ante esa especial circunstancia, la temática de la tutela internacional del consumidor merece especial atención del legislador, si lo que se quiere es conferir seguridad jurídica a los sujetos, las personas que

² E-Commerce and development Report 2003, United Nation Conference on Trade and Development. Nueva York, and Geneve. 2003, UNCTAD/SDTE/ECB/2003/1.

³ P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2001, pp. 37 ss.

optan por comprar mercaderías y adquirir servicios por medios electrónicos⁴. Se puede observar que en materia de política legislativa sobre comercio electrónico, la tendencia doctrinaria mayoritaria se inclina por la protección del consumidor como piso mínimo inderogable, de manera que las legislaciones y propuestas de regulación oscilan entre las que simplemente no tratan el derecho del consumidor, pues lo excluyen de su ámbito, y otra, que establece que el consumidor electrónico tiene derecho, como mínimo a una protección no menor que la que posee en otras áreas del comercio⁵.

Nos adentramos en esta delicada cuestión acerca de la (des)protección del consumidor transfronterizo, dado que la República Argentina representa un mercado más que interesante en cuanto al nivel de operaciones que se realizan por la *web*, que se traduce, por un lado, en algunas ventajas para los consumidores en general, y para los consumidores turísticos en especial, dado que gozan de una mayor información de los servicios contratados, pero por el otro, algunas desventajas dado que esta suerte de sutil paradoja lo pueden convertirlos en una víctima de las estafas electrónicas. Según datos recientes apreciables también en la práctica, la industria turística de Internet es el principal motor del comercio B2C tanto en Europa como en Estados Unidos; y lo que es más llamativo es que la carencia de ordenadores y/o acceso a internet en determinados países que son destinos turísticos, no es un obstáculo para que el turismo de otras latitudes realicen sus reservas.

En síntesis, a nadie se le oculta que en el mundo virtual, la mayoría de los productos y servicios que se ofertan en Internet únicamente precisan de la manifestación del consentimiento del consumidor- *clickwrap agreement*- a través de sencillas fórmulas y que se facilite la numeración de una tarjeta de crédito con fondos. Con el cumplimiento de esos recaudos, el producto se envía casi inmediatamente a destino en los casos de comercio electrónico indirecto o se facilita su acceso automático –*download*– en los casos de comercio electrónico directo. Por supuesto, tales operaciones de consumo de comercio electrónico, ofrecen mayores garantías cuando se emplea por los participantes la firma electrónica.

⁴ S.L. Feldstein de Cárdenas, “Internet y Derecho aplicable”, en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Ejemplar de septiembre del 2004, el dial.com, Editorial Albremática. AAVV (dir) por la autora de este trabajo. *Derecho internacional privado y de la integración. Colección de análisis de fallos jurisprudenciales*, Editorial La Ley, 2011.

⁵ Sobre el tema puede consultarse la obra colectiva dirigida por S.L. Feldstein de Cárdenas, *Derecho del Consumidor y Comercio Electrónico en el ámbito internacional*, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental. Octubre 2013. Rica. Obra realizada conjuntamente con el equipo de Investigación dentro del marco del Proyecto UBACYT subsidiado por la Universidad de Buenos Aires y especialmente las Conclusiones y Propuestas de la autora, pp. 377/395.

II. Planteo del trabajo. Itinerario

Por ello nos parece de toda conveniencia, introducimos en el análisis en esta ocasión, de tres legislaciones que celebramos hayan puesto al día las normas, las disposiciones de Derecho internacional privado en materia de contratos internacionales en general, y respecto a los contratos de consumo, en especial, a sabiendas que algunos de los derechos estaduales que se examinan, se han dedicado a la regulación de la contratación electrónica mientras que otros, lamentablemente, han desaprovechado la oportunidad para así hacerlo.

Con arreglo a lo dicho, cabe señalar, que el 8 mayo 2014 fue publicada en la Gaceta Oficial de la República de Panamá la Ley 7 que adopta el Código de Derecho internacional privado⁶, y el 18 diciembre del mismo año la Ley 544 que aprueba la Ley de Derecho internacional privado de la República Dominicana. Se trata de un hecho altamente destacable que marcan que señaladamente, en América Latina los legisladores han tomado debida conciencia, de la necesidad de codificar, de reunir en un cuerpo único sistemáticamente organizado, las normas de Derecho internacional privado, sea a través de la forma de leyes especiales, códigos o hacerlo, como en el caso de la República Argentina dentro del Código Civil y Comercial de la Nación aprobado en el 2014 que precisamente, dentro de la tendencia hoy imperante, le dedica el Título IV a las denominadas Disposiciones de Derecho internacional privado.

La reciente sanción de estos textos normativos, nos invitan a analizar y comentar brevemente algunos de los aspectos de las normas relacionadas con los contratos internacionales en general, con especial referencia al contrato de consumo y la (des) protección del consumidor transfronterizo, sea que éste actúe o no lo haga en el espacio virtual. A su turno, cuando resulte necesario, iremos haciendo un análisis comparativo entre los marcos normativos, para finalmente, a modo de colofón, reflexionar y formular algunas propuestas, que guardan el íntimo y único deseo del aporte.

1. Algunas consideraciones especiales respecto de los contratos de consumo

En materia de jurisdicción directa en los contratos de consumo, la doctrina ha ofrecido diversas soluciones y por ende según se piensa, corresponde entender:

⁶ Estando ya en imprenta este estudio entró en vigor la Ley n° 61 de 7 octubre 2015 subrogó la ley que se comenta Ley dando una nueva versión al Código de Derecho internacional privado. (*Gaceta Oficial Digital*, 8 octubre 2015). Dicha versión afecta a algunos de los preceptos objeto de estudio (*N. del E.*)

1) la jurisdicción (y la ley) del domicilio del oferente, porque contribuye al desarrollo del comercio electrónico, toda vez que el criterio del domicilio del consumidor obstaculiza la actividad; 2) la jurisdicción (y la ley) más favorable, que es la del domicilio del oferente ; y 3) la jurisdicción (y la ley) del domicilio del consumidor, que es la que más le favorece al consumidor transfronterizo. Este último criterio, suele ir acompañado, de la concurrencia acumulativa de otros contactos, tales como que la conclusión del contrato por el consumidor esté vinculada con las actividades del profesional en el Estado del domicilio o residencia del consumidor, o con la oferta de negocio por medios publicitarios y que el consumidor haya obrado en ese Estado lo necesario para concluir el contrato, esta vez en resguardo de la empresa de Internet⁷.

2. Ley 7/2914 de la República de Panamá⁸

En este apartado, analizaremos los arts. 7, 8, 72 al 79, 83, 86, 89,90 y 95 de la Ley de Derecho Internacional Privado panameña e iremos coetáneamente, tal como se anticipara, intercalando algunos comentarios que estimamos necesarios.

El art. 7 del texto legal en examen se dedica al Orden Público Internacional y establece lo siguiente: “Los efectos jurídicos de un acto o ley extranjera o internacional no serán reconocidos, total o parcialmente, cuando su aplicación vulnere o viole: 1. Principios fundamentales. 2. Derechos esenciales. 3. Instituciones básicas del ordenamiento jurídico panameño. La no aplicación del Derecho o ley extranjera o internacional será suplida por el Derecho interno”.

Esta disposición debe ser leída conjuntamente con el siguiente el art. 8 dentro de la Sección 4^a. sobre Principios Internacionales Fundamentales del Capítulo III sobre Poderes del Juez del Foro, que dispone: “Los principios fundamentales de la comunidad internacional son parte de la regla de aplicación, tales como el interés superior del niño y el interés superior del consumidor, que privan sobre cualquier otro aspecto; la igualdad, equidad, buena fe y lealtad negocial, la seguridad jurídica sobre los actos, la básica territorialidad de la ley, la personalidad de las normas sobre el Estado, la capacidad y Derecho de familia, la proporcionalidad, los derechos adquiridos sin fraude al derecho naturalmente competente, la protección de la parte más débil, las obligaciones internacionales *erga omnes* y los derechos derivados del *ius cogens* y la responsabilidad ambiental y aquellos principios universales de justicia aplicable”.

Tal como el lector habrá advertido, en el primero de los preceptos indicados, el legislador panameño aborda un tema central dentro del área del Derecho in-

⁷ U M.M.. Uzal, *El Derecho*, t. 208, p. 725.

⁸ *Vid. supra*, nota 6.

ternacional privado como es el del “Orden público internacional”, en el que incluye para llegar a su determinación, a los principios fundamentales, a los derechos esenciales y a las instituciones básicas del Derecho panameño. En el artículo siguiente los enumera, y entre ellos surge nítidamente la importancia que le asigna a la protección del consumidor como principio fundamental, y a lo que específicamente denomina “el interés superior del consumidor”. Como derivación del juego armónico de ambos artículos, establece que no se aplicará en el territorio panameño ninguna norma que vulnere o viole ese principio fundamental, ya que se trata de un principio esencial que integra, constituye, conforma el orden público internacional de este país. Este es un primer aspecto.

El segundo aspecto, nos lleva al Título III sobre Contratos, Capítulo I, Principio Internacional *Pacta Sunt Servanda*, en el que el legislador le dedica desde el art. 72 al 79 inclusive a los contratos internacionales, en los que se ocupa en primer término, de definir, calificar al contrato internacional (art. 73) y en segundo lugar, de regular la cuestión de la ley aplicable (art. 74 al 79), respectivamente.

Cabe apuntar, que tal como surge de los textos analizados, la Ley de Derecho internacional privado panameña, acepta que las partes elijan el Derecho aplicable a los contratos internacionales, y en tal sentido, dispone en el art. 77 que: “La autonomía de la voluntad de las partes regula y reglamenta los contratos internacionales siendo su única limitación el orden público y el fraude a la ley aplicable”, y en el art. 74 que: “Cuando las partes en un contrato internacional guarden silencio respecto a la ley aplicable, el juez tendrá en cuenta la ley del lugar de cumplimiento de la obligación y a falta de poder determinar la ley del lugar de cumplimiento el juez se inclinará por la ley que regule la economía con que se caracteriza el contrato internacional”.

Se puede observar claramente, que el legislador panameño emplea la técnica de reglamentación que consiste en introducir una definición, una calificación autárquica de lo que entiende por contrato internacional, para luego aceptar que las partes elijan el Derecho aplicable, es decir, ejerzan la autonomía de la voluntad, con un alcance de considerable amplitud, siguiendo las aguas que en la esfera interamericana marcara la Convención de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México de 1994 (CIDIP IV).

A su turno, en el Capítulo II, aborda derechamente la contratación electrónica y así en el art. 83 dice: “Los contratos electrónicos en línea o Internet se perfeccionan al momento de la recepción de la aceptación de la oferta. Los contratos entre ausentes se reputan internacionales cuando las partes se encuentran ubicadas en Estados diferentes. La prueba de los contratos electrónicos se rige por el principio de la certeza y conservación de los documentos de acuerdo con las

reglas, los principios y los usos de carácter internacional. La retractación en materia de contratos electrónicos internacionales deja sin efecto dicho contrato si esta sobreviene en tiempo razonable. Se entiende por tiempo razonable el periodo de reflexión que le concede la ley al destinatario de la oferta”.

No debe soslayarse, y esta no es una cuestión baladí, que en esta norma se encara legislativamente en una Ley de Derecho Internacional Privado de América Latina, la delicada como relevante cuestión atinente a los contratos celebrados electrónicamente, que tal como se viera el legislador panameño se ocupa no solamente de definir, sino que regula lo relacionado con su perfeccionamiento, su prueba y su retractación.

Más allá de algunas imprecisiones terminológicas notables en la técnica legislativa, los preceptos mencionados se presentan, como una toma de decisión legislativa que merece ser destacada por encontrarse en consonancia con los tiempos actuales; ya que pensamos que un legislador que se tilde de encontrarse actualizado no puede obviar al legislar, la regulación de la contratación electrónica internacional⁹.

El art. 86 señala, dentro del capítulo dedicado a la contratación electrónica que “Las partes pueden utilizar los principios sobre los contratos comerciales internacionales reglamentados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés, como regla supletoria al Derecho aplicable o medio de interpretación por el juez o árbitro, en los contratos o relaciones de Derecho comercial internacional”.

En sintonía con la aceptación amplia de la autonomía de la voluntad en materia de Derecho aplicable, el legislador faculta a las partes de un contrato celebrado electrónicamente que lo sujeten a los célebres Principios UNIDROIT, aunque habilitando su empleo como regla supletoria o como medio de interpretación; dicho en otras palabras, el texto bajo estudio, si bien es cierto que no ignora la llamada *lex informatica*, por el otro, les indica, dirigiéndose a los aplicadores del Derecho sean jueces o árbitros, que deberán emplearla supletoriamente, como pauta de interpretación del contrato internacional celebrado electrónicamente.

En este aspecto, puede decirse que la aparición de la *lex electronica* o *lex informatica*, constituye nada más ni nada menos, una suerte de heredera, hermana menor, de la célebre *lex mercatoria* que otrora se erigiera como un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional o internacional y cuyo

⁹ Es lamentable que el legislador argentino a la hora de redactar el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, no haya encarado expresamente la cuestión de la contratación electrónica internacional.

contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional¹⁰.

En lo que atañe a los contratos de consumo, en especial, cabe señalar que el Capítulo III titulado Régimen de los Contratos Desiguales, incluye los contratos de consumidor, a los que el legislador panameño le dedica varias normas, entre las que destacan, el art. 89 que dice: “Se entiende por contratos desiguales o de adhesión los contratos en los que la parte más débil no tiene facultad para negociar las cláusulas esenciales de dichos contratos. Se entenderá como cláusulas esenciales o de adhesión las cláusulas que fijan el precio, las condiciones de ejecución del contrato y las cláusulas de solución de conflictos. La imposición de una de esas cláusulas se entenderá como el medio de comprobación de un contrato desigual”. Legislativamente se afina el concepto de lo que se da en llamar “contrato desigual”, llegando a calificarlo como aquél en el que aparece una parte débil, frágil, vulnerable que precisamente es aquella que no goza de la facultad para negociar las cláusulas esenciales.

El art. 90, a su vez, dice: “Son contratos desiguales o de adhesión los contratos de trabajo, los contratos de consumidor y los contratos de representación cuando el comisionista se encuentre en territorio de la República de Panamá prestando un servicio. Bajo ningún concepto esta enumeración debe ser interpretada taxativamente”. En este precepto, luego de dar una noción de lo que para la Ley de Derecho Internacional Privado se entiende por contratos desiguales o de adhesión, el legislador se dedica a enumerar, aunque no taxativamente, algunos de ellos, entre los que se incluye expresamente los “contratos de consumidor”.

En el art. 95 establece que: “Los contratos del consumidor se rigen por la ley del lugar donde concluyó la transacción. A elección del consumidor, éste podrá recurrir a la jurisdicción de su domicilio, a la del lugar de conclusión del contrato o a la que le sea más favorable, en función del principio del interés superior del consumidor. Se entiende por la ley más favorable la ley de la reparación y protección más apropiada al interés del consumidor”¹¹.

En este precepto se aborda dos de las tres cuestiones, de los ejes centrales alrededor de los cuales gira, se mueve el Derecho Internacional Privado, como son la ley aplicable y la jurisdicción internacional. En estos aspectos se puede observar, que en materia de ley aplicable, el legislador restringe los criterios de regulación jurídica ya que demuestra que no confía, le teme al principio de la auto-

¹⁰ S.L. Feldstein de Cardenas, *Contratos internacionales*, Tercera Parte, dedicada a la Lex Mercatoria. Abeledo Perrot, 1995, p. 168.

¹¹ Ley 7 del 8 de mayo de 2014 que adopta el Código de Derecho Internacional Privado, publicada en la Gaceta Oficial Digital del Gobierno Nacional de la República de Panamá.

nomía de la voluntad ya que cuando se trata de contratos celebrados por consumidores los sujeta a la ley del lugar de su conclusión.

Sin embargo, la doctrina que compartimos, es consciente que dentro del comercio electrónico el lugar de conclusión del contrato, puede resultar difícil de determinar, máxime cuando se descubre que en Internet, lo mismo que en la contratación telefónica directa, o por *chat*, no hay distancia temporal, sino mera distancia física, que es un elemento que aparece como accesorio y que por otra parte, se presenta en la contratación convencional, tradicional. Lo que realmente interesa, es que frecuentemente el contrato electrónico se concreta, se consume de manera instantánea, sin intervalo de tiempo ni interrupción del proceso de comunicación; que parecen funcionar como si las partes estuvieren cara a cara¹².

En cambio, donde el legislador se ha mostrado bastante generoso, abriéndole múltiples foros al consumidor, es en lo que respecta a la jurisdicción internacional, donde le da la opción de iniciar la demanda, ante el juez del lugar de su domicilio, en el lugar de conclusión del contrato o recurrir a la jurisdicción que le sea más favorable, es decir aquella en la que reparación y protección sea más apropiada en función del principio del interés superior del consumidor. En este aspecto, permitir entre otros disponibles, que el consumidor pueda iniciar, entablar su demanda ante los jueces de su domicilio, es una decisión legislativa no solamente deseable, ajustada sino casi ineludible, dado que como se sabe, los países que se encuentran en la vanguardia en esta materia, siempre incluyen entre los susceptibles de ser elegidos, el foro del domicilio del actor consumidor.

Por nuestra parte pensamos que la sanción de la nueva ley de la República de Panamá muestra un considerable grado de compromiso del legislador, en materia de protección internacional del consumidor transfronterizo, sobre todo cuando se refiere al “interés superior del consumidor” y cuando emprende la regulación de las relaciones de consumo, incluyendo las que se celebran electrónicamente.

3. *Ley 544 de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana*¹³

El legislador dominicano sancionó la Ley 544 el 15 octubre 2014 la Ley de Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, que entrara en vigor en diciembre del mismo año.

En lo que concierne a este trabajo, cabe señalar que el art. 16 de dicho cuerpo normativo, sobre competencia de los tribunales dominicanos en Derecho patrimonial, establece que; “Los tribunales dominicanos serán competentes en las

¹² Cf. R. Mateu Ros. y J.M. Cendoya Mendez Vigo (coords.), *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Cizur Menor, Aranzadi, 2001, p. 60. También S.L. Feldstein de Cárdenas, *Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

¹³ Publicada en la *Gaceta Oficial* de 18 diciembre 2014.

siguientes materias, referentes a Derecho patrimonial: 1) Obligaciones contractuales cuando éstas deban cumplirse en la República Dominicana. 4) Contratos celebrados por consumidores, cuando el consumidor tenga su domicilio en la República Dominicana y la otra parte ejerciere actividades profesionales en la República Dominicana, o por cualquier medio hubiere dirigido su actividad comercial hacia la República Dominicana y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. En otro caso, se aplicará la regla contenida en el numeral 1”.

En los arts. 58 al 68, el legislador regula las obligaciones contractuales respecto de la determinación de la ley aplicable. En este aspecto, tal como surge de los textos mencionados, el primero de los preceptos mencionados, dispone que el contrato se rija por la ley elegida por las partes. En el párrafo I, dispone que el acuerdo deba ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales. En el párrafo II, se acepta el llamado *dépeçage* es decir aquella posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato. En materia de la facultad de las partes de preseleccionar el Derecho aplicable a sus contratos internacionales, la Ley 544 le otorga a las partes contratantes, tal como se lleva visto, un amplio margen de ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En el art. 59, indica que la elección del foro por las partes, no determina necesariamente la elección de la ley aplicable. En el art. 60, el legislador permite a las partes que cambien en cualquier momento la ley elegida. Efectivamente, en el párrafo único de dicho precepto, se dispone que si las partes no eligieron la ley aplicable, o su elección resultara ineficaz, el contrato se rija por la ley del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. En el siguiente artículo, bajo el título Parámetros del tribunal para determinar la ley aplicable, se dispone que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenda del contrato para determinar la ley del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos y los principios generales del Derecho de los negocios internacionales aceptados por organismos internacionales.

Cuando las partes no han hecho uso de la autonomía de la voluntad, siguiendo los lineamientos de la Convención interamericana de Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP IV) de México de 1994, sujeta al contrato al Derecho del Estado con el cual presenta vínculos más estrechos, es decir, emplea en la formulación de la regla de conflictos un punto de conexión de los denominados flexibles, (*the proper law of the contract*) que coloca en manos de los aplicadores del Derecho, en el caso concreto, la determinación de la ley aplicable al contrato internacional. A esos efectos, le da al Juzgador algunas pautas, siguiendo casi literalmente, el texto de la convención mencionada precedente-

mente, aunque a fuer de ser sinceros, no se puede desconocer que esta tendencia legislativa puede caer, en un alto grado de discrecionalidad por parte de los jueces y una consecuente carencia de seguridad jurídica, no deseable, censurable en el mundo del Derecho.

En lo que atañe específicamente al tema de este trabajo, corresponde transcribir el art. 63 que dice: "Los contratos celebrados por consumidores se rigen por la ley del país donde habitualmente se realiza la actividad, en defecto de elección por las partes se aplicará la ley de la residencia habitual del consumidor. Párrafo único. En los contratos celebrados por consumidores en este artículo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá aminorar los estándares de protección del consumidor previstos en la ley de su residencia habitual, en aquellos casos en que el cocontratante tenga un establecimiento comercial en dicho país o de cualquier forma haya dirigido su actividad comercial hacia dicho país".

El legislador distingue en el precepto en estudio, por un lado, que las partes elijan la ley aplicable, y en su defecto, se aplicará la ley de la residencia habitual del consumidor. Asimismo, cuando las partes elijan el Derecho aplicable la elección, en los casos en que ella señala, no podrá atenuar, disminuir los estándares de protección de la ley de residencia del consumidor.

En síntesis, el legislador dominicano, limita la autonomía de la voluntad, ya que en todo caso, el consumidor no puede quedar privado de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas de la ley del Estado de su residencia.

III. Algunos antecedentes notables

1. Congresos. Obras codificadoras. Proyectos de reforma

En el XXVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, (ASADIP), que tuvo lugar en el año 2005, la Sección de Derecho Internacional privado abordó el tema de la jurisdicción y ley aplicable a las relaciones de consumo en el Derecho internacional privado y arribó a las siguientes conclusiones:

1) En nuestro Derecho Internacional Privado se carece de normas precisas en el plano internacional en materia de relaciones de consumo. En el estado actual de nuestra legislación sólo cabe aplicar las disposiciones de carácter general que brindan las normas de conflicto de Derecho Internacional Privado, con los estándares de control que puedan imponer las normas de policía de la *lex fori*, impositivas de una solución excluyente de las normas de conflicto y los principios de orden público inferibles de los principios constitucionales y del espíritu del propio derecho.

2) Cabría propiciar la creación de soluciones materiales uniformes en la materia a nivel convencional que, con alcance regional o global, posibiliten acuerdos sobre estándares mínimos de control que todos los Estados se comprometan a respetar como piso material de garantías. Ante la imposibi-

lidad de prever por esta vía la totalidad de supuestos fácticamente posibles, se propicia la elaboración de normas de conflicto generales. Como criterio de elección en esta solución parece razonable utilizar la ley del lugar del país de residencia habitual del consumidor mas acompañado de otras conexiones acumulativas. Estas conclusiones, sobre todo la segunda en la última parte, como era de esperar, se inscriben acertadamente dentro de la llamada corriente consumerista, en la que predomina entre otros, el criterio del lugar del domicilio o residencia habitual del consumidor, sea en materia de ley aplicable y jurisdicción competente”.

Merece recordarse, en este último aspecto, entre los antecedentes brindados por las fuentes convencionales a nivel interamericano, específicamente dentro del espacio integrado del Mercosur, el Protocolo de Santa María de Fortaleza sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC 10/96 del 22 diciembre 1996), que si bien aún no se encuentra en vigor, contiene una regla base, la del art. 4, que dice: “Tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor”. Simétricamente, el proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste.

Tal como se advierte, el legislador mercosureño ha reparado en la necesidad de abrirle al consumidor como parte vulnerable de la relación de consumo, la jurisdicción internacional de los tribunales de su propio domicilio. Esta es una solución ajustada, ya que si el consumidor o usuario, no cuenta entre los foros disponibles la posibilidad de entablar la demanda ante los jueces de su domicilio, se lo está obligando en la mayoría de los casos, a enfrentar un litigio en el extranjero, de manera tal que se le estaría acotando, reduciendo considerablemente el acceso a la justicia. El consumidor colocado en la necesidad de enfrentar un litigio internacional en el extranjero, por su onerosidad, por la perturbación que le provoca, más veces que las necesarias se inclinará aunque no le sea beneficioso, por desistir de iniciar, incoar una acción en defensa de sus legítimos derechos.

Según surge del art. 5 del Protocolo, el consumidor podrá optar por iniciar la demanda, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, los jueces del cumplimiento de la prestación del servicio o entrega de los bienes o de los jueces del domicilio del demandado; mientras que el art. 6 dispone que, si el demandado tuviere domicilio en un Estado Parte y en otro Estado Parte filial, sucursal agencia o cualquier otra especie de representación, el actor podrá demandar en cualquiera de dichos Estados.

Otro importante antecedente lo constituye, aunque ya dentro del ámbito interamericano la iniciativa de la Organización de Estados Americanos, que propuso para la VII Conferencia especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, la adopción de normas para protección del consumidor. Por esta

razón la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) seleccionó la protección del consumidor como un tema fundamental para tratar en su agenda, por ser el que contó con una mayor adhesión de los Estados miembros. Algunos de ellos realizaron interesantes propuestas, por ejemplo, la delegación de Brasil presentó un proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a Algunos Contratos y Relaciones de Consumo; la delegación de Estados Unidos presentó un proyecto de Ley Modelo sobre Mecanismos de Restitución Monetaria para Consumidores; mientras que Canadá presentó un informe sobre Jurisdicción y la Protección al Consumidor en el Comercio Electrónico.

La propuesta brasileña, contiene reglas específicas que contemplan la definición de consumidor, que solamente incluye a las personas físicas¹⁴, y establecen que los tipos contractuales, con especial enfoque a los contratos concluidos por comunicación electrónica, serán regidos por la ley del país de la residencia consumidor o por la ley más favorable a éste. También regula contratos especiales como los de viaje y turismo y los contratos de tiempo compartido.

Las discusiones que tuvieron lugar, culminaron con la formulación de la llamada Propuesta de Buenos Aires, documento que tuvo la virtud de conciliar los proyectos presentados por las delegaciones de Brasil y Uruguay, así como añadir las observaciones de la profesora Cláudia Lima Marques. En este sentido, cabe señalar que el art. 5 se ocupa del turista, disponiendo en materia de Derecho aplicable que:

“1. Elección limitada y válida aplicable al consumidor activo. Los contratos y transacciones internacionales celebrados por el consumidor estando fuera del Estado de su domicilio se rigen por el derecho elegido por las partes, quienes pueden optar válidamente por el derecho del lugar de celebración del contrato, del lugar de ejecución o del domicilio del consumidor.

2. Regla subsidiaria para el consumidor activo. En caso de ausencia de elección válida, los contratos y transacciones celebrados por el consumidor estando fuera del Estado de su domicilio se rigen por el derecho del lugar de celebración, considerando el lugar donde el consumidor y el proveedor o profesional se encontraran físicamente para la conclusión del contrato”.

De manera que esta obra codificadora en el nivel interamericano, si bien se pronuncia claramente por permitir que las partes elijan el Derecho aplicable, aunque el ejercicio de la autonomía de la voluntad se encuentra limitado, dado que el legislador solamente brinda un catálogo de tres posibilidades, tales como el Derecho del lugar de celebración del contrato, el de su ejecución o el del domicilio del consumidor. Cuando las partes no han elegido el Derecho aplicable,

¹⁴ Esta solución de mantenerse, provocaría una alteración legislativa retrógrada respecto del Derecho vigente de fuente interna argentina que tal como surge de la ley de defensa del consumidor, resulta indiferente a los fines de la protección que el consumidor sea una persona física o jurídica.

subsidiariamente se aplicará al contrato internacional la ley del lugar de celebración entendiéndolo, calificándolo como aquel lugar donde el consumidor y el proveedor o profesional se encontraran físicamente para la conclusión del contrato¹⁵.

No se puede soslayar, por la importancia de la organización de la que emana, la Declaración de Principios sobre el Desarrollo de Principios Internacionales de Protección al Consumidor, de Sofía, Bulgaria, resultado de la Reunión 75ª. de la Conferencia del *International Law Association* (ILA, Londres), principios que fueron redactados en los siguientes términos:

“Consumer protection should be guided by the following general principles:

- 1. Consumers are the weaker party in situations of mass contracts or standard form in particular concerning information and bargaining power.*
- 2. It is desirable to develop standards and to apply rules of private international law that would not take advantage of the most favorable consumer protection.*
- 3. Regulation of consumer contracts should be effective and fair and ensure transparency.*
- 4. Responsible lending is incumbent on all those involved in consumer credit transactions, including credit providers, brokers and advisors.*
- 5. Consumer groups should participate actively in the development and regulation of consumer protection.”*

Entre estos principios, todos de especial delicadeza y relevancia, conviene resaltar aquél que propicia el desarrollo y la aplicación de aquellas reglas de Derecho internacional privado que más favorezcan al consumidor.

A su vez, en la Unión Europea, el Reglamento (CE) 44/01 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, prevé un régimen especial para los contratos de consumo, mediante el cual le brinda protección especial a la parte débil de la relación jurídica, siempre que se den una serie de condiciones que sitúen al consumidor en una posición de inferioridad frente a la otra parte. Así pues, el consumidor gozará de la tutela jurisdiccional si el profesional ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado Miembro en cuyo territorio tenga domicilio el consumidor o, de forma alternativa, por cualquier medio dirige esas actividades hacia dicho Estado Miembro. Asimismo, el consumidor podrá demandar ante el tribunal del domicilio del demandado o ante el tribunal del Estado Miem-

¹⁵ Desafortunadamente en la reunión llevada a cabo entre los días 7 y 9 de octubre de 2009 el tema de los consumidores fue dejado de lado, no fue debatido. Solamente se alcanzó a la adopción de un Reglamento destinado al Registro bajo la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Aunque no se puede dejar de mencionar que en la Carta de Río, se propone la inclusión en la agenda de la Conferencia de La Haya del tema sobre protección del turista, con énfasis en la cooperación administrativa, que fue el resultado de la II Reunión de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), preparatoria para el Consejo de Conferencia de La Haya, que tuvo lugar el 23 de mayo de 2012.

bro donde el consumidor tenga su domicilio. Ahora bien, si el que inicia la acción, es el profesional sólo podrá hacerlo ante los tribunales del Estado Miembro en el que esté domiciliado el consumidor.

La disponibilidad de los foros de protección amplios, dependerá básicamente, de la condición del consumidor. Esto es, que la protección se concreta, cuando el consumidor es agredido, atacado en su propio terreno, es lo que se denomina consumidor pasivo; en este supuesto, evidentemente, el que se desplaza es el proveedor de los bienes o servicios. Si en cambio, se trata un consumidor activo, esto es cuando él es el que se desplaza de un Estado Parte a otro, es decir, el que va en búsqueda del bien o el servicio es el consumidor, entonces cesa la protección en materia de jurisdicción internacional. Sin embargo, cabe preguntarse si esta distinción resulta válida o no, cuando la contratación internacional en la que participan proveedores y usuarios, son celebradas por medios electrónicos¹⁶. Ello por cuanto, cuando se contrata internacionalmente desde una computadora, o de un teléfono vía internet, si bien puede captarse cuando se está ante un consumidor o usuario activo o pasivo, hay sectores comerciales, tales como el turístico, en el que el consumidor casi siempre es el que se desplaza, el que se mueve hacia el terreno del profesional, del proveedor del servicio, y según pensamos, no merece ser desprotegido por esa especial circunstancia.

De modo que, volviendo a nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, conviene destacar que la necesidad de Reforma en materia de contratos de consumo, ha sido una cuestión que la doctrina oportunamente reclamara, y sobre la que el legislador, más allá de las críticas que puedan formularse, acertadamente se hizo cargo al momento de redactar el texto normativo del 2012.

¹⁶ Oportunamente señalé en la obra citada en la nota 3, p. 379 que “Sería de toda conveniencia, que se introdujeran normas de Derecho internacional privado de fuente interna, destinadas a solucionar las cuestiones derivadas de la celebración por Internet de los contratos internacionales. En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación no se incorporan normas específicas, a pesar de la masiva difusión, utilización y desarrollo de los medios electrónicos a la fecha de su elaboración. Esta es una oportunidad desaprovechada que en futuros trabajos debería ser superada. La celeridad con que se producen los avances en tecnología dificulta la elaboración de normas reguladoras adecuadas y modernas, mas ello no es imposible, deberán tenerse presentes los principios generales del derecho contractual, y en el caso de la contratación de consumo, las normas tutelares respectivas, acordes con el nuevo medio de comunicación digital, basados en el principio de neutralidad electrónica, entre otros”. Cabe recordar que, el Protocolo de Santa María de la Fortaleza de 1996, al que ya se hizo referencia, no prevé la prórroga de jurisdicción en los contratos con consumidores, así como el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual d 1994, en vigor, que si bien es cierto, prevé la realización de los que denomina acuerdos de elección de foro a favor de jueces o árbitros. Excluye de su ámbito de aplicación los contratos de consumo. Puede verse sobre este tema S.L. Feldstein de Cardenas, *Jurisdicción internacional en materia contractual*, t. IV, Colección dirigida por el Doctor Atilio Aníbal Alterini. Abeledo Perrot. 1994; S.L. Feldstein de Cardenas, con la colaboración de Mónica S. Rodríguez, *Guía de Estudio*. Editorial Estudio, 2013, y S.L. Feldstein de Cardenas, (dir.³) *Derecho internacional privado y de la integración*, Editorial La Ley. 2011.

2. *Propuestas legislativas anteriores al Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26994)*

Seguidamente mencionaremos, en lo atinente a este trabajo, algunas propuestas legislativas anteriores, que merecen ser mencionadas. Veamos.

A) Proyecto Goldschmidt

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por Werner Goldschmidt, en el año 1974, no aborda el tema del Derecho internacional privado del Consumo en su articulado. Por lo tanto, si hubiese sido aprobado, los casos que involucrasen a los consumidores recibirían el mismo tratamiento que aquellos referentes a los contratos internacionales en general, ya que no fueron considerados por este Proyecto como una categoría jurídica distinta. A fuer de ser sinceras, cabe señalar, que esta ausencia se encuentra justificada, dado que la cuestión de la protección del consumidor, fue motivo de especial estudio por la doctrina de Derecho internacional privado, recién en la década de los ochenta, como cuando de este tema se hace cargo la Comisión N° 7 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

B) Proyecto de Reforma del Código Civil de 1993

El Proyecto de Reforma propuesto por el Poder Ejecutivo en agosto de 1993, no contempla puntos de conexión especiales sobre jurisdicción internacional en materia de consumo¹⁷. No obstante, menciona específicamente, en su art. 945, parte final, que “en los contratos concluidos por consumidores sólo se admiten los acuerdos de prórroga de jurisdicción posteriores al nacimiento del diferendo”¹⁸. Es decir, las partes podrán elegir el foro competente para solucionar la controversia, siempre y cuando el pacto haya sido posterior al surgimiento del litigio, siguiendo claramente las aguas de la fuente convencional argentina, específicamente los célebres Tratados de Montevideo de 1940.

¹⁷ El Proyecto solamente contiene puntos de conexión vinculados a la determinación de la competencia judicial internacional para los contratos en general. En este sentido, dice el art. 944: “En materia contractual son competentes concurrentemente los jueces del Estado del domicilio del demandado y los del lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Asimismo se admite la intervención de los jueces del Estado cuyo Derecho se aplica al fondo del asunto”. Con base en este último punto, en teoría, se podría atribuir jurisdicción a los jueces del Estado del domicilio del consumidor, en razón de que el Proyecto prevé el derecho de éste Estado el aplicable a las relaciones internacionales de consumo.

¹⁸ S.L. Feldstein de Cárdenas, *Derecho Internacional Privado*, en A.A. Alterini y R.M. López Cabana, R. M. (dirs.), *Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 197.

Con relación a la ley aplicable a los contratos de consumo, el art. 954 determina que:

“... los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos destinados a la financiación de tales prestaciones se rigen por el Derecho del domicilio del consumidor, en los siguientes casos: 1) si la celebración del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad en ese Estado y allí se han cumplido los actos necesarios para la celebración del contrato, 2) si el cocontratante del consumidor ha recibido la orden en ese Estado, 3) si el consumidor ha sido incitado por el cocontratante a desplazarse a un Estado extranjero con la finalidad de dar allí la orden de compra o provisión. La elección por las partes del Derecho aplicable no puede tener por efecto privar al consumidor de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas del Estado en el cual tiene su domicilio”.

A partir de lo expuesto, se puede observar que ya en 1993, la regla que se pretendía adoptar en el país en materia de ley aplicable era la del domicilio del consumidor, condicionada al cumplimiento de uno de los tres supuestos mencionados, aspectos que se encuentran presentes en el actual Código Civil, como se verá más adelante.

No obstante, a diferencia de lo estatuido en el nuevo Código, el Proyecto de 1993 advierte que si las partes hicieron uso de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales de consumo, la ley elegida no podrá despojar al consumidor de la tutela que le ofrece la ley del Estado de su domicilio. Respecto a este punto, el Proyecto permite la elección del Derecho aplicable, pero, introduce claramente un límite a esta facultad, en razón de la presencia de una parte débil en la relación contractual. De modo que, la ley elegida por las partes no puede dificultar la aplicación de las normas protectoras de orden público o de las disposiciones internacionalmente imperativas del Estado en el cual está domiciliado el consumidor¹⁹.

C) Proyecto de Código Unificado de 1998²⁰

El libro VIII de Derecho Internacional Privado del Proyecto de Ley de Unificación de los códigos Civil y de Comercio (54-P.E.- 99 - Mensaje PEN 731/99) presenta normas específicas de protección al consumidor.

¹⁹ Esta regla es muy parecida con lo que propone la Unión Europea, en el Reglamento (CE) n° 593/2008, sucesor de la Convención de Roma de 1980 sobre Obligaciones Contractuales.

²⁰ Sobre este Proyecto la autora de este trabajo fue invitada a dictaminar por el Señor Decano de la Facultad de Derecho, Doctor Atilio Aníbal Alterini, y cumplió oportunamente con ese cometido. Asimismo, el Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro, dirigido por la suscripta elaboró y logró publicar el dictamen en el que activamente colaboraron miembros del Instituto, especialmente la Vice Directora Doctora Mónica Sofía Rodríguez y la Coordinadora Académica Doctora Flavia Medina.

En este sentido, en el art. 2563, dispone que: “las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo, deben interponerse ante los tribunales de su domicilio. A elección del actor, pueden también interponerse ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, los del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes o ante los del domicilio del demandado. Si el demandado tiene en otro Estado filial, sucursal, agencia o cualquier otra especie de representación a través de la cual realizó las operaciones que dan lugar al conflicto, el actor puede entablar la demanda en ese Estado. Si hay varios demandados involucrados en una misma acción relativa al mismo objeto, el actor puede entablar la demanda ante los tribunales de su propio domicilio o los del domicilio de cualquiera de aquéllos, a su elección”. Asimismo, el precepto mencionado establece, en su parte final, que en caso de contratos concluidos por consumidores sólo se admiten los acuerdos de prórroga de jurisdicción posteriores al nacimiento de la controversia, en sintonía con el Proyecto de 1993.

El Proyecto de 1998, al permitir que el consumidor acceda a la jurisdicción de los tribunales del Estado de su domicilio, le ofrece una protección mucho más amplia que la que supuestamente intenta ofrecer el nuevo Código Civil, que ni siquiera le da esta potestad, como se verá más adelante. Además de atribuir competencia internacional a los jueces del Estado del domicilio del consumidor, le da a éste la posibilidad de elegir entre otros foros competentes, de acuerdo a sus intereses. Asimismo, es loable la previsión de que ante una pluralidad de demandados, el consumidor pueda entablar la acción ante los tribunales de su propio domicilio o ante los tribunales en donde esté domiciliado cualquiera de los demandados. No obstante, tal como lo hizo el Proyecto anterior, el de 1998 tampoco previó cuáles serían los tribunales competentes cuando el consumidor fuere el demandado.

Con relación a la ley aplicable, el art. 2613 establece que: “los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos destinados a la financiación de tales prestaciones, se rigen por el Derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos: a) Si la conclusión del contrato ha sido precedida en ese Estado de una oferta o de una publicidad y el consumidor ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato. b) Si el proveedor ha recibido el pedido en ese Estado. c) Si el consumidor ha sido incitado por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido. En los contratos con consumidores no se aplican los arts. 2605 a 2607”.

A partir de lo expuesto, se puede observar que el punto de conexión adoptado en materia de ley aplicable por el Proyecto de 1998 es el de la residencia habitual del consumidor, más acorde con las modernas legislaciones consumeristas²¹, dejando de adoptarse el del domicilio, como en el Proyecto de 1993. No obstante, la propuesta que se analiza condiciona, a ejemplo de lo que se hizo anteriormente, la aplicación de la ley de la residencia habitual al cumplimiento de uno de los tres elementos arriba referidos, que tienen que ver con: la realización, en el Estado de la residencia del consumidor, de actividades dirigidas al consumo y que allí el consumidor haya llevado a cabo la contratación; que el proveedor haya recibido en el Estado de la residencia del consumidor el pedido de compra de la mercadería o servicio; o que el consumidor haya sido inducido a realizar su pedido a través de visita al Estado extranjero.

De cualquier forma, resulta necesario destacar la prohibición expresa que contempla la disposición bajo análisis al uso de la autonomía de la voluntad para la elección del Derecho aplicable, toda vez que determina que los artículos que se refieren a la materia (arts. 2605 a 2607) no resultan de aplicación para los contratos internacionales de consumo. Como se puede advertir, el Proyecto de 1998 rompe con la permisividad del proyecto anterior, en este aspecto, adoptando una prohibición taxativa, que será seguida por las propuestas posteriores.

D) Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado fue presentado en la Cámara de Diputados en abril de 2004, bajo el n° 2016-D-04.

En materia de jurisdicción internacional, su art. 27 establece lo siguiente: “Protección del Consumidor. Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los tribunales del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de las mercaderías, o del cumplimiento de la obligación de garantía o del domicilio del demandado. Se considera lugar de entrega de las mercaderías, salvo estipulación diferente, el lugar determinado por la cláusula FOB, definida por los *Incoterms* de la Cámara de Comercio Internacional.

También son competentes los tribunales del Estado donde el demandado tuviere filial, sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hubieran intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las hubiere mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro”.

²¹ Nos referimos acá al Reglamento (CE) n° 593/2008 de la Unión Europea.

Comentando el Proyecto mencionado, Diego P. Fernández Arroyo destaca que, “en materia de jurisdicción respecto de contratos celebrados por consumidores: a) sólo se prevé la posibilidad de que el demandante sea el consumidor, cosa habitual pero que no siempre ocurre; b) no se incluye la solución esencial del Protocolo de Santa María (y ampliamente dominante en el moderno Derecho comparado), esto es, la competencia de los jueces del lugar del domicilio (o residencia habitual) del consumidor; c) no se introduce ninguna referencia a la cuestión actualmente más complicada de solucionar, que es la relativa a los contratos celebrados a través de internet; y d) se introduce una incomprensible definición de “lugar de entrega de las mercaderías”, específica para estos contratos, tomada de los Incoterms”²².

A su turno, se puede colegir de lo expuesto que la propuesta del 2003/2004, al contrario de los proyectos anteriores, no permite el acuerdo de prórroga de jurisdicción en materia de contratos de consumo, tratamiento que como se verá, fue mantenido por el nuevo Código Civil y Comercial.

En materia de ley aplicable, el art. 79 del texto en análisis sigue los pasos de la propuesta de fecha anterior, adoptando como principal criterio de conexión el del Derecho de la residencia habitual del consumidor, condicionándolo al cumplimiento de uno de los tres supuestos a seguir: “Contratos celebrados con consumidores.

Los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el Derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad realizada o dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor; c) si el consumidor ha sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido. En los contratos con consumidores no se aplican los arts. 69 a 73”.

Al igual que el Proyecto de 1998, el que estamos analizando prohíbe expresamente la elección por las partes del Derecho aplicable al contrato.

²² D.P. Fernández Arroyo, “Notas acerca del tratamiento de la jurisdicción internacional en el Proyecto de un Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina de 2003”, en Tibúrcio, Carmen; Barroso, Luís Roberto (Org.), *O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 371.

IV. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina²³: Análisis crítico

El Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado en el año 2014, en el Libro VI Título IV del Código se dedica a las Disposiciones de Derecho Internacional Privado, abarcando desde el art. 2594 al 2671 inclusive, el que consta de tres Capítulos el primero sobre “Disposiciones Generales,” el segundo sobre “Jurisdicción Internacional,” y el tercero denominado Parte Especial. Esta última comprende 16 secciones, en las que regula el Derecho aplicable y la jurisdicción internacional en materia de las personas humanas, matrimonio, unión convencional, alimentos, filiación, adopción, responsabilidad parental, restitución internacional de menores, sucesiones, formas de los actos jurídicos, contratos, contratos de consumo, responsabilidad civil, títulos valores, derechos reales, y prescripción. Sin embargo, el nuevo Código no regula cuestiones tales, como las sociedades, propiedad intelectual, insolvencia transfronteriza, seguros, contrato de transporte y contratos laborales, ni lo relacionado con el Derecho penal internacional, que se mantienen reguladas por leyes especiales. Desde ya, esta es una línea de pensamiento clásica que acota, que estrecha, que amputa el contenido del Derecho internacional privado, que no compartimos y que según nuestra mira, bien pudo ser aprovechada por el legislador argentino en la oportunidad de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación²⁴.

De manera, que a los fines del presente trabajo, interesa resaltar, que se le ha dedicado dentro del Libro VI sobre Disposiciones generales de Derecho internacional privado el Título IV a los contratos internacionales, específicamente las Secciones 11 y 12. En la primera sección mencionada, en el art. 2650 se encara la Jurisdicción Internacional, en el art. 2651 la Autonomía de la voluntad. Reglas, en el art. 2652 la Determinación del Derecho aplicable en defecto de elección por las partes, en el 2653 a las que se denominan Cláusulas de excepción. En la segunda sección bajo el número 12 titulada Contratos de consumo, en el

²³ El 8 de octubre de 2014, la República Argentina adoptó el “Código Civil y Comercial de la Nación” por medio de la Ley N° 26994, que entrará en vigor el 1° de agosto del 2015. De este modo, la República Argentina sigue la tendencia de la unificación del Derecho privado que fuera iniciada por Italia en 1942, y seguida entre otros, por Brasil, en el año 2000.

²⁴ Vid. en este sentido Biocca-Cardenas-Basz. *Lecciones de Derecho internacional privado. Parte general*. Primera Edición. Editorial Universidad. En efecto, siempre hemos defendido la tesis de que cualquier relación jurídica que tenga elementos de extranjería, sean ostensibles u ocultos, y que en ella aparezca por lo menos un interés privado, pertenece al área de la disciplina. De ese modo, al Derecho Internacional Privado le resulta indiferente que la cuestión, la situación, la relación jurídica provenga, se inserte en el área del Derecho civil, comercial, penal, procesal, laboral, fiscal, entre otros, para integrar su amplio, abarcativo contenido.

art. 2654 el Código se dedica a la regulación de la Jurisdicción internacional y en el 2655 al Derecho aplicable.

Si bien es cierto que la legislación argentina se ha ocupado desde diversos ángulos de los contratos de consumo y de la tutela de los derechos del consumidor, no lo es menos que, ni las normas de Derecho internacional privado de fuente interna ni de fuente convencional, antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, ofrecían respuestas jurídicas para dos de los ejes centrales del Derecho internacional privado, como son la determinación de la jurisdicción internacional competente como de la ley aplicable, todo lo cual marca la relevancia de la alteración legislativa que se ha producido con su sanción. Seguidamente, los iremos analizando los textos normativos en forma separada, haciendo en caso necesario, algunos breves comentarios.

Art. 2654. *Jurisdicción.* Las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor, ante los jueces del lugar de celebración del contrato, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

También son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo puede interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro.

La norma bajo examen, en la última parte, impide expresamente a las partes de un contrato de consumo la posibilidad de pactar un acuerdo de preselección de foro, rechazando la autonomía de la voluntad en materia jurisdiccional, y por ende, el legislador coloca en manos del consumidor, una serie de foros disponibles a su elección, tales como los jueces del lugar de celebración, del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, de cumplimiento de la garantía, del domicilio del demandado o del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato. Asimismo, son competentes los jueces donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. A su turno, cuando la contraparte del consumidor, es decir el proveedor, el profesional es el actor solamente puede interponer la acción ante los jueces del domicilio del consumidor. Desde ya, notará el lector que el legislador no le abre al consumidor el foro de su propio domicilio cuando es él el que entabla la acción, cuestión sobre la que ahondaremos en apartados ulteriores.

En síntesis, en materia de jurisdicción internacional en los contratos de consumo, sobresalen dos aspectos en el Código Civil y Comercial de la Nación, por un lado, la imposibilidad de la celebración del acuerdo de selección de foro, es decir la prohibición del ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción internacional y por el otro, que el legislador argentino no contempla el foro por antonomasia de tutela del consumidor, vale decir, le veda la posibilidad de que el consumidor entable la acción ante los jueces de su propio domicilio, despojándolo del foro más accesible para la defensa, para la protección acabada de sus derechos²⁵.

Art. 2655. *Derecho aplicable*. Los contratos de consumo se rigen por el Derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos:

- a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato;
- b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor;
- c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido;
- d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el Derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el Derecho del lugar de celebración”.

El art. 2651 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuando encara la cuestión del Derecho aplicable a las obligaciones contractuales, admite la posibilidad de las partes elijan la ley aplicable en los contratos internacionales, aunque en el último párrafo del texto bajo estudio, establece expresamente, la inaplicación de lo dispuesto para los contratos de consumo.

En este aspecto, vedada la posibilidad de autonomía de la voluntad, habrá que seguir los lineamientos del art. 2655 a los fines de la determinación de la ley aplicable, que diferencia esta vez sí claramente, entre lo que se denomina, consumidor activo y consumidor pasivo. En tal entendimiento, según surge del texto mencionado, se aplicará al contrato de consumo, el Derecho del Estado del domicilio del consumidor, cuando se den las condiciones que demuestren que se trata de un consumidor pasivo, es decir, que de alguna manera es agredido, atacado, inducido por el proveedor, por el profesional en su domicilio y si ello no es así, porque se trata de un consumidor activo, los contratos de consumo se rigen

²⁵ Sobre este tema *vid.* M.S. Rodríguez, Capítulo IV, Jurisdicción Internacional en el contrato electrónico de consumo. Obra Colectiva *Derecho del consumidor y comercio electrónico en el ámbito internacional*, EJC, Costa Rica, 2013, pág. 133/175.

por el Derecho del país de su cumplimiento, y en caso que no pueda determinarse, subsidiariamente por el Derecho del lugar de celebración del contrato.

Cabe aclarar que, a los efectos de la disposición en análisis, consumidor pasivo sería, en términos generales, aquel que, cumpliendo con los requisitos para ser considerado como tal (consumidor) presta su consentimiento para obligarse por el contrato desde el Estado de su domicilio. El consumidor activo, a contrario sensu, contrata fuera del país de su domicilio. Se considera que en el primer caso, el consumidor merece mayor protección que en el segundo, lo cual se manifiesta en la entrada del Derecho que le es más favorable por encima del ejercicio de la libre elección de las partes y en la aplicación del Derecho de su domicilio en defecto de elección. En este puntual aspecto, hay que resaltar que, entre los consumidores el turista, como destaca la doctrina más autorizada, a diferencia de otros, “es en esencia alguien que contrata servicios que serán prestados fuera de su domicilio. En este sentido, podemos decir que se trata de alguien que de por sí se encuentra en la especial situación de deslocalización. Dicho escenario se agudiza cuando nos encontramos con un turista internacional donde su contrato será cumplido en un Estado diferente al suyo, no sólo con normas o reglas diferentes sino también que él se tendrá que mover y, eventualmente defender, en un territorio ajeno y en un idioma que no es el propio. Sea cual sea el motivo del viaje el turista siempre – en virtud de ese traslado – presenta cierto grado de fragilidad que merece ser atendido”²⁶.

Ahora bien, cuando el contrato se celebra en la modalidad en línea, es evidente que, en las relaciones de consumo internacionales, no puede presumirse que el consumidor, sea siempre un consumidor pasivo. En efecto, si bien es cierto, que en la mayoría de los casos el consumidor contrata desde su propio domicilio, es decir que no se desplaza para contratar, la presunción puede caer en algunos supuestos tales, como cuando se trata del consumidor *on line*, lo cual no es para nada poco frecuente, contrata desde otro Estado distinto al de su domicilio, tal como el de la sede del proveedor o un tercer Estado, no porque se desplacen expresamente allí para contratar sino, más bien, porque se encuentran allí ocasionalmente.

Por lo tanto, como derivación de lo expuesto, la ley aplicable según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, será la del domicilio del consumidor, siempre que se trate de un consumidor pasivo, y la ley del lugar de cumplimiento, y subsidiariamente la ley del lugar de celebración del contrato de consumo, cuando una de las partes sea un consumidor activo.

²⁶ F.A. Medina, “El consumidor turista en el contexto electrónico”, Capítulo VI de la obra colectiva *Derecho del consumidor y comercio electrónico en el ámbito internacional*, p. 213/239. EJC, Costa Rica, 2013.

Seguidamente aunque sea brevemente, me dedicaré al último inciso del art. 2655 sobre Derecho aplicable cuando establece que “los contratos de consumo se rigen por el Derecho del Estado del domicilio del consumidor, en los siguientes casos: ...d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento”.

No llama la atención que el legislador argentino, se haya preocupado por determinar el Derecho aplicable a los contratos de consumo que tipifica en el inciso mencionado, ya que resulta innegable, que se han producido profundos cambios en la comercialización de servicios de viajes, turísticos en los últimos años, que ha llevado a la doctrina a replantear los conceptos de los distintos contratos de viajes que se encuentran a disposición de los consumidores. Ello se ve magnificado por la modificación de los paradigmas vigentes debido a los avances tecnológicos, que permiten la concertación de la contratación internacional electrónica entre los prestadores de servicios turísticos y los usuarios entre otros, vía internet.

En este sentido, no se puede olvidar que la Unión Europea inició hace más de seis años, el proceso de modernización de la Directiva de Viajes Combinados que se espera rinda sus frutos en el año 2017. Por supuesto, que la tardanza, la cautela seguramente se debe, a que se encuentran muchos como razonables intereses en juego de las partes involucradas. En esta línea de pensamiento, deben equilibrarse, tanto el desarrollo del turismo como un instrumento de acercamiento y conocimiento entre los pueblos como la merecida protección del consumidor turístico transfronterizo²⁷.

De manera, que nos parece acertada la inclusión en la enumeración, de los contratos de consumo que encierra el inciso d), porque no caben dudas, que dadas las condiciones que establece la disposición los consumidores involucrados merecen ser acabada y ampliamente protegidos en la esfera internacional.

V. A modo de colofón. Algunas reflexiones y propuestas

1) Las legislaciones analizadas en este trabajo, más allá de las diferencias puntualizadas, marcan tres hitos fundamentales dentro del Derecho de América

²⁷ El Parlamento Europeo recibió desde la Comisión Europea en julio del 2013 el Proyecto aprobando el texto final con una serie de enmiendas el 12 de marzo de 2014, órgano que lo devolvió a la Comisión a fin de que lo gire para su consulta a los Estados Miembros. El mayor logro del texto normativo es la sistematización jurídica de diversos contratos de turismo existentes, sobre todo cuando resulta claro que, la comercialización de los contratos han cambiado radicalmente las modalidades de contratación, con la introducción y el acceso a la tecnología y las comunicaciones a través de Internet. Ver Resolución legislativa del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, por la que se modifican el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE (COM 2013-0512-C7-0215/2013-2013/0246 (COD)).

Latina, y denotan la especial relevancia que los legisladores atribuyen a la actualización, a la puesta al día del sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna.

2) El Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá sancionado el 8 mayo 2014 es un cuerpo legislativo que codifica las reglas de Derecho Internacional Privado con una visión comprensiva, amplia que comprende desde el Derecho civil, así como el Derecho comercial y hasta lo relacionado con la nacionalidad, inmunidad de jurisdicción y Derecho penal internacional. En relación a los contratos de consumo se inserta, tal como fue analizado dentro de las tendencias imperantes en la materia, profundizando la protección del consumidor transfronterizo, desde la doble mira de la jurisdicción competente como del Derecho aplicable.

3) El 15 octubre 2014 el legislador dominicano sanciona la Ley de Derecho Internacional Privado, que regula lo relacionado a los tres ejes fundamentales del Derecho internacional privado, esto es las cuestiones sobre jurisdicción internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. En materia de Derecho aplicable a los contratos internacionales incorpora, en ausencia de ejercicio de preselección de las partes de la ley aplicable, un punto de conexión de los llamados flexibles, como es el de los vínculos más estrechos que sabido es, deja en manos de los aplicadores del Derecho un amplio marco de discrecionalidad. Se advierte la clara decisión del legislador dominicano de seguir las aguas, la senda abierta por la Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP IV) de México de 1994, que si bien no ha sido adoptada aún por muchos de los países americanos es una fuente de inspiración permanente, insustituible para los legisladores a la hora de la puesta al día de la legislación. Ciertamente, no se puede soslayar, precisamente dentro de la última obra codificadora mencionada, el caso del art. 9 del Proyecto de CIDIP VII, que exige la condición, para que se beneficie de la protección de las normas imperativas del Estado de su domicilio, que mantenga una actitud pasiva hacia la celebración del contrato y que sea el proveedor quien haga el esfuerzo de captación. Para ello, obviamente, resulta a nuestro entender de toda conveniencia, cuando de contratación en línea se habla, precisar los criterios que se siguen para determinar qué se considera como sitio *web* pasivo o activo, es decir, qué actividad se supone que desarrolla el proveedor a través de Internet hacia los consumidores residentes en otros Estados para presumir que está dirigiéndose hacia ellos y no a la inversa²⁸.

²⁸ Aquí, no podemos dejar de remarcar, por su relevancia, la teoría de la corriente del comercio (*stream of commerce theory*) elaborada por la jurisprudencia norteamericana, principalmente en el marco de la jurisdicción internacional (*stream of commerce theory of personal jurisdiction*) y que fue aplicada para los contratos celebrados por Internet en diferentes sentencias relacionadas con el Derecho

4) Tal como surge del análisis realizado, se puede observar que tanto en materia jurisdiccional como en cuanto al Derecho aplicable, cuando se trata de contratos de consumo, el legislador del Código Civil y Comercial de la Nación, impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya que no acepta la posibilidad que las partes preseleccionen ni los jueces que habrán de dirimir el conflicto en caso de disputas, de desavenencias, así como tampoco la ley que regirá el contrato internacional que han celebrado. No obstante según nuestra opinión, y así lo propiciamos pueden válidamente conjugarse, en un delicado equilibrio, la autonomía de la voluntad total y una limitación derivada de la aplicación de normas imperativas del entorno del consumidor, lo que amerita la preocupación de los legisladores hacia el consumidor pasivo como eje del máximo nivel de protección.

5) En lo que se relaciona específicamente con la cuestión de la jurisdicción internacional no deja de sorprendernos, y esta es una omisión desafortunada, la falta de previsión legislativa del foro de protección del consumidor, que le permitiría iniciar su acción ante los tribunales del lugar de su propio domicilio. Esta decisión legislativa, según creemos, se encuentra a contramano, en total desacuerdo con las tendencias actuales en la legislación comparada tanto de fuente interna como convencional.

6) Respecto a la ley aplicable a los contratos de consumo, el legislador argentino somete al contrato a la ley del domicilio del consumidor, como regla de base, bajo ciertas condiciones tendientes a proteger al consumidor pasivo. Cuando no se reúnen las condiciones mencionadas, es decir en el supuesto de un consumidor activo, se sujeta al contrato a la ley del lugar de su cumplimiento y subsidiariamente, a la ley del lugar de su celebración. Los puntos de conexión empleados aquí, pertenecen a la categoría de los denominados tradicionales, convencionales, rígidos que no obstante, amén de que se tropiezan con la dificultad de su determinación, carecen de relevancia en el ámbito del comercio electrónico.

7) Desde el análisis comparativo, cabe concluir que los tres países aceptan en materia de contratos internacionales en general, que las partes elijan el Derecho aplicable, aunque en este aspecto, el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, cuando se trata de contratos de consumo, se muestra desconfiado ante la autonomía de la voluntad como principio rector de regulación jurídica, ya que

de marcas. En este último aspecto, solamente mencionamos una de las más famosas, sentencias, *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, en el que un juez de distrito de Pensilvania estableció tres niveles de actuación para determinar si el demandado-proveedor, podía ser llevado fuera de los tribunales de su domicilio en atención a su actividad hacia el consumidor. En el primer nivel, es el proveedor quien busca contratar con los consumidores; en el último nivel, simplemente facilita información a través de su página *web* a los interesados y en el nivel medio, el consumidor puede interactuar intercambiando información, pero no contratar directamente.

les veda la posibilidad a las partes de elegir tribunal competente como Derecho aplicable. En este último aspecto, a tenor de los textos normativos aquí analizados, siguiendo una línea de conducta, nos declaramos en contra, es decir, desechamos, sin eufemismos, como ley aplicable a la contratación electrónica, a la llamada *lex informática*²⁹.

8) Finalmente, no podemos ocultar nuestra perplejidad, al constatar que el legislador argentino no incorpora disposiciones relacionadas con la contratación internacional celebrada por medios electrónicos. En este aspecto, llevan la delantera algunos países de América Latina cuyas normas hemos analizado en este trabajo, que no ignoraron esta delicada como relevante cuestión, tal como además de los analizados en esta ocasión ocurre con nuestro socio del MERCOSUR, Brasil, donde se han ocupado recientemente sobre el tema, colocándose a la vanguardia de las tendencias imperantes en la materia³⁰. Ésta constituye señaladamente una lamentable asimetría legislativa, que la República Argentina, de manera próxima deberá superar, corregir para evitar quedarse en la retaguardia en materia de contratos de consumo y de (des)protección del consumidor internacional en el nivel interamericano. Por todo ello, si bien es cierto que resulta

²⁹ S. Feldstein de Cárdenas, "Internet: Un golem de la postmodernidad", Ponencia presentado en el II Congreso Bonaerense de Derecho Comercial, los días 11, 12 y 13 de mayo de 2006, en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Isidro, en "Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración", www.eldial.com. Editorial Albremática, agosto del 2006 y especialmente, de la misma autora el capítulo a su cargo titulado "La lex informática: La insoportable levedad del no ser", en el *Libro Homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005.

³⁰ El 24 de abril de 2014, entró en vigor la nueva ley llamada *Marco Civil da Internet* (Lei Nr. 12965), conocida también como la "*Internet Bill of Rights*". La ley consagra los principios básicos de libertad de expresión, privacidad, protección de los datos personales, y neutralidad de la red (artículo 2). Y hace expresa referencia a la aplicación de las respectivas leyes brasileiras de protección al consumidor (artículo 7). El artículo 8 establece la jurisdicción concurrente de los tribunales brasileiros cuando los servicios de internet son provistos en Brasil; y lo que no es un tema menor, el artículo 11 impone obligatoriamente la aplicación de las leyes brasileiras cuando la recolección, almacenamiento, guarda, custodia, transmisión o procesamiento de datos ocurre en Brasil, aun cuando el proveedor de internet se encuentre en domiciliado en el exterior. Esta disposición dice textualmente, "*em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros*". § 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que oferte serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil. § 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações. § 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo".

auspicioso que se haya cumplido, avanzado en la codificación de las disposiciones de Derecho internacional privado en el Derecho argentino de fuente interna, no lo es menos, que algunas de las alteraciones legislativas incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación en materia de contratos de consumo, tal como resulta del análisis crítico realizado, nos merecen algunos reparos, algunas críticas dado que nos lucen desajustadas, desactualizadas. Efectivamente, sin perjuicio de confiar en la acabada interpretación de los aplicadores del Derecho, no se nos escapa que algunas disposiciones deberían ser revisadas, reformadas. Estamos pensando, entre otras, en la cuestión atinente al foro de protección del domicilio del consumidor como actor y en la ausencia de reglas de conflicto en materia de contratación electrónica. Dado que somos absolutamente conscientes, que sea en el espacio físico o en el espacio virtual, la (des)protección internacional de los ciudadanos, no debe erigirse nunca en un freno al desarrollo del comercio electrónico, pero tampoco éste debe desarrollarse sobre los cadáveres, los restos mortales derivados de la pérdida de las garantías de los consumidores transfronterizos.

Bibliografía

- All, P.M.: “La Construcción de un Sistema de Protección del Consumidor en el Mercosur: avances y desafíos de cara a la CIDIP VII”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2006-3, Santa Fe, 2006.
- Alterini, A.A.: *El nuevo Código Civil, LL*, 2012-B.
- Feldstein de Cárdenas, S.L. y Klein Vieira, L.: “La Noción de Consumidor en el Mercosur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n° 2, 2011.
- Feldstein de Cárdenas, S.L. (dir.): *Contratación electrónica internacional. Una mirada desde el Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 2008.
- Feldstein de Cárdenas, S.L.: *Contratos internacionales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.
- : *Derecho Internacional Privado*, en Alterini, Atilio A.; López Cabana, R. M. (Dir.), *Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- : *Derecho internacional Privado y de la Integración*. Editorial La Ley. 2011.
- Fernández Arroyo, D.P.: “Notas acerca del tratamiento de la jurisdicción internacional en el Proyecto de un Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina de 2003”, en C. Tibúrcio y L.R. Barroso, L.R. (org.): *O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- Klausner, E.A.: “Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no Mercosul – Sugestões para a reedição do Protocolo de Santa Maria”, *Revista de Direito do Consumidor*, n° 54, abr/jun. 2005.
- Lima Marques, C.: *Teorías que se encuentran detrás de la propuesta brasileña a la CIDIP VII*, en: D.P. Fernández Arroyo y J.A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección de los consumidores en América: trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, CEDEP – Asuncion, La Ley Paraguaya, 2007.
- Lima Marques, C.: *Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del Proyecto de Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable*

- a algunos contratos de consumo de Brasil. Parte I, disponible en: http://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf, consultado el 03/08/2012.
- Lorenzetti, R.: Comercio electrónico, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- Lorenzetti, R.: “Repensar las acciones para la protección internacional de los consumidores frente a la crisis financiera”, en AA.VV., *The Global Financial Crisis and the Need for Consumer Regulation: New Developments on International Protection of Consumers. La crisis financiera mundial y la necesidad de regulación de la protección de los consumidores: nuevos desarrollos en la protección internacional de los consumidores*, Porto Alegre/Asunción, Orquesta Editora, 2012.
- Najurieta, M.S.: “Conflicto de jurisdicciones en casos que involucran a consumidores”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n° 139–141, Buenos Aires, 1991–A.
- Perugini Zanetti, A.: *Derecho Internacional Privado del Consumidor*, en *XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado*, Rosario, 2005.
- Pocar, F.: “La protection de la partie faible en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 188, 1984.
- Rapallini, L.E.: “Prórroga de jurisdicción extranjera y obligaciones contractuales de consumo”, *LL*, 2012–C.
- Rodríguez, M.S.: *Derecho internacional privado y de la integración*, Colección Análisis de Fallos Jurisprudenciales. Comentarios varios en materia de Jurisdicción Internacional. Editorial La Ley. 2011.
- Schötz, G.J.: “Los acuerdos de jurisdicción en contratos de consumo internacionales celebrados en internet”, en R.A. Etcheverry. (dir.), *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 2003.
- Tellechea Bergman, E.: “Hacia una regulación interamericana sobre jurisdicción en materia de relaciones internacionales de consumo – esbozo de bases a partir de algunos desarrollos del Mercosur”, en D.P. Fernández Arroyo y J.A. Moreno Rodríguez (coords.), *Protección de los consumidores en América: trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, CEDEP – Asunción, La Ley Paraguaya, 2007.
- Uzal, M.E.: “La Protección al Consumidor en el Derecho Internacional Privado”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, n°s 139–141, Buenos Aires, 1991–A.

TEXTOS LEGALES

UNIÓN EUROPEA

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) 2015/263 de la Comisión de 16 enero 2015 por el que se modifican los anexos I a IV del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 45 de 19.12.2015.

.....

Reglamento de ejecución (UE) 2015/228 de la comisión de 17 febrero 2015 por el que se sustituyen los anexos I a VII del Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. DO L 49 de 20.2.2015.

.....

Reglamento Delegado (UE) 2015/281 de la Comisión de 26 de noviembre de 2014, que sustituye los anexos I y II del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DO L 54 de 25.2.2015.

.....

DIRECTIVAS

Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 mayo 2014 relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro. DO L 159 de 28.5.2015.

Obs.: De conformidad con el art. 36 TFUE, las disposiciones pertinentes sobre la libre circulación de mercancías no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito, justificadas por razones de protección del patrimonio nacional que posea un valor artístico, histórico o arqueológico. Sin embargo, en virtud y dentro de los límites del art. 36 del TFUE, los Estados miembros conservan el derecho a definir sus patrimonios nacionales y a adoptar las disposiciones necesarias para garantizar la protección de los mismos. Desempeñando la Unión un importante papel en el fomento de la cooperación entre Estados miembros con miras a proteger el patrimonio cultural con relevancia europea al que pertenecen esos patrimonios nacionales. Hasta la fecha esta materia se regulaba por la Directiva 93/7/CEE que permitía a los Estados miembros obtener la restitución a su territorio

de los bienes culturales que estuviesen clasificados dentro del patrimonio nacional con arreglo al referido art. 36 TFUE, que perteneciesen a una de las categorías comunes de bienes culturales a que se refería el anexo de dicha Directiva y que hubiesen salido de su territorio en infracción de las disposiciones nacionales o del Reglamento (CE) nº 116/2009 del Consejo. Esta Directiva también abarcaba los bienes culturales clasificados dentro del patrimonio nacional que forman parte de colecciones públicas o de inventarios de instituciones eclesiásticas, sin estar incluidos en dichas categorías comunes. Dicha Directiva y dicho Reglamento constituyeron un paso importante hacia una cooperación entre Estados miembros en ese ámbito, en el contexto del mercado interior con miras a lograr un mayor reconocimiento mutuo de las normas nacionales aplicables.

Un paso más en esta política lo aporta la presente Directiva cuyo objetivo es velar por que todas las partes presentes en el mercado actúen con diligencia en las transacciones relacionadas con bienes culturales. Las consecuencias de la adquisición de un bien cultural de procedencia ilegal solo serán verdaderamente disuasorias si el pago de una indemnización va acompañado de la obligación de que el poseedor del bien demuestre el ejercicio de la diligencia debida. Así pues, con objeto de alcanzar los objetivos de la Unión en materia de prevención y lucha contra el tráfico ilegal de bienes culturales, la presente Directiva dispone que el poseedor deba demostrar que ejerció la diligencia debida en el momento de la adquisición del bien para obtener una indemnización. Para ello es menester que todas las personas, y en particular todos los participantes en el mercado, dispongan de fácil acceso a la información pública sobre los bienes culturales clasificados o definidos como patrimonio nacional por los Estados miembros. Por esta razón estos últimos deben procurar facilitar dicho acceso

A los efectos indicados la Directiva extiende su ámbito de aplicación a todo bien cultural clasificado o definido por un Estado miembro, en virtud de la legislación o los procedimientos administrativos nacionales, como patrimonio nacional, que posea valor artístico, histórico o arqueológico en el sentido del art. 36 del TFUE. Abarca pues a los bienes que poseen un interés o valor histórico, paleontológico, etnográfico, numismático o científico, con independencia de que formen parte de una colección pública o de otra índole o de que sean objetos aislados y de que provengan de excavaciones legales o clandestinas, a condición de que estén clasificados o definidos como patrimonio nacional. Además la Directiva dispone que los bienes culturales clasificados o definidos como patrimonio nacional ya no necesitan pertenecer a ninguna categoría ni deben ajustarse a umbrales relacionados con su antigüedad ni con su valor financiero para cumplir los requisitos de restitución en virtud de la misma.

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. DO L 349 de 5.12.2014.

Obs.: La Directiva 2014/104/UE establece como principio general que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio directo o indirecto por un comportamiento contrario a las normas de competencia (acuerdo restrictivo de la competencia o abuso de posición de dominio) podrá solicitar el resarcimiento de los infractores por el daño emergente (el sobreprecio pagado a raíz de la existencia de la infracción), el lucro cesante (la disminución de ventas causada por el sobrecoste derivado de la infracción) y los intereses.

La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia hace referencia a la aplicación de éstas por parte de los tribunales, cuando declaran la nulidad de los acuerdos anticompetitivos, adoptan órdenes de cesación y conceden indemnizaciones por daños y perjuicios a instancia de las víctimas de tales infracciones. La aplicación privada es por lo general el único modo de compensar a las víctimas de las conductas anticompetitivas, en la medida en que las autoridades responsables de la aplicación de este derecho en su vertiente pública pueden imponer a los infractores multas (y, en algunos casos, sanciones

penales y/o disciplinarias) pero, en términos generales, no pueden conceder indemnizaciones por daños a los perjudicados por la infracción.

El derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión y nacional exige que todos los Estados miembros cuenten con normas de procedimiento que garanticen su ejercicio efectivo. La necesidad de que existan vías procesales eficaces también se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva, con arreglo a lo dispuesto en el art. 19, ap. 1, párrafo segundo TUE y en el art. 47, párrafo primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios constituyen tan solo un elemento de un eficaz sistema de Derecho privado para los casos de infracciones del Derecho de la competencia y van acompañadas de vías alternativas de reparación, tales como la solución consensual de controversias y las decisiones de ejecución de las autoridades públicas, que dan un incentivo a las partes para conceder el resarcimiento. Para garantizar la efectividad de las acciones de los particulares en el marco de la aplicación privada con arreglo a las normas de Derecho civil y la efectividad de la aplicación pública por parte de las autoridades de la competencia, es preciso que ambos instrumentos interactúen para garantizar la máxima eficacia de las normas sobre competencia. A estos efectos la presente Directiva coordina esas dos formas de aplicación, por ejemplo en relación con las condiciones de acceso a los documentos en poder de las autoridades de la competencia; dicha coordinación a nivel de la Unión pretende evitar la divergencia entre las normas aplicables, que podría poner en peligro el buen funcionamiento del mercado interior.

La Directiva incluye para lograr estos objetivos determinadas las normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación. En ella se establecen normas destinadas a fomentar una competencia real en el mercado interior y a eliminar los obstáculos que impiden su buen funcionamiento, garantizando una protección equivalente en toda la Unión para todos los que hayan sufrido tal perjuicio. Asimismo, la Directiva fija normas que coordinan la aplicación de la normativa sobre competencia por parte de las autoridades en la materia así como la aplicación de estas normas en las acciones por daños ejercitadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

La Directiva obliga a los Estados miembros a establecer un plazo para el ejercicio de las acciones de, al menos, cinco años. El plazo empezará a contar desde que cesó la infracción o desde que el demandante tuvo (o hubiera podido razonablemente tener) conocimiento de la existencia de la infracción, del perjuicio causado y de la identidad del infractor (*stand-alone actions*). En el caso de que las autoridades de competencia hayan iniciado un procedimiento sancionador, las acciones pueden ejercitarse hasta un año después de que la decisión o resolución administrativa que constata la infracción sea firme (*follow-on actions*).

Teniendo en cuenta que las infracciones a gran escala del Derecho de la competencia a menudo tienen un elemento transfronterizo, la Directiva pretende, de un lado, garantizar la existencia de condiciones más equitativas para las empresas que operan en el mercado interior y mejorar las condiciones para que los consumidores ejerzan los derechos que les confiere el mercado interior; de otro lado, incrementar la seguridad jurídica al reducir las diferencias que existen entre los Estados miembros en cuanto a las normas nacionales por las que se rigen las acciones por daños en relación con infracciones del Derecho de la competencia tanto de la Unión como nacional, y del Derecho nacional de la competencia cuando se aplique paralelamente al de la Unión. La aproximación de estas normas contribuirá además a evitar que aumenten las diferencias entre las normas de los Estados miembros por las que se rigen las acciones por daños en asuntos de competencia. Para ello se faculta a los órganos jurisdiccionales nacionales para ordenar la exhibición, bajo su estricta supervisión, de pruebas o de categorías de pruebas específicas, a petición de parte, en particular en lo que se refiere a la necesidad y la proporcionalidad de la medida de exhibición. De la obligación de proporcionalidad se deriva que la exhibición de pruebas solo puede ordenarse una vez que el demandante haya demostrado la verosimilitud, sobre la base de los datos que obren razonablemente en su poder, de los daños que le haya causado el demandado. Cuando una solici-

tud de exhibición esté destinada a obtener una categoría de pruebas, la misma debe quedar identificada mediante rasgos comunes de sus elementos constitutivos, como la naturaleza, objeto o contenido de los documentos cuya exhibición se pide, el momento en que hayan sido redactados, u otros criterios, siempre y cuando las pruebas que pertenezcan a esa categoría sean pertinentes a tenor de lo dispuesto en la presente Directiva. Esas categorías deben definirse de la manera más precisa y concreta posible sobre la base de los hechos razonablemente disponibles.

En España, la acción de responsabilidad civil, desarrollada y aplicada frecuentemente por los Tribunales de Justicia en otros ámbitos, apenas fue ejercitada cuando el daño derivaba de un acto prohibido por la legislación de defensa de la competencia. En el contexto de elaboración de las normas de responsabilidad civil general no estaba presente el desarrollo que ha ido adquiriendo la actividad empresarial, en su faceta anticompetitiva, y, por tanto, el tradicional sistema de la responsabilidad civil extracontractual no se encuentra adaptado en determinados aspectos a las especialidades que presenta aquel tipo de actividad. Últimamente parece creciente el interés judicial y doctrinal por fomentar este tipo de acciones, dado el interés que directo que presentan para los perjudicados por tales prácticas (resarcimiento de su daño particular). Conviene retener que la Directiva amplía sustancialmente el plazo para el ejercicio de acciones por daños de competencia en España (un año para las reclamaciones de daños extracontractuales) y resuelve la incertidumbre sobre el *dies a quo* del cómputo del plazo. *Vid.* C. Oro Martínez, Las reclamaciones por daños derivados de una infracción del Derecho de la competencia de la UE: primeras observaciones sobre la Directiva 2014/14/UE, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, 2015, pp. 28-34.

Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 enero 2015 , por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. DO L 21 de 28.1.2015.

Obs.: La Directiva 2011/96/UE del Consejo eximió de la retención en origen los dividendos y otros beneficios distribuidos por filiales a sus sociedades matrices y eliminó la doble imposición de esos ingresos en la sociedad matriz. Su puesta en práctica, sin embargo, generó el riesgo del empleo prácticas abusivas por parte de los contribuyentes que entraban en su ámbito de aplicación y ante esta situación algunos Estados miembros, pues otros guardaron silencio sobre el tema, miembros, dictaron disposiciones nacionales o convencionales destinadas a hacer frente a esta situación. Dichas disposiciones alcanzaron diferentes grados de severidad y, en cualquier caso, estaban previstas para responder a las características específicas del particular régimen fiscal de cada Estado miembro. Ante esta situación el Consejo consideró oportuno introducir en la Directiva 2011/96/UE una norma común mínima contra las prácticas abusivas para evitar un uso indebido de la misma y para garantizar una mayor coherencia en su aplicación en diferentes Estados miembros teniendo en cuenta que su aplicación debía ser proporcionada y responder un arreglo concreto o a una serie de arreglos que hubiesen falseados en el sentido de no reflejar la realidad económica. Esta es la finalidad de la Directiva (UE) 2015/121 a partir de la cual los Estados miembros podrán también invocar la cláusula contra prácticas abusivas para hacer frente a esas fases y partes concretas, sin perjuicio de las demás fases y partes del arreglo que no se hayan falseado. Con ello se pretende maximizar la eficacia de la cláusula contra prácticas abusivas, a la vez que se garantiza su proporcionalidad. La premisa “en la medida en que” puede resultar eficaz en casos en los que las entidades de que se trate sean reales en cuanto tales, pero en los que, por ejemplo, se falsee la atribución, a un contribuyente establecido en un Estado miembro, de acciones de las que se derive la distribución de beneficios; es decir, cuando el arreglo, por su forma jurídica, transmita la propiedad de las acciones pero, por sus características, no refleje la realidad económica.

Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 abril 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE. DO L 106 de 24.4.2015.

Obs.: Esta disposición, facilita el acceso de los ciudadanos de la UE a los servicios consulares en terceros Estados cuando su propio país no tenga representación diplomática o no pueda darles protección. Dichos ciudadanos tendrán derecho a la protección consular facilitada por otro Estado miembro en las mismas condiciones que los ciudadanos de dicho Estado. Debe retenerse que la ciudadanía de la Unión es el estatus fundamental de los nacionales de los Estados miembros. El derecho de los ciudadanos de la Unión a acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado es uno de los derechos específicos que otorga el art. 20, ap. 2, letra c) TFUE a los ciudadanos de la Unión. El Tratado de Lisboa reforzó el estatus de ciudadanía de la Unión y afianzó los derechos ligados al mismo y en tal sentido el art. 23 del TFUE previó la adopción de directivas en las que se estableciera las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar la protección consular de los ciudadanos de la Unión no representados.

Casi 7 millones de ciudadanos de la UE viajan o viven fuera de la UE en los lugares donde su propio país de la UE no tiene una embajada o consulado. Los únicos cuatro países en los que están representados los 28 países de la UE son Estados Unidos, China, India y Rusia. Durante su estancia en el extranjero tales “ciudadanos sin representación” es posible que precisen la asistencia de las autoridades consulares, por ejemplo debido a que su pasaporte ha sido robado o perdido, o porque han sido víctimas de un accidente o un crimen. También podrían encontrarse en medio de una crisis, como un desastre natural o la inestabilidad política, lo que podría requerir la evacuación.

Las necesidades de protección en terceros países de los ciudadanos no representados requieren una cooperación y coordinación eficaces. El Estado miembro que otorgue su asistencia en un tercer país en el que esté presente y el Estado miembro del que sea nacional el ciudadano deben cooperar estrechamente. La cooperación consular local puede ser más compleja en el caso de los ciudadanos no representados, pues exige una coordinación con autoridades no representadas en el terreno, incluidas, cuando corresponda, las embajadas o consulados competentes. Para suplir la ausencia de una embajada o consulado del propio Estado miembro del ciudadano debe establecerse un conjunto de normas claro y estable. También es necesario clarificar las medidas existentes para garantizar una protección eficaz.

Después de tres años de negociaciones, los Estados miembros de la UE han adoptado la presente Directiva cuyo objetivo es establecer las medidas de cooperación y coordinación necesarias para facilitar una mayor protección consular de los ciudadanos de la Unión no representados. Estas medidas deben aumentar la seguridad jurídica, así como una cooperación y solidaridad eficaces entre las autoridades consulares. Para ello deben tenerse en cuenta dos consideraciones: a) que los ciudadanos de la Unión carecen de representación en un tercer país si el Estado miembro del que son nacionales no dispone de embajada, consulado o cónsul honorario establecido en él; b) que los ciudadanos carecen de representación si la embajada, consulado o cónsul honorario establecido en el lugar es incapaz, por cualquier circunstancia, de proporcionar en un caso determinado la protección a la que tendría derecho la persona afectada de acuerdo con el Derecho o la práctica nacionales.

Las embajadas y los consulados deben comunicarse mutuamente cualquier circunstancia excepcional que pueda afectar temporalmente a su capacidad de proporcionar protección consular. También deben tenerse en cuenta la accesibilidad y la proximidad. Por ejemplo, un ciudadano que solicite la protección consular o la asistencia a la embajada o el consulado de otro Estado miembro no puede ser reenviado a la embajada o el consulado del Estado miembro del que es nacional si, debido a la situación local o a la falta de recursos, no puede contactar o ser contactado de manera segura por su embajada, consulado o cónsul honorario de un modo que le permita recibir protección consular. El concepto de ausencia de

representación debe interpretarse de manera que garantice el respeto del derecho de los ciudadanos no representados a ser protegidos por la embajada o el consulado de otro Estado miembro de manera no discriminatoria, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso particular. Los ciudadanos que ostenten la nacionalidad de más de un Estado miembro deben considerarse no representados si ninguno de los Estados miembros de los que son nacionales está representado en el tercer país en cuestión.

Aunque los Estados miembros tienen diferentes tradiciones en lo que respecta a las competencias de los cónsules honorarios, generalmente estos no ofrecen la misma variedad de servicios que las embajadas o los consulados. Teniendo en cuenta que, con frecuencia, los cónsules honorarios cumplen su cometido de forma voluntaria, debe darse a los Estados miembros la facultad de decidir si la presente Directiva se aplica a los cónsules honorarios. Puede solicitarse a los cónsules honorarios que proporcionen protección consular a ciudadanos no representados, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Como objetivo principal la Directiva pretende que las embajadas o consulados de los Estados miembros proporcionen protección consular a los ciudadanos no representados en las mismas condiciones que a sus propios nacionales. Bien entendido que los Estados miembros pueden decidir que la presente Directiva se aplique a la protección consular proporcionada por los cónsules honorarios, en cumplimiento del art. 23 TFUE. Para ello asegura de que los ciudadanos no representados sean debidamente informados de dichas decisiones y de la medida en la cual los cónsules honorarios sean competentes para proporcionar protección en un caso determinado.

La asistencia consular a ciudadanos de la UE no representados abarca las siguientes situaciones: a) detención o prisión; b) ser víctima de un delito; c) accidente grave o enfermedad grave; d) fallecimiento; g) ayuda y repatriación en caso de emergencia; h) necesidad de documentos provisionales de viaje.

En terceros países, las delegaciones de la Unión, en estrecha colaboración con las misiones diplomáticas y consulares de los Estados miembros, contribuyen a la aplicación del derecho a protección consular de los ciudadanos de la Unión, tal como se especifica en el Tratado.

Las solicitudes de protección deben tramitarse si los solicitantes presentan un pasaporte o un documento de identidad de un ciudadano de la Unión válidos. No obstante, los ciudadanos no representados que precisen de protección consular pueden no estar ya en posesión de sus documentos de identidad. La condición de ciudadano la otorga directamente el Derecho de la Unión, y el valor de los documentos de identidad es meramente declaratorio. Si los solicitantes no pueden presentar documentos de identidad válidos, deben en todo caso ser capaces de probar su identidad por otros medios. En caso necesario, la identidad de la persona de que se trate podrá verificarse cuando se consulte a las autoridades del Estado miembro del que dice ser nacional el solicitante. Con respecto a los miembros de la familia originarios de terceros países que acompañen al solicitante, las autoridades del Estado miembro del que sea nacional el solicitante deben estar en disposición de ayudar al Estado miembro que preste asistencia a comprobar la identidad y la existencia de un vínculo familiar con el solicitante.

Bien entendido que la presente Directiva no afecta a las relaciones consulares entre los Estados miembros y terceros países, en particular a los derechos y obligaciones derivados de los usos y acuerdos internacionales, en particular la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 abril 1963 (Convención de Viena), que los Estados miembros aplican en cumplimiento de la legislación de la Unión. En virtud del art. 8 de la Convención de Viena, los Estados miembros podrán proporcionar protección consular en nombre de otro Estado miembro previa notificación adecuada y siempre que el tercer país afectado no se oponga. En particular, pueden presentarse dificultades en relación con situaciones en las que se vean implicadas personas que poseen también la nacionalidad del país de acogida. Los Estados miembros, con el apoyo de la cooperación consular local, deben emprender ante los terceros países las gestiones necesarias para que se pueda proporcionar protección consular en nombre de otros Estados miembros en cualquier circunstancia.

La protección consular proporcionada a un ciudadano no representado en caso de detención o prisión puede incluir gastos de viaje, alojamiento o traducción inusualmente elevados para las autoridades diplomáticas o consulares del Estado miembro que preste asistencia, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto. Debe informarse al Estado miembro del que sea nacional el ciudadano no repre-

sentado de estos posibles gastos durante las consultas que deben tener lugar antes de proporcionar la asistencia. El Estado miembro que preste asistencia debe tener la posibilidad de solicitar al Estado miembro del que sea nacional el ciudadano no representado el reembolso de estos gastos inusualmente elevados. El Estado miembro del que sea nacional el ciudadano no representado debe reembolsar al Estado que preste asistencia los gastos ocasionados. El Estado miembro que preste asistencia y el Estado miembro del que sea nacional el ciudadano no representado deben poder acordar las modalidades de reembolso en determinados plazos. De acuerdo con el principio de no discriminación, el Estado miembro del que sea nacional el ciudadano no representado no podrá exigirle a este último que reembolse gastos que los nacionales del Estado miembro que preste asistencia no se verían obligados a reembolsar.

Los Estados miembros disponen hasta el 1 mayo 2018 para adecuar su Derecho nacional a la Directiva.

DECISIONES

Decisión de ejecución de la Comisión de 17 marzo 2014 que modifica la Decisión 2011/130/UE, por la que se establecen los requisitos mínimos para el tratamiento transfronterizo de los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes en virtud de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. DO L 80 de 19.3.2014.

Obs.: Los prestadores de servicios que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123/CE deben poder llevar a cabo a través de ventanillas únicas y por vía electrónica los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades y ejercerlas. Dentro de los límites establecidos en el art. 5, ap. 3, de la Directiva 2006/123/CE, puede darse aún el caso de que los prestadores de servicios tengan que presentar documentos originales, copias compulsadas o traducciones compulsadas cuando efectúen dichos procedimientos y trámites. En estos casos, es posible que los prestadores de servicios tengan que presentar documentos firmados electrónicamente por autoridades competentes. La utilización transfronteriza de las firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado reconocido queda facilitada en virtud de la Decisión 2009/767/CE de la Comisión, de 16 octubre 2009, por la que se adoptan medidas que facilitan el uso de procedimientos por vía electrónica a través de las ventanillas únicas con arreglo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, que, entre otras cosas, obliga a los Estados miembros a llevar a cabo una evaluación de los riesgos antes de exigir estas firmas electrónicas a los prestadores de servicios y establece unas normas para la aceptación por los Estados miembros de las firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos, con o sin dispositivo seguro de creación de firma. No obstante, la Decisión 2009/767/CE no entra en los formatos de las firmas electrónicas en los documentos expedidos por las autoridades competentes que los prestadores de servicios deben presentar cuando lleven a cabo los procedimientos y trámites pertinentes. Dado que las autoridades competentes de los Estados miembros utilizan actualmente diferentes formatos de firma electrónica avanzada para firmar electrónicamente sus documentos, los Estados miembros receptores que tienen que procesar dichos documentos pueden encontrar dificultades técnicas derivadas de la variedad de formatos de firma utilizados. Para que los prestadores de servicios puedan llevar a cabo sus procedimientos y trámites por vía electrónica a través de las fronteras, es necesario garantizar que los Estados miembros puedan soportar técnicamente al menos cierto número de formatos de firma electrónica avanzada cuando reciban documentos firmados electrónicamente por autoridades competentes de otros Estados miembros. La definición de cierto número de formatos de firma electrónica avanzada que tendría que soportar técnicamente un Estado miembro receptor facilitaría la automatización y mejoraría la interoperabilidad transfronteriza de los procedimientos electrónicos.

Como consecuencia de la presente Decisión los Estados miembros deberán implantar los medios técnicos necesarios para procesar los documentos firmados electrónicamente por las autoridades competentes de otros Estados miembros con una firma electrónica avanzada XML o CMS o PDF en cualquier nivel de conformidad o utilizando un contenedor con firma asociada al nivel básico, siempre que esto se ajuste a las especificaciones técnicas contenidas en el anexo, que presenten los prestadores de servicios en el contexto del cumplimiento de los procedimientos y trámites a través de las ventanillas únicas, según lo previsto en el art. 8 de la Directiva 2006/123/CE

Decisión del Consejo, de 9 abril 2014, por la que se modifican los anexos I, II y III de la Decisión 2011/432/UE del Consejo sobre la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. DO L 113 de 16.4.2014.

Obs.: De conformidad con el art. 3, ap. 2, del Acuerdo, de 19 octubre 2005, entre la Unión Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en lo sucesivo, “el Acuerdo”), celebrado mediante la Decisión 2006/325/CE del Consejo cuando se adopten modificaciones del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Dinamarca notificará a la Comisión su decisión de aplicar o no el contenido de tales modificaciones.

El Reglamento (UE) n° 542/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1215/2012 en lo relativo a las normas que deben aplicarse por lo que respecta al Tribunal Unificado de Patentes y al Tribunal de Justicia del Benelux se adoptó el 15 mayo 2014.

De conformidad con el art. 3, ap. 2, del Acuerdo, Dinamarca, mediante carta de 2 junio 2014, notificó a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento (UE) n° 542/2014. Esto implica que las disposiciones del Reglamento (UE) n° 542/2014 se aplicarán a las relaciones entre la Unión Europea y Dinamarca. Asimismo, de acuerdo con el art. 3, ap. 6, del Acuerdo, la notificación danesa de que el contenido de las modificaciones se ha aplicado en Dinamarca crea obligaciones mutuas entre Dinamarca y la Unión Europea. Así pues, el Reglamento (UE) n° 542/2014 constituye una modificación del Acuerdo y, como tal, se considera un anexo del mismo.

Con referencia al art. 3, apartados 3 y 4, del Acuerdo, la aplicación del Reglamento (UE) n° 542/2014 en Dinamarca puede tener lugar administrativamente. Las medidas administrativas necesarias entraron en vigor el 18 de junio.

INFORMACIONES

Información referente al art. 76 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2015/C 4/02). DO C 4 de 9.1.2015.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

DISPOSICIONES GENERALES

Real Decreto 100/2014, de 21 de febrero, por el que se establecen determinadas disposiciones sobre el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo. BOE, 22-II-2014.

.....

Real Decreto 103/2014, de 21 de febrero, por el que se adaptan determinadas normas en el ámbito del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, con motivo de la adhesión de la República de Croacia, y por el que se modifican determinadas normas relativas al reconocimiento de cualificaciones profesionales. BOE, 10-III-2014.

.....

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. BOE, 14-IV.2014.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con la modificación del art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se produjo un cambio en la regulación y planteamiento de la llamada justicia universal. En el planteamiento de dicha reforma latía la idea de perfilar la competencia de la jurisdicción española, ampliando por un lado los delitos que, habiéndose cometido fuera del territorio nacional, e independientemente de la nacionalidad de su autor son susceptibles de ser investigados por la jurisdicción española y por otro lado, definiendo las condiciones que debían darse para que la justicia española fuera competente, adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo.

Han pasado cuatro años desde que la mencionada reforma entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y

exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional. Al tiempo, la regulación de la materia debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 octubre 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos.

En esa misma línea de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera

del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley.

Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía.

Con esta finalidad, se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española: es necesario que el legislador determine, de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones. La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito.

También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen.

En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no

puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

La regulación introduce límites a la jurisdicción española que deben ser aplicados a las causas actualmente en trámite, pues los Tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción.

Artículo único. *Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.* La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se modifica en los siguientes términos:

Uno. Se modifican los apartados 2, 4 y 5 del art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se introduce un nuevo ap. 6 en dicho art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedando todos ellos redactados de la siguiente manera:

“2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda”.

“4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los arts. 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;

5.º el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;

6.º el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;

7.º el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,

8.º el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:

1.º el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,

2.º el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.

g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 septiembre 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 febrero 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 marzo 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un

delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 mayo 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

m) Trata de seres humanos, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 octubre 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España”.

“5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea

incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”.

“6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”.

Dos. Se introduce un número 4.º en el ap. 1 del art. 57 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

“4.º De los demás asuntos que le atribuya esta Ley”.

Disposición transitoria única. Las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella.

Disposición final única. Entrada en vigor. La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. BOE, 15-III-2014.

Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, BOE, 26-III-2014, corr. err. 14-V-2014.

[...]

Título preliminar

Art. 1. Objeto y definiciones. 1. Esta ley tiene por objeto regular la Acción Exterior del Estado, enumerar sus principios rectores, identificar los sujetos y ámbitos de la misma, establecer los instrumentos para su planificación, seguimiento y coordinación y ordenar el Servicio Exterior del Estado, para asegurar la coordinación y coherencia del conjunto de actuaciones que la constituyen y su adecuación a las directrices, fines y objetivos de la Política Exterior.

2. A los efectos de esta ley se entiende por:

a) Política Exterior: el conjunto de decisiones y acciones del Gobierno en sus relaciones con otros actores de la escena internacional, con objeto de definir, promover, desarrollar y defender los valores e intereses de España en el exterior.

b) Acción Exterior del Estado: el conjunto ordenado de las actuaciones que los órganos constitucionales, las Administraciones públicas y los organismos, entidades e instituciones de ellas dependientes llevan a cabo en el exterior, en el ejercicio de sus respectivas competencias, desarrolladas de acuerdo con los principios establecidos en esta ley y con observancia y adecuación a las directrices, fines y objetivos establecidos por el Gobierno en el ejercicio de su competencia de dirección de la Política Exterior.

c) Servicio Exterior del Estado: los órganos, las unidades administrativas y los medios humanos y materiales que, bajo la dirección y la coordinación del Gobierno, ejecutan y desarrollan la Política Exterior y la Acción Exterior de este, sin perjuicio de las competencias de los distintos departamentos ministeriales.

Art. 2. Principios y objetivos de la Política Exterior. 1. La Política Exterior de España tiene como principios inspiradores el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. La Política Exterior de España defenderá y promoverá el

respeto y desarrollo del derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Promoverá los proyectos de construcción europea y de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, así como el multilateralismo en el seno de la comunidad internacional.

2. Son objetivos de la Política Exterior de España:

a) El mantenimiento y promoción de la paz y la seguridad internacionales;

b) El fomento de instituciones multilaterales fuertes y legítimas;

c) La promoción y consolidación de sistemas políticos basados en el Estado de Derecho y en el respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas;

d) La lucha contra la pobreza, la solidaridad con los países en vías de desarrollo y el desarrollo económico y social de todos los Estados;

e) La defensa del medio ambiente y la protección de la biodiversidad, la lucha contra el cambio climático y la preocupación por la seguridad alimentaria;

f) La eliminación de las armas de destrucción masiva y armas químicas y la asunción de un compromiso activo por un progresivo desarme a nivel mundial;

g) La construcción de una Europa más integrada y más legítima ante sus ciudadanos, que se constituye como un actor global de referencia;

h) El fortalecimiento de la Comunidad Iberoamericana de Naciones;

i) La seguridad y bienestar de España y sus ciudadanos;

j) La asistencia y protección a sus ciudadanos, así como la protección de los intereses económicos de España en el exterior;

k) La promoción de los intereses económicos de España en el exterior.

[...]

Título I**Sujetos y ámbitos de la Acción Exterior**

[...]

Capítulo II**Ámbitos de la Acción Exterior del Estado**

[...]

Art. 16. *Acción Exterior en materia de derechos humanos.* 1. La Acción Exterior en materia de derechos humanos promoverá la extensión, reconocimiento y efectivo cumplimiento de los principios fundamentales defendidos por la comunidad internacional de Estados democráticos y reconocidos en la propia Constitución Española, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los demás pactos y tratados ratificados por España en esta materia, en especial las Directrices de derechos humanos de la Unión Europea.

2. Asimismo, promoverá la cooperación internacional en materia de defensa y garantía de los derechos humanos y contará para ello con el trabajo de proyección exterior de los órganos constitucionales.

[...]

Art. 18. *Acción Exterior en materia de justicia.* 1. La Acción Exterior en materia de justicia se orientará a promover la cooperación jurídica internacional, singularmente en el ámbito judicial, y la celebración y actualización de acuerdos internacionales.

2. Asimismo, se orientará a la formación y fortalecimiento de la posición española ante las instituciones internacionales y de la Unión Europea en el ámbito de la justicia y de las libertades públicas.

Art. 19. *Acción Exterior en materia de seguridad pública y asuntos de interior.* 1. La Acción Exterior en materia de seguridad pública y asuntos de interior se desarrollará mediante la cooperación policial internacional, elemento esencial para la prevención y la lucha contra todas las formas de delincuencia organizada transnacional y el terrorismo, orientada a la asistencia mutua y a la colaboración con las instituciones responsables de la seguridad pública en el exterior. Asimismo

tendrá por objeto la cooperación con terceros Estados en materia de formación y asistencia técnica en el ámbito penitenciario, de protección civil, de seguridad vial y de políticas de apoyo a las víctimas del terrorismo.

2. La Acción Exterior en materia de seguridad pública y otros asuntos de interior se orientará a la formación y fortalecimiento de la posición de España ante la Unión Europea y las organizaciones internacionales, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros sujetos de la Acción Exterior del Estado y, en su caso, en coordinación con ellos.

Art. 20. *Acción Exterior en materia económica, comercial, financiera y de apoyo a la internacionalización de la economía española.* La Acción Exterior en materia económica, comercial, financiera y de apoyo a la internacionalización de la empresa consistirá en la ejecución en el exterior de la política del Gobierno en materia económica, de reformas para la mejora de la competitividad y financiera, que comprende también las acciones relativas a las instituciones financieras internacionales, así como las actuaciones encaminadas a la internacionalización de la empresa y la economía españolas.

[...]

Art. 23. *Acción Exterior en materia de emigración e inmigración.* 1. La Acción Exterior en materia de emigración velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política para facilitar su retorno.

2. La Acción Exterior en materia de inmigración se orientará a la ordenación de los flujos migratorios hacia España y a reforzar la lucha contra la inmigración irregular.

[...]

Art. 28. *Acción Exterior en materia de turismo.* 1. La Acción Exterior en materia de turismo se orientará a la promoción de la imagen de España como destino turístico y a la planificación, desarrollo, ejecución y seguimiento de actividades de carácter promocional del sector turístico español en los mercados internacionales, así como al

apoyo a la comercialización de productos turísticos españoles en el exterior.

2. Asimismo, dicha acción incluirá el ejercicio de las relaciones turísticas internacionales tanto de carácter bilateral como con las organizaciones turísticas internacionales de carácter multilateral, y el fomento de la cooperación turística internacional.

3. La Acción Exterior en materia turística comprenderá la asistencia e información a las entidades y empresas turísticas españolas en su actividad internacional y el respaldo a su implantación en el exterior.

4. Contribuirá especialmente a la difusión en el exterior de la imagen de España al ser la acción turística un aspecto decisivo en ella.

[...]

Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. BOE, 28-III-2014.

[...]

Artículo único. *Modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.* El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, queda modificado como sigue:

[...]

Nueve. Se modifica el ap. 4 del art. 57 que queda redactado en los siguientes términos:

“4. No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables”.

Diez. Se modifica el ap. 2 del art. 59, que queda redactado en los siguientes términos:

“2. Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea”.

[...]

Diecinueve. Se modifica el art. 67, que queda redactado del siguiente modo:

“Art. 67. *Normas de derecho internacional privado.* 1. La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española.

2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los arts. 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumido-

res y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los arts. 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea”.

[...]

Disposición final segunda. *Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.* La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista queda modificada como sigue:

Uno. Se modifica el art. 2, que queda redactado del siguiente modo:

[...]

Cuatro. Se modifica el art. 38, que queda redactado del siguiente modo:

“Art. 38. *Concepto.* 1. Para la calificación de las ventas a distancia se estará a lo dispuesto en el art. 92 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras

leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

2. Las empresas de ventas a distancia deberán comunicar, en el plazo de tres meses, el inicio de su actividad al Registro de ventas a distancia, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan.

Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que practiquen ventas a distancia en territorio español lo comunicarán directamente al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Economía y Competitividad, en el plazo de tres meses desde el inicio de la actividad. No será necesaria ninguna comunicación de datos cuando el prestador de servicios ya estuviere establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea y realice sus actividades en régimen de libre prestación.

El Ministerio de Economía y Competitividad informará a las comunidades autónomas de las empresas de ventas a distancia registradas.

Del mismo modo, las comunidades autónomas comunicarán al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Economía y Competitividad las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente.

3. Para el ejercicio de las ventas a distancia se rá de aplicación el régimen contenido en el título III del libro segundo del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.

[...]

Disposición final quinta. *Incorporación del derecho de la Unión Europea.* La presente ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 octubre 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Asimismo, se incorpora al ordenamiento jurídico interno el art. 10.1 de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2013.

[...]

Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. BOE, 2-IV-2014.

Obs.: Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación están sujetas, en el ejercicio de su actividad, a la tutela de la Administración General de Estado o a la de las comunidades autónomas, en caso de que éstas hayan asumido la competencia en sus estatutos. Le corresponde a la Administración del Estado la tutela de las actividades relativas al comercio exterior. Las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales, de servicios o navieras en territorio nacional formarán parte de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dentro de cuya circunscripción tengan establecimientos, delegaciones o agencias, sin que de ello se desprenda obligación económica alguna ni ningún tipo de carga administrativa, procediéndose a la adscripción de oficio de las mismas (art. 7.1º). Entre sus funciones la posibilidad de desempeñar actividades de mediación, así como de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

Entre las innovaciones que aporta esta Ley figura es la creación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España que representará al conjunto de las Cámaras ante las diversas instancias estatales e internacionales y coordinará e impulsará las acciones que afecten al conjunto de las Cámaras españolas. La Cámara de España, en colaboración con las Cámaras españolas, tendrá además la tarea de elaborar y ejecutar el Plan Cameral de Internacionalización, a través de un Convenio de colaboración con el Ministerio de Economía y Competitividad, que será de una relevancia fundamental en el impulso a la internacionalización de las empresas españolas. Adicionalmente, la Cámara de España y el Ministerio de Economía y Competitividad suscribirán un Plan de Competitividad, cada dos años, en el que se concretarán todos los programas y actividades que desarrollen las Cámaras para el fomento de la competitividad empresarial. Esta Ley contempla asimismo la vinculación con la Cámara de España de las Cámaras de Comercio españolas, oficialmente reconocidas en el extranjero, regidas por el Real Decreto 786/1979, de 16 de marzo, por el que se establecen las normas reguladoras del Estatuto General de las mismas. Estas cámaras, asociaciones libremente constituidas en el extranjero y sometidas a la legislación propia del país en que radican, podrán ser oficialmente reconocidas por el Estado a través del Ministerio de Economía y Competitividad. En esta Ley, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 22 y 25, se prevé que puedan firmar convenios de colaboración y representación de la Cámara de España en sus jurisdicciones, participar en la ejecución del Plan Cameral de Internacionalización en dichas jurisdicciones y estar representadas en el Pleno de la Cámara de España a través de dos vocales.

El Plan Cameral de Internacionalización comprende la descripción de las actuaciones de interés general en las áreas de formación e información, dirigidas prioritariamente a promover la adquisición en el exterior de bienes y servicios producidos en España y cualquier otra relativa a la operativa de comercio internacional. El Ministerio de Economía y Competitividad, previa consulta con las Comunidades Autónomas, aprobará anualmente el Plan Cameral de Internacionalización que le eleve la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, la cual lo ejecutará a través del correspondiente convenio con el Ministerio de Economía y Competitividad, y en colaboración con las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. Las Cámaras Oficiales de Comercio de España en el extranjero participarán en el Plan Cameral de Internacionalización, con la aprobación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, para cada país o jurisdicción.

Las Cámaras en el extranjero tendrán un vínculo permanente con la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España y podrán firmar convenios de colaboración y representación con ella. Las Cámaras en el extranjero representarán a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, en sus jurisdicciones, cuando así se establezca en los referidos convenios de colaboración y representación.

Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada. BOE, 5-IV-2014.

[...]

Art. 23. Consideración de sector específico. 1. Las empresas de seguridad privada tienen la consideración de sector económico con regulación específica en materia de derecho de establecimiento.

2. Cuando el Consejo de Ministros, con arreglo a lo dispuesto en la normativa sobre inversiones extranjeras, suspenda el régimen de liberalización de los movimientos de capital, la autorización previa de inversiones de capital extranjero en empresas de seguridad privada exigirá, en todo caso, informe previo del Ministerio del Interior.

3. Las empresas de seguridad privada en las que se hubieran realizado inversiones de capital

extranjero estarán obligadas a comunicar al Ministerio del Interior todo cambio que se produzca en las mismas, en relación con lo establecido en el art. 21.1º.c).

4. Las limitaciones establecidas en los dos apartados precedentes no son de aplicación a las personas físicas nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea ni a las empresas constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea.

[...]

Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española. BOE, 23-IV-2014.

Obs.: Esta Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico de la cobertura por cuenta del Estado de los riesgos derivados de la internacionalización de la economía española. La cobertura de estos riesgos por cuenta del Estado constituye un servicio de interés económico general como instrumento del sistema español de apoyo financiero oficial a la internacionalización de la actividad de las empresas españolas y deberá desarrollarse en el marco de la política comercial común de la Unión Europea, y de conformidad con los acuerdos y convenios internacionales de los que España sea parte. Se entiende por “riesgos de la internacionalización” aquellos susceptibles de generar perjuicios en las operaciones de inversión directa o de exportación de bienes y servicios, incluidos los que lleven asociados proyectos de investigación, desarrollo e innovación, así como los derivados de la financiación de estas operaciones, y los asumidos en general en aquellas operaciones que presenten un interés estratégico para la internacionalización de la economía española.

Las operaciones internacionales que sean cubiertas conforme a lo dispuesto en esta Ley deberán cumplir con los principios de transparencia y buen gobierno aceptados por el Reino de España, y en particular con lo dispuesto en el Convenio para Combatir la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Económicas Internacionales. El Agente Gestor deberá contrastar que los proyectos a los que da cobertura oficial adoptan prácticas y medidas adecuadas de prevención y mitigación de los riesgos medioambientales (art. 3.7º).

Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado. BOE, 7-VI-2014.

[...]

Capítulo II

Acceso a los estudios universitarios oficiales de Grado

Art. 3. *Acceso a los estudios universitarios oficiales de Grado.* 1. Podrán acceder a los estudios universitarios oficiales de Grado en las Universidades españolas, en las condiciones que para cada caso se determinen en el presente real decreto, quienes reúnan alguno de los siguientes requisitos:[...]

1) Estudiantes que hayan cursado estudios universitarios parciales extranjeros o españoles, o que habiendo finalizado los estudios universitarios extranjeros no hayan obtenido su homologación en España y deseen continuar estudios en una universidad española. En este supuesto, será requisito indispensable que la universidad correspondiente les haya reconocido al menos 30 créditos ECTS.

[...]

Art. 4. *Solicitudes de homologación del título, diploma o estudio obtenido o realizado en sistemas educativos extranjeros en tramitación.* En todos aquellos supuestos en los que se exija la homologación de cualquier título, diploma o estudio obtenido o realizado en sistemas educativos extranjeros para el acceso a la universidad, las Universidades podrán admitir con carácter condicional a los estudiantes que acrediten haber presentado la correspondiente solicitud de la homologación mientras se resuelve el procedimiento para dicha homologación.

[...]

Capítulo III

Admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado

Art. 5. *Principios generales de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado.* [...]

3. En el caso de estudiantes en posesión de un título, diploma o estudio obtenido o realizado en sistemas educativos extranjeros, las Universidades podrán realizar las evaluaciones que establez-

can en los procedimientos de admisión en inglés, o en otras lenguas extranjeras.

En la valoración de la formación previa de los procedimientos de admisión se tendrán en cuenta las diferentes materias del currículo de los sistemas educativos extranjeros.

[...]

Capítulo V

Criterios específicos para la adjudicación de plazas por las Universidades públicas

[...]

Art. 30. *Admisión de estudiantes con estudios universitarios extranjeros.* 1. Las solicitudes de plaza de estudiantes con estudios universitarios extranjeros parciales o totales que no hayan obtenido la homologación o equivalencia de sus títulos, diplomas o estudios en España se resolverán por el Rector de la Universidad, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Las solicitudes de plaza de estudiantes con estudios universitarios extranjeros a los que se reconozca un mínimo de 30 créditos ECTS serán resueltas por el Rector de la Universidad, que actuará de acuerdo con los criterios que establezca el Consejo de Gobierno que, en todo caso, tendrán en cuenta el expediente universitario.

b) Las asignaturas reconocidas tendrán la equivalencia en puntos correspondiente a la calificación obtenida en el centro de procedencia, de conformidad con las equivalencias que se establezcan por el Ministro de Educación, Cultura y Deporte entre las calificaciones de dichos sistemas extranjeros y las propias del Sistema Educativo Español; el reconocimiento de créditos ECTS en que no exista calificación no se tendrá en cuenta a los efectos de ponderación.

Los estudiantes que no obtengan reconocimiento de al menos 30 créditos ECTS podrán acceder a la universidad española según lo establecido en el este real decreto.

2. Las solicitudes de plazas de estudiantes con estudios universitarios extranjeros totales que hayan obtenido la homologación o equivalencia de sus títulos, diplomas o estudios en España se

resolverán en las mismas condiciones que las establecidas para quienes cumplen el requisito contemplado en el art. 3.1.j) y k).

La nota media del expediente académico de los interesados se obtendrá de acuerdo con las equivalencias que se establezcan por el Ministro de Educación, Cultura y Deporte entre las calificaciones de dichos sistemas extranjeros y las propias del Sistema Educativo Español.

[...]

Disposición adicional tercera. *Estudiantes en posesión de títulos, estudios y diplomas obtenidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa.* [...]

4. Los estudiantes procedentes de sistemas educativos extranjeros que hayan superado la prueba de acceso a la universidad establecida en la Orden EDU/473/2010, de 26 de febrero, por la que se establece el procedimiento de acceso a las

enseñanzas universitarias oficiales de Grado para los estudiantes procedentes de sistemas educativos extranjeros con estudios homologables al título de Bachiller español, mantendrán la calificación obtenida en la misma en los siguientes términos:

a) La calificación obtenida en la fase general tendrá validez indefinida como requisito de acceso y admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado.

b) La calificación de las materias de la fase específica tendrá validez como requisito de acceso y admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado durante los dos cursos académicos siguientes a la superación de las mismas.

Los estudiantes podrán presentarse a los procedimientos de admisión fijados por las Universidades para mejorar su calificación.

[...]

Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. BOE, 27-VI-2014.

[...]

Título I **De las entidades de crédito**

Capítulo I **Disposiciones generales**

[...]

Art. 3. *Reserva de actividad y denominación.*[...]

4. Las entidades de crédito extranjeras podrán usar en España sus denominaciones de origen siempre que no susciten dudas sobre su identidad. Si existiera peligro de confusión, el Banco de España podrá exigir que se añada alguna mención aclaratoria.

[...]

Art. 4. *Competencias del Banco de España.* 1. Corresponde al Banco de España el ejercicio de las competencias que le atribuyan las normas de ordenación y disciplina sobre las entidades de crédito y, cuando corresponda, sobre las socieda-

des financieras de cartera y las sociedades financieras mixtas de cartera.

El Banco de España ejercerá sus competencias sin perjuicio de las funciones atribuidas al Banco Central Europeo y en cooperación con esta institución, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 1024/2013 del Consejo, de 15 octubre 2013, que encomienda al Banco Central Europeo tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito.

2. En particular, corresponderá al Banco de España:

a) Autorizar la creación de entidades de crédito y la apertura en España de sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea.

b) Autorizar la creación de una entidad de crédito extranjera o la adquisición de una participación significativa en una entidad ya existente, por una entidad de crédito o un grupo de entidades de crédito españolas, cuando dicha entidad de crédito extranjera vaya a ser constituida o se encuentre

domiciliada en un Estado que no sea miembro de la Unión Europea.[...]

Capítulo II

Autorización, registro y revocación

[...]

Art. 11. Apertura de sucursales y libre prestación de servicios en el extranjero por entidades de crédito españolas. 1. Cuando una entidad de crédito pretenda abrir una sucursal en el extranjero deberá solicitarlo previamente al Banco de España acompañando a la solicitud, la documentación establecida reglamentariamente.

El Banco de España comunicará a la Comisión Europea y a la Autoridad Bancaria Europea el número y la naturaleza de los casos en los que se haya denegado la solicitud anterior.

2. Cuando una entidad de crédito española desee ejercer por primera vez, en régimen de libre prestación de servicios, algún tipo de actividad en el extranjero deberá comunicarlo previamente al Banco de España. Cuando los servicios vayan a prestarse en otro Estado miembro de la Unión Europea, el Banco de España, en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de dicha comunicación, trasladará dicha información a la autoridad supervisora de dicho Estado miembro.

3. Reglamentariamente se especificará el procedimiento de las solicitudes previstas en este artículo.

Art. 12. Apertura de sucursales y libre prestación de servicios en España por entidades de crédito de otro Estado miembro de la Unión Europea. 1. Las entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán realizar en España, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios, las actividades que gocen de reconocimiento mutuo dentro de la Unión Europea recogidas en el Anexo a esta Ley. A tal efecto la autorización, los estatutos y el régimen jurídico al que esté sometido la entidad deberán habilitarla para ejercer las actividades que pretenda realizar.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior deberán respetar, en el ejercicio de su actividad en España, las disposiciones de ordenación y disciplina de las entidades de crédito que,

en su caso, resulten aplicables así como cualesquiera otras dictadas por razones de interés general, ya sean éstas de ámbito estatal, autonómico o local.

3. Reglamentariamente se establecerán las reglas de procedimiento y requisitos necesarios para la inscripción de la sucursal en el correspondiente Registro del Banco de España, o para el inicio en España de su actividad en régimen de libre prestación de servicios.

4. Cualquier entidad financiera de otro Estado miembro de la Unión Europea, ya sea filial de una entidad de crédito o filial común de varias entidades de crédito, podrá, tanto mediante el establecimiento de una sucursal, como mediante la prestación de servicios, realizar las actividades enumeradas en el Anexo siempre y cuando sus estatutos permitan el ejercicio de tales actividades y cumplan las condiciones siguientes:

a) Que la entidad o entidades matrices estén autorizadas como entidades de crédito en el Estado miembro de la Unión Europea a cuyo ordenamiento jurídico esté sujeta la entidad financiera.

b) Que las actividades de que se trate se ejerzan efectivamente en el territorio del Estado miembro de origen.

c) Que la entidad o entidades matrices posean como mínimo el 90% de los derechos de voto vinculados a la posesión de participaciones o acciones de la entidad financiera.

d) Que la entidad o entidades matrices hayan demostrado, a juicio de la autoridad supervisora competente del Estado miembro de origen, que efectúan una gestión sana y prudente de la entidad financiera y se hayan declarado, con el consentimiento de las autoridades competentes del Estado miembro de origen, solidariamente garantes de los compromisos asumidos por la entidad financiera.

e) Que la entidad financiera esté incluida de forma efectiva, en especial para las actividades referidas en el citado Anexo, en la supervisión consolidada a la que está sometida su entidad matriz o cada una de sus entidades matrices, de conformidad con el art. 57 y con la parte primera, Título II, Capítulo 2, del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, en particular a efectos de los requisitos de fondos propios establecidos en el art. 92 de dicho Reglamento, para el control

de grandes exposiciones previsto en la parte cuarta de dicho Reglamento y a efectos de la limitación de las participaciones prevista en los arts. 89 y 90 del mismo Reglamento.

Si la autoridades competentes del Estado miembro de origen informasen al Banco de España de que la entidad financiera ha dejado de cumplir alguno de los requisitos previstos en este apartado, las actividades llevadas a cabo por dicha entidad quedarán sometidas a la normativa de ordenación y disciplina española.

Las previsiones establecidas en este apartado serán asimismo de aplicación a las filiales de las entidades financieras previstas en el mismo.

Art. 13. Apertura de sucursales y libre prestación de servicios en España por entidades de crédito de un Estado no miembro de la Unión Europea. 1. El establecimiento en España de sucursales de entidades de crédito autorizadas en Estados que no sean miembros de la Unión Europea requerirá autorización del Banco de España en la forma que reglamentariamente se determine. La falta de resolución en el plazo establecido supondrá denegación de la solicitud.

El Banco de España notificará a la Comisión Europea, a la Autoridad Bancaria Europea y al Comité Bancario Europeo todas las autorizaciones de sucursales concedidas a las entidades de crédito que tengan su administración central en un Estado no miembro de la Unión Europea.

2. La libre prestación de servicios sin sucursal abierta en España por entidades de crédito de un Estado no miembro de la Unión Europea quedará sujeta a autorización previa del Banco de España en la forma que reglamentariamente se determine.

Art. 14. Agentes de las entidades de crédito. Reglamentariamente podrán fijarse los requisitos que deban reunir quienes actúen con carácter habitual como agentes en España de entidades de crédito, y las condiciones a que estarán sometidos en el ejercicio de su actividad.

Art. 15. Registros del Banco de España. 1. Para ejercer sus actividades, las entidades de crédito deberán quedar inscritas en el Registro de entidades de crédito del Banco de España. La inscripción se practicará, una vez obtenida la preceptiva autorización y tras su constitución e

inscripción en el registro público que corresponda según su naturaleza.

2. Igualmente, se inscribirán en el Registro de entidades de crédito, identificándose de manera singular:

a) Las sucursales de entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea que ejerzan su actividad en España.

b) Las sucursales de entidades de crédito extranjeras no autorizadas en un Estado miembro de la Unión Europea.

c) La libre prestación de servicios por entidades de crédito autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea y las de terceros países que hayan comunicado conforme al art. 13 el ejercicio de actividades en régimen de libre prestación de servicios

3. Las inscripciones en el Registro de entidades de crédito al que se refieren los apartados a) y b) anteriores, así como las bajas en el mismo, se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado», se comunicarán a la Autoridad Bancaria Europea y estarán disponibles en la página web del Banco de España.

4. Adicionalmente, el Banco de España se encargará de la inscripción y gestión de:

a) El Registro de sociedades dominantes de entidades de crédito españolas cuando tales entidades sean sociedades financieras de cartera o sociedades financieras mixtas de cartera, de acuerdo con el art. 4.1, puntos 20 y 21, respectivamente, del Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio.

b) El Registro de agentes de entidades de crédito.

[...]

Título III Supervisión

[...]

Capítulo II

Ámbito de la función supervisora

[...]

Art. 57. Supervisión de los grupos consolidables. 1. El Banco de España supervisará los grupos consolidables de entidades de crédito con matriz en España, definidos conforme a lo dis-

puesto en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio.

2. Cuando existan entidades extranjeras susceptibles de integrarse en un grupo consolidable de entidades de crédito, el alcance de la supervisión en base consolidada a cargo del Banco de España se determinará reglamentariamente y atenderá, entre otros criterios, al carácter de nacional o no de un Estado miembro de la Unión Europea de las entidades, a su naturaleza jurídica y a su grado de control.

[...]

Capítulo III

Colaboración entre autoridades de supervisión

Art. 61. Colaboración del Banco de España con autoridades de otros países. 1. En el ejercicio de sus funciones de supervisión de las entidades de crédito, el Banco de España colaborará con las autoridades que tengan encomendadas funciones semejantes en otros países y podrá o deberá, según los casos, comunicar informaciones relativas a la dirección, gestión y propiedad de estas entidades, así como las que puedan facilitar el control de la solvencia y la liquidez de las mismas, los factores que puedan influir en el riesgo sistémico planteado por la entidad, y cualquier otra que pueda facilitar su supervisión o sirva para evitar, perseguir o sancionar conductas irregulares. A tal efecto, podrá suscribir acuerdos de colaboración.

La comunicación de información a que se refiere el párrafo anterior estará condicionada al sometimiento de las autoridades supervisoras extranjeras a obligaciones de secreto profesional equivalentes, al menos, a las establecidas en el art. 82.

Reglamentariamente se determinará el contenido y las condiciones de la colaboración prevista en este apartado.

2. Siempre que resulten importantes para la labor de supervisión de las autoridades competentes interesadas de otro Estado miembro de la Unión Europea, el Banco de España consultará a dichas autoridades antes de adoptar:

a) Las decisiones contempladas en el art. 17, sea cual sea el alcance del cambio en el accionariado que deba resolverse en la decisión correspondiente.

b) Las decisiones que le correspondan sobre operaciones de fusión, escisión o cualquier otra modificación importante en la organización o gestión de una entidad de crédito, y que esté sujeta a autorización administrativa.

c) Las sanciones por infracciones muy graves y graves que lleven aparejada amonestación pública o inhabilitación de administradores o directivos.

d) Las decisiones de intervención y sustitución recogidas en el Capítulo V del presente Título y las medidas derivadas de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de las Entidades de Crédito.

e) La solicitud de recursos propios adicionales con arreglo a lo previsto en el art. 68.2 y la imposición de limitaciones al uso de métodos internos de medición del riesgo operacional.

Asimismo, en los casos indicados en las letras c), d) y e) siempre se deberá consultar a la autoridad de la Unión Europea responsable de la supervisión consolidada del grupo eventualmente afectado.

En cualquier caso, el Banco de España podrá no llevar a cabo la consulta prevista en este apartado en casos de urgencia, o cuando entienda que la consulta puede comprometer la eficacia de las propias decisiones. En esos casos informará sin demora a las autoridades interesadas de la decisión final adoptada.

Art. 62. Colaboración con las autoridades supervisoras de la Unión Europea en su condición de autoridad responsable de la supervisión consolidada. 1. El Banco de España, en su condición de autoridad responsable del ejercicio de la supervisión de los grupos consolidables de entidades de crédito, colaborará con las autoridades supervisoras de la Unión Europea para:

a) Coordinar la recogida de información y difundir entre las restantes autoridades responsables de la supervisión de entidades del grupo la información más pertinente y esencial, en situaciones tanto ordinarias como urgentes.

b) Planificar y coordinar las actividades de supervisión en situaciones ordinarias, en relación, entre otras, con las actividades contempladas en el Capítulo I vinculadas a la supervisión consolidada y en las disposiciones relativas a criterios técnicos concernientes a la organización y el tratamiento de los riesgos.

c) Planificar y coordinar las actividades de supervisión, en colaboración con las autoridades competentes implicadas y, en su caso, con los bancos centrales, en situaciones de urgencia o en previsión de tales situaciones y, en particular, en aquellos casos en que exista una evolución adversa de las entidades de crédito o de los mercados financieros valiéndose, siempre que sea posible, de los canales de comunicación específicos existentes para facilitar la gestión de crisis.

d) Cooperar con otras autoridades competentes con responsabilidad supervisora sobre las entidades de crédito extranjeras, matrices, filiales o participadas del mismo grupo en los términos previstos en el artículo anterior.

e) Suscribir acuerdos de coordinación y cooperación con otras autoridades competentes que tengan por objeto facilitar y establecer una supervisión eficaz de los grupos encomendados a su supervisión y asumir las tareas adicionales que resulten de tales acuerdos y con el contenido que reglamentariamente se establezca.

En particular, el Banco de España podrá suscribir un acuerdo bilateral de conformidad con el art. 28 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, de 24 de noviembre, para delegar su responsabilidad de supervisión de una entidad filial en las autoridades competentes que hayan autorizado y supervisen a la empresa matriz, con el fin de que éstas se ocupen de la vigilancia de la filial con arreglo a las disposiciones previstas en esta Ley, en su normativa de desarrollo y en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio. El Banco de España deberá informar de la existencia y el contenido de tales acuerdos a la Autoridad Bancaria Europea.

f) Resolver mediante decisión conjunta, las solicitudes de declaración de sucursales significativas formuladas por las autoridades competentes de los países donde estén ubicadas sucursales de entidades de crédito españolas, así como, a falta de decisión conjunta al respecto, reconocer la resolución de dicha autoridad competente sobre su carácter significativo.

2. El Banco de España deberá atender las solicitudes de autoridades competentes de otro Estado miembro de la Unión Europea, al objeto de comprobar información sobre una entidad sometida a su supervisión.

Art. 63. Colaboración en caso de incumplimientos de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros de la Unión Europea. 1. Si el Banco de España comprueba que una entidad de crédito de un Estado miembro de la Unión Europea, con sucursal en España o que opera en territorio nacional en libre prestación de servicios incumple o existe un riesgo significativo de que incumpla la normativa de solvencia en España, lo comunicará a sus autoridades supervisoras, a fin de que adopten, sin dilación, las medidas que consideren apropiadas para que la entidad ponga fin a su actuación infractora o tome medidas para evitar el riesgo de incumplimiento y, en todo caso, evite su reiteración en el futuro. Dichas medidas serán comunicadas sin dilación al Banco de España.

2. En el caso de que las autoridades competentes del Estado miembro de origen no cumplan las previsiones establecidas en el apartado anterior, el Banco de España podrá recurrir a la Autoridad Bancaria Europea y solicitar su asistencia, de conformidad con el art. 19 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, de 24 de noviembre.

Art. 64. Medidas provisionales en caso de incumplimientos de sucursales de entidades de crédito autorizadas en otros Estados miembros de la Unión Europea. 1. En situaciones de urgencia, antes de recurrir a la colaboración prevista en el art. 63.1, y en tanto no se adopten las medidas de las autoridades competentes del Estado miembro de origen de conformidad con dicho precepto o las medidas de saneamiento a que se refiere el art. 3 de la Directiva 2001/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 abril 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito, el Banco de España podrá adoptar las medidas provisionales necesarias para evitar toda inestabilidad del sistema financiero que pudiera amenazar gravemente los intereses colectivos de depositantes, inversores o clientes en España. La adopción de estas medidas será comunicada inmediatamente a la Comisión Europea, a la Autoridad Bancaria Europea y a las autoridades competentes de los demás Estados miembros de la Unión Europea afectados.

2. Las medidas provisionales, que podrán incluir la suspensión del cumplimiento de las obligaciones de pago, serán en todo caso proporcionadas al objetivo de protección de intereses colec-

tivos citado en el apartado anterior. En ningún caso, estas medidas podrán otorgar una preferencia a los acreedores de nacionalidad española de la entidad de crédito sobre los acreedores de otros Estados miembros.

3. Estas medidas provisionales quedarán sin efecto cuando las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen adopten medidas de saneamiento.

4. El Banco de España podrá poner fin a las medidas provisionales cuando considere que ya no resulten necesarias.

Art. 65. Decisión conjunta. En el marco de la colaboración establecido en el art. 62, y de conformidad con los términos que se prevean reglamentariamente, el Banco de España, como supervisor en base consolidada de un grupo o como autoridad competente responsable de la supervisión de las filiales de una entidad de crédito matriz de la Unión Europea, de una sociedad financiera de cartera o de una sociedad financiera mixta de cartera matriz de la Unión Europea en España, procurará con todos sus medios alcanzar una decisión consensuada con las demás autoridades supervisoras de la Unión Europea sobre:

a) La aplicación de lo dispuesto en los arts. 41 y 51 para determinar la adecuación del nivel consolidado de recursos propios que posea el grupo en relación con su situación financiera y perfil de riesgo y el nivel de recursos propios necesario para la aplicación del art. 68 a cada una de las entidades del grupo y en base consolidada.

b) Las medidas para solventar cualesquiera cuestiones significativas y constataciones importantes relacionadas con la supervisión de la liquidez.

Art. 66. Colegios de supervisores. 1. Cuando al Banco de España corresponda la supervisión en base consolidada, designará colegios de supervisores con el objeto de facilitar el ejercicio de las tareas a que se refieren las letras a) a d) del art. 62.1, el art. 65 y el art. 81. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar un adecuado nivel de coordinación y cooperación con las autoridades competentes de terceros países, respetando, en todo caso los requisitos de confidencialidad previstos en la legislación aplicable y en el Derecho de la Unión Europea.

2. Los colegios de supervisores proporcionarán el marco para que el Banco de España, como supervisor en base consolidada, la Autoridad Bancaria Europea y, en su caso, las demás autoridades competentes implicadas desarrollen las siguientes funciones:

a) Intercambiar información de conformidad con el art. 21 del Reglamento (UE) n.º 1093/2010, de 24 de noviembre.

b) Acordar, cuando proceda, la atribución voluntaria de funciones y delegación voluntaria de responsabilidades.

c) Establecer los programas supervisores a los que se refiere el art. 55, basados en una evaluación de riesgos del grupo, de conformidad con lo previsto en los arts. 51 y 52.

d) Aumentar la eficiencia de la supervisión, eliminando toda duplicación innecesaria de requerimientos prudenciales, incluidos los relacionados con las solicitudes de información a la que se refieren el art. 81 y el art. 61.1.

e) Aplicar de manera coherente los requisitos prudenciales previstos en esta Ley y su normativa de desarrollo, así como en el Reglamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junio, en todas las entidades de un grupo, sin perjuicio de las opciones y facultades que ofrece la legislación de la Unión Europea.

f) Aplicar el art. 62.1.c) atendiendo a la labor realizada en otros foros que puedan constituirse en este ámbito.

3. Reglamentariamente se determinará el procedimiento de creación de colegios de supervisores y sus normas de funcionamiento.

Art. 67. Relaciones del Banco de España con otras autoridades financieras nacionales. 1. Toda norma que dicte el Banco de España en desarrollo de la normativa de ordenación y disciplina que pueda afectar directamente al ejercicio de las funciones legalmente atribuidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Dirección General de Seguros o el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria se dictará previo informe de estos.

2. Siempre que en un grupo consolidable de entidades de crédito existan entidades sujetas a supervisión en base individual por organismos distintos del Banco de España, éste, en el ejercicio de las competencias que esta Ley le atribuye,

deberá actuar de forma coordinada con el organismo supervisor que en cada caso corresponda. El Ministro de Economía y Competitividad podrá dictar las normas necesarias para asegurar la adecuada coordinación.

3. El Banco de España trasladará al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, de oficio o a instancia de este, la información derivada del ejercicio de su función supervisora que resulte necesaria para el desarrollo de las funciones atribuidas por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de Reestructuración y Resolución de las Entidades de Crédito, al citado Fondo. A efectos de coordinar adecuadamente el ejercicio de sus respectivas funciones el Banco de España y el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria podrán suscribir acuerdos de colaboración.

[...]

Título IV Régimen sancionador

Capítulo I Disposiciones generales

[...]

Art. 89. Disposiciones generales. [...]

4. El régimen sancionador previsto en este Título será también de aplicación a:

- a) Las sucursales abiertas en España por entidades de crédito extranjeras.
- b) Las personas físicas o jurídicas y sus administradores de hecho o de derecho que infrinjan las prohibiciones contempladas en el art. 3.
- c) Las sociedades financieras de cartera, las sociedades financieras mixtas de cartera y a los que ostenten cargos de administración o dirección en las mismas.
- d) Todas las demás entidades que se prevean en el ordenamiento jurídico.
- e) Aquellos terceros a los que las entidades de crédito o las entidades contempladas en las letras

a), c) y d) hayan subcontratado funciones o actividades operativas.

5. El régimen sancionador previsto en este Título se aplicará sin perjuicio de las funciones atribuidas al Banco Central Europeo, de conformidad con lo previsto en el Reglamento (UE) n.º 1024/2013, de 15 octubre 2013.

[...]

Capítulo II Infracciones

[...]

Art. 92. Infracciones muy graves. Constituyen infracciones muy graves:

a) Ejercer con carácter profesional la actividad de recepción de depósitos u otros fondos reembolsables del público, así como hacer uso de las denominaciones reservadas de las entidades de crédito u otras que puedan inducir a confusión con ellas, sin haber sido autorizada como entidad de crédito.

b) Realizar los actos que a continuación se enumeran, sin autorización cuando ésta sea preceptiva, sin observar las condiciones básicas fijadas en la misma, o habiendo obtenido la autorización por medio de declaraciones falsas o por otro medio irregular:

1.º Fusiones o escisiones que afecten a las entidades de crédito así como la cesión global de activos o pasivos en los que intervenga una entidad de crédito.

2.º Adquisición o cesión, directa o indirecta, de acciones u otros títulos representativos del capital, o de sus derechos políticos, de entidades de crédito extranjeras, por entidades de crédito españolas o por entidad filial o dominante de éstas.

3.º Distribución de reservas, expresas u ocultas.

4.º Apertura por entidades de crédito españolas de sucursales en el extranjero. [...]

[...]

Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. BOE, 25-VII-2014.

[...]

Título I
De la ordenación administrativa
de la navegación

[...]

Capítulo II
Del régimen de estancia en aguas interiores
marítimas y en puerto

[...]

Art. 10. Régimen general de visita y de estancia. 1. El régimen de visita y de estancia de los buques en los puertos y terminales de carga y descarga de mercancías y equipajes, y de embarque y desembarque de pasajeros y vehículos se regirá por lo previsto en la legislación portuaria y en lo no previsto en la misma por lo regulado en esta ley y en las demás leyes y reglamentos aplicables.

2. Todo buque extranjero deberá tener un consignatario en los puertos nacionales, con la excepción de las embarcaciones de recreo, que podrán ser directamente representadas por su propietario o capitán. La misma obligación de consignación podrá ser reglamentariamente establecida para los buques nacionales.

Art. 11. Polizones. 1. El capitán de cualquier buque que se dirija a puerto español deberá informar a la Administración Marítima con la antelación suficiente de la presencia de polizones a bordo. Igualmente deberá adoptar las medidas oportunas para mantenerlos a bordo en condiciones dignas hasta su llegada a puerto y, en el caso de que ello proceda conforme a la normativa en materia de extranjería e inmigración, entrega a las autoridades competentes.

2. En caso, bien de desembarco de los polizones por ser su situación en el buque inhumana o degradante, o por precisar asistencia médica o humanitaria, bien de repatriación de los mismos por parte de las autoridades competentes, el armador y el consignatario del buque que los hubiera transportado vendrán solidariamente obligados a satisfacer el coste de su manutención,

alojamiento, asistencia jurídica y de intérprete, y repatriación por parte de las autoridades competentes. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, la Administración Marítima podrá ordenar la prestación de garantía suficiente so pena de retención del buque en puerto.

3. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las responsabilidades penales o administrativas en que pudieran incurrir los capitanes u otros miembros de la dotación cuando existiera connivencia en el embarque de polizones o cuando no se hubieran adoptado las medidas referidas en el ap. 1.

Art. 12. Jurisdicción sobre buques extranjeros. 1. Salvo lo previsto para los buques de Estado, la jurisdicción civil y penal de los tribunales españoles se extenderá a todos los buques extranjeros mientras permanezcan en los puertos nacionales o demás aguas interiores marítimas.

2. A tal efecto, la autoridad judicial podrá ordenar la práctica a bordo de las diligencias que sean procedentes así como la entrada y registro en el buque, incluidos sus camarotes, sin más requisito que la comunicación al cónsul del Estado del pabellón a la mayor brevedad posible.

3. La jurisdicción de los tribunales españoles existirá incluso después de que los buques extranjeros hayan abandonado las aguas interiores marítimas y se encuentren navegando por el mar territorial, así como cuando sean detenidos fuera de éste en el ejercicio del derecho de persecución.

[...]

Capítulo IV
Del derecho de paso inocente por el mar territorial

[...]

Art. 43. Ejercicio de la jurisdicción civil. 1. Los buques extranjeros que pasen por el mar territorial no podrán ser detenidos o desviados para ejercer la jurisdicción civil respecto a las personas que se hallen a bordo de los mismos.

2. Podrán adoptarse medidas cautelares o ejecutivas respecto a dichos buques cuando estos se

hayan detenido o hayan fondeado voluntariamente durante su paso por el mar territorial, así como respecto a los que naveguen por el mar territorial después de haber abandonado las aguas interiores marítimas del Estado.

3. Dichas medidas podrán ser asimismo adoptadas respecto a los buques en paso lateral, pero sólo por las obligaciones adquiridas y por las responsabilidades en que hubieren incurrido durante su paso.

Art. 44. Ejercicio de la jurisdicción penal. La jurisdicción penal española en relación con los buques extranjeros que se encuentren en el mar territorial español se regirá por lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y los tratados aplicables y, en especial, en el ap. 1 del art. 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982.

Lo anterior no afecta a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales españoles competentes ordenen detenciones o realicen investigaciones a bordo de un buque extranjero, en relación con un delito cometido a bordo de dicho buque durante su paso, siempre que pase por el mar territorial procedente de aguas interiores.

Art. 45. Intervención a petición del capitán o cónsul. A petición del capitán del buque o de un representante diplomático o consular del Estado del pabellón, los órganos jurisdiccionales españoles competentes podrán proceder a ordenar detenciones o realizar investigaciones en relación con delitos que se hayan cometido a bordo de un buque extranjero.

Art. 46. Notificación a un agente diplomático. 1. El órgano judicial competente notificará a un representante diplomático o consular del Estado de pabellón, a ser posible con anterioridad a su realización, del comienzo de cuantas diligencias y actuaciones lleve a cabo para ejercer su jurisdicción penal.

2. Dicha notificación se hará asimismo cuando se inicie la instrucción a petición del capitán del buque y en virtud de lo dispuesto en el artículo precedente.

Art. 47. Sobrevuelo de aeronaves extranjeras. En virtud de lo dispuesto por tratados o convenios con otros Estados o mediante permiso especial, se podrá autorizar el tránsito inocuo de las aeronaves

extranjeras sobre el espacio aéreo suprayacente a las aguas interiores marítimas y el mar territorial.

[...]

Capítulo VI

De los buques de Estado extranjeros

Art. 50. Inmunidad. Con las excepciones previstas en el Derecho internacional y en la presente ley, los buques de Estado extranjeros gozarán de inmunidad, quedando sujetos únicamente a la jurisdicción del Estado de su pabellón.

Art. 51. Navegación por aguas interiores marítimas y entrada en puerto. 1. Los buques extranjeros de guerra podrán entrar en las aguas interiores marítimas y visitar los puertos abiertos previa autorización, en cada caso, del Ministerio de Defensa, que se tramitará por vía diplomática y de acuerdo con las previsiones contenidas en los tratados concluidos por España, sin perjuicio de su sujeción a las prescripciones contenidas en esta ley y en las demás de la legislación portuaria. En el caso de otros buques de Estado, bastará con la autorización de la Administración Marítima, que deberá obtenerse en cada caso y con antelación a la llegada del buque. La designación del lugar de atraque o fondeo deberá ser acordada con la Autoridad Portuaria correspondiente.

2. Se exceptúa de las autorizaciones previstas en el apartado anterior el caso de avería, mal tiempo u otra causa urgente y determinante de la necesidad de arribada forzosa por razones de seguridad. En estos casos el capitán o comandante del buque deberá informar, sin demora y por todos los medios posibles, al órgano más próximo de la Administración Marítima o de la Armada, si se trata de un buque de guerra, debiendo seguir sus instrucciones hasta que se tramite la correspondiente autorización por vía diplomática.

3. En los supuestos de que se trate de buques o submarinos de Estado que comporten riesgos nucleares, será además de aplicación lo previsto en los arts. 13 y 14.

Art. 52. Actividades prohibidas en el mar territorial. No se considerará inocente el paso de buques de Estado extranjeros por el mar territorial que comporte la realización de maniobras u otros ejercicios con armas de cualquier clase, la recolección de inteligencia por medios electromagnéticos o el lanzamiento, recepción o embarque de

cualquier tipo de aeronaves o de dispositivos militares.

Art. 53. *Submarinos de Estado.* En el mar territorial y en las aguas interiores marítimas, los submarinos de Estado extranjeros deberán cumplir lo previsto en el art. 22, salvo que se encuentren debidamente autorizados para participar en ejercicios o maniobras militares.

Art. 54. *Medidas respecto a los buques de Estado extranjeros.* 1. Los buques de guerra extranjeros que se encuentren en las aguas interiores marítimas y el mar territorial españoles e infrinjan las disposiciones de esta ley serán requeridos por la Armada para que depongan su actitud y, en su caso, a que abandonen sin demora tales aguas.

2. El Estado de pabellón del buque extranjero será responsable de cualquier pérdida o daño que sea consecuencia del incumplimiento de las leyes y reglamentos nacionales, especialmente de los relativos al paso por el mar territorial y a la estancia en los puertos y demás aguas interiores marítimas.

Art. 55. *Reglamentación especial.* El Gobierno reglamentará la navegación, admisión y permanencia de buques de Estado extranjeros en los espacios marítimos españoles, teniendo en cuenta las previsiones contenidas en esta ley y en el Derecho internacional.

[...]

Título II

De los vehículos de la navegación

[...]

Capítulo II

Del registro y documentación de los buques

[...]

Sección 1.^a De la inscripción en la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles

[...]

Art. 73. *Principio de titulación pública.* 1. La inscripción en el Registro se practicará en virtud de escritura pública, póliza intervenida por notario, resolución judicial firme o documento administrativo expedido por funcionario con facultades

suficientes por razón de su cargo.

2. El notario español o cónsul de España en el extranjero que autorice una escritura pública o intervenga una póliza relativa a buques, embarcaciones o artefactos navales deberá obtener de la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles, con carácter previo al otorgamiento, la oportuna información sobre la situación de dominio y cargas y deberá presentarla, directamente o por testimonio, en la forma y por los medios que reglamentariamente se establezcan.

[...]

Capítulo III

De la nacionalidad de los buques

Art. 88. *Abanderamiento de buques.* El abanderamiento es el acto que otorga el derecho a enarbolar el pabellón español. Todos los buques matriculados en el Registro de Buques y Empresas Navieras estarán abanderados en España.

Las condiciones para la concesión del abanderamiento se rigen por lo dispuesto en la normativa de marina mercante.

Art. 89. *Navegación con pabellón nacional.* La navegación bajo pabellón nacional se realizará una vez obtenida la Patente de Navegación. Provisionalmente podrá también realizarse por medio de pasavante por el tiempo necesario para que un buque adquirido en el extranjero pueda realizar los viajes necesarios para llegar a un puerto nacional.

Art. 90. *Efectos del abanderamiento.* Los buques debidamente matriculados y abanderados en España tendrán, a todos los efectos, la nacionalidad española.

Art. 91. *Prohibición de doble nacionalidad y de doble registro.* 1. Fuera de los supuestos de abanderamiento temporal contemplados en esta ley, un buque no podrá estar simultáneamente matriculado en el Registro de Buques y Empresas Navieras y en el registro de buques de otro u otros Estados.

2. Los buques matriculados en España enarbolarán únicamente el pabellón español y no podrán cambiarlo sino a través del procedimiento establecido para la baja en la normativa correspondiente.

Art. 92. Pérdida de nacionalidad de procedencia. 1. No se autorizará la matrícula o pasavante de un buque hasta que la autoridad del registro extranjero anterior haya acreditado la baja mediante el libramiento del correspondiente certificado.

2. Sin embargo, podrá realizarse la inscripción o concederse el pasavante, cuando la autoridad del registro de procedencia haya librado un certificado acreditativo de que el buque causará baja en ese registro en el mismo momento y con la misma fecha en que se practique la nueva alta.

Art. 93. Régimen de las garantías reales en caso de cambio definitivo de pabellón. 1. A salvo lo dispuesto en el art. 484, no se autorizará la baja del buque en el Registro de Buques y Empresas Navieras para su registro definitivo en el extranjero a no ser que se hayan cancelado previamente todas las hipotecas y demás cargas y gravámenes inscritos en la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles, o que se haya hecho constar en el mismo Registro el consentimiento por escrito de todos los titulares de esas hipotecas, cargas o gravámenes.

2. Asimismo, la adquisición del pabellón español quedará subordinada al consentimiento de todos los titulares de los gravámenes inscritos y no cancelados en el registro de procedencia.

Art. 94. Cambio temporal de pabellón. 1. Los buques nacionales arrendados por un residente fuera de España podrán ser autorizados para abanderarse temporalmente en el Estado de residencia del arrendatario, en tanto dure el contrato de arrendamiento.

2. Recíprocamente, los buques extranjeros tomados en arrendamiento por residentes en España, podrán ser autorizados a enarbolar el pabellón español por el tiempo de vigencia del contrato.

3. El régimen de cambio temporal de pabellón previsto en esta ley será asimismo aplicable a los contratos distintos del arrendamiento que produzcan el efecto de transmitir temporalmente la posesión del buque.

Art. 95. Comienzo y cese del abanderamiento temporal. 1. En el caso de abanderamiento temporal de buques en España, el Registro de Buques y Empresas Navieras no practicará la anotación temporal en la hoja de asiento mientras no se

cerciore de la suspensión de la nacionalidad y del derecho a enarbolar el pabellón en el registro de procedencia.

2. La Administración Marítima notificará al anterior Estado de pabellón el momento en que se produzca la baja del abanderamiento temporal en España.

Art. 96. Régimen de las garantías reales en caso de cambio temporal de pabellón. 1. No se autorizará el cambio temporal de pabellón a los buques matriculados en España en tanto no se hayan cancelado todas las hipotecas y demás cargas y gravámenes inscritos o se haya obtenido el consentimiento por escrito de los titulares de tales hipotecas, cargas o gravámenes, atendiéndose en todo caso a la normativa comunitaria y convencional aplicable, en particular a lo previsto en el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 mayo 1993.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, el Registro de Buques y Empresas Navieras anotará en la hoja de asiento correspondiente al buque, con comunicación a la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles, el Estado cuyo pabellón el buque ha sido autorizado a enarbolar temporalmente. Asimismo, requerirá a la autoridad encargada del registro del Estado cuyo pabellón ha sido autorizado a enarbolar el buque para que haga constar en dicho registro por nota de referencia que el buque está inscrito en España.

3. La concesión temporal del pabellón español a buques extranjeros quedará condicionada a la presentación por los interesados, ante el Registro de Buques y Empresas Navieras, de certificación emitida por el registro de procedencia acreditativo de la relación de hipotecas, cargas y gravámenes existentes, así como del consentimiento del cambio temporal prestado por los correspondientes acreedores.

4. El cambio temporal de pabellón no afectará a la determinación de la ley aplicable a las hipotecas y demás gravámenes inscritos, que seguirá siendo la del registro que tenía el buque al constituirse la hipoteca y demás cargas y gravámenes.

[...]

Capítulo VII

De los derechos de garantía sobre el buque

[...]

Sección 2.ª De la hipoteca naval

[...]

Art. 143. *Reconocimiento de hipotecas sobre buques extranjeros.* El reconocimiento y ejecución por los tribunales españoles de las hipotecas y gravámenes reales constituidos sobre buques extranjeros quedará subordinado al cumplimiento de los requisitos siguientes:

a) Que hayan sido constituidos e inscritos en un registro público de conformidad con la legislación del Estado en que esté matriculado el buque.

b) Que dicho registro, de conformidad con las leyes del Estado de matrícula del buque, pueda ser libremente consultado por el público y que se pueda solicitar y obtener del registrador extractos y copias de sus asientos o de los documentos que en él figuren.

c) Que en el registro o en algunos de los documentos indicados en el apartado b) se especifique como mínimo, el nombre y la dirección de la persona a favor de la cual se haya constituido la hipoteca o el gravamen, o el hecho de que esa garantía ha sido constituida al portador, el importe máximo garantizado, si la legislación del Estado de matrícula estableciere ese requisito o si ese importe se especificare en el documento de constitución de la hipoteca o el gravamen, y la fecha y otras circunstancias que, de conformidad con la legislación del Estado de matrícula, determinen su rango respecto de otras hipotecas y gravámenes inscritos.

[...]

Título III

De los sujetos de la navegación

[...]

Capítulo III

De la dotación

[...]

Art. 162. *Nacionalidad de las dotaciones.* El capitán y el primer oficial de cubierta de los

buques nacionales deberán tener la nacionalidad de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, salvo en los supuestos en que se establezca por la Administración Marítima que estos empleos han de ser desempeñados por ciudadanos de nacionalidad española por implicar el ejercicio efectivo de forma habitual de prerrogativas de poder público que no representen una parte muy reducida de sus actividades. A estos efectos, los nacionales de terceros Estados que sean familiares de un ciudadano de la Unión Europea o de un nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo se asimilarán a éstos, siempre que cumplan con los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

El resto de la dotación en el caso de buques mercantes deberá ser de nacionalidad española o de algún otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, al menos en un 50%.

Art. 163. *Profesionales del sector pesquero.*

Lo establecido en el presente capítulo se entiende sin perjuicio de las normas sobre idoneidad, titulación, acreditación de la capacidad profesional y Registro de Profesionales del Sector Pesquero, establecidas en la normativa de la Unión Europea y en la legislación de pesca marítima del Estado.

Art. 164. *Contratación de dotaciones.* 1. Ninguna operación de contratación de dotaciones en un buque podrá dar lugar a que la gente de mar pague una remuneración cualquiera, directa o indirectamente, a una persona física o jurídica.

2. Los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales o residentes para prestar servicios en buques extranjeros serán responsables solidarios con tal armador del cumplimiento del contrato celebrado. Además, estarán obligados a concertar un seguro mercantil que otorgue indemnizaciones de cuantía similar a las establecidas en el régimen de la Seguridad Social española para los casos de muerte, incapacidad por accidente y repatriación. Las autoridades de emigración no visarán los contratos celebrados que no cumplan con este requisito.

Sección 1.ª De la titulación, certificación e inspección

[...]

Art. 169. *Control de buques extranjeros en los puertos nacionales.* Los inspectores de la Administración Marítima podrán actuar sobre buques extranjeros en su condición de autoridades del Estado del puerto, de conformidad con la normativa aplicable.

Art. 170. *Detención de buques extranjeros.* 1. Siempre que se encuentren anomalías en los títulos y certificados de la dotación que, a juicio de un inspector, puedan entrañar un peligro para las personas, los bienes o el medio ambiente, la Capitanía Marítima de la que dependa informará inmediatamente por escrito al capitán del buque y al cónsul, representante diplomático más próximo o Administración marítima del país del pabellón, con el fin de que puedan adoptarse las prevenciones a que hubiera lugar.

2. De conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, la Administración Marítima deberá adoptar las medidas necesarias para impedir que el buque se haga a la mar hasta que hayan sido subsanados los defectos de titulación o de competencia en medida suficiente para eliminar los peligros a que se refiere el apartado anterior.

[...]

Título VI

De los accidentes de la navegación

[...]

Capítulo III

Del salvamento

[...]

Art. 366. *Buques y cargamentos extranjeros con inmunidad soberana.* 1. A menos que el Estado del pabellón lo consienta, quedarán excluidos de la aplicación de las normas sobre salvamento contenidas en esta ley los buques de Estado extranjeros que, al efectuarse la ayuda, gozaran de inmunidad soberana de conformidad

con los principios generalmente reconocidos en el Derecho internacional.

2. Igualmente quedarán excluidos, salvo consentimiento del Estado propietario, los bienes no comerciales de propiedad de un Estado extranjero que gocen de la inmunidad a que se refiere al apartado anterior.

[...]

Capítulo IV

De los bienes naufragados o hundidos

[...]

Sección 2.ª Del régimen de las extracciones

[...]

Art. 382. *Buques y embarcaciones de Estado naufragados o hundidos.* 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 358.4º y 359, cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren, los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y los de sus equipos y carga, son bienes de dominio público estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables y gozan de inmunidad de jurisdicción.

2. Las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos requerirán autorización de la Armada, que ostenta competencias plenas para su protección, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio histórico y cultural, en su caso.

3. Los restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción conforme a lo previsto en el art. 50. No obstante, las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre los órganos competentes del Estado de su pabellón y el Ministerio de Defensa. En su caso, tales operaciones quedarán sujetas a lo establecido en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001.

[...]

Capítulo V

De la responsabilidad civil por contaminación

[...]

Art. 390. *Prohibición de navegación.* 1. La Administración Marítima prohibirá la navegación de los buques o embarcaciones y la actividad de los artefactos navales o plataformas fijas que no posean la cobertura de seguro a que se refiere el artículo anterior.

2. Asimismo, denegará la entrada o salida de los puertos nacionales, y de los fondeaderos o terminales situados en aguas interiores marítimas o mar territorial, a los buques, embarcaciones o artefactos extranjeros que carezcan de la mencionada cobertura de seguro.

Art. 391. Aplicación preferente de los convenios internacionales. 1. Lo previsto en los convenios internacionales de que España sea parte en materia de responsabilidad civil por daños por contaminación por hidrocarburos o por sustancias nocivas, peligrosas o tóxicas, o por el combustible de los buques, será de aplicación preferente en su ámbito respectivo.

2. No se aplicará lo previsto en este capítulo a los daños causados por sustancias radioactivas o nucleares, que se regularán por sus disposiciones específicas.

[...]

Capítulo III

De las disposiciones especiales de algunas clases de seguros

[...]

Sección 3.ª Del seguro de responsabilidad civil

Art. 463. *Ámbito de las normas.* Las normas reguladoras de los seguros de responsabilidad civil se aplicarán no solamente a los de esta clase, sino también a las coberturas del riesgo de nacimiento de determinadas obligaciones de indemnizar a terceros incluidas en seguros marítimos de otra clase.

Art. 464. *Seguro obligatorio.* Los seguros obligatorios de responsabilidad civil exigidos por esta ley se regularán, en primer lugar, por sus

normas particulares y, en su defecto, por lo previsto en esta sección.

Art. 465. *Obligación del asegurador y acción directa.* La obligación del asegurador de indemnizar en esta clase de seguros existe desde que surge la responsabilidad de su asegurado ante el tercero perjudicado. Este último tendrá acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación. Será inválido cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en este artículo.

Art. 466. *Límite de la cobertura.* El asegurador responde como máximo hasta el límite de la suma asegurada por cada uno de los hechos que originen su responsabilidad ocurridos durante la vigencia del contrato.

Art. 467. *Limitaciones de responsabilidad indemnizatoria.* El asegurador podrá oponer al perjudicado las mismas excepciones que corresponderían a su asegurado, y especialmente las limitaciones cuantitativas de responsabilidad de que este último gozase de acuerdo con la ley aplicable o el contrato del que derivase la responsabilidad.

Título IX

Especialidades procesales

Capítulo I

De las especialidades de jurisdicción y competencia

Art. 468. *Cláusulas de jurisdicción y arbitraje.* Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

Art. 469. Criterios de atribución de competencia. 1. Salvo que las partes hayan introducido válidamente una cláusula de jurisdicción exclusiva o una cláusula de arbitraje, según lo establecido en este capítulo, se aplicarán los criterios previstos en este artículo.

2. En los contratos de utilización del buque, serán competentes, a elección del demandante, los tribunales del:

- a) Domicilio del demandado.
- b) Lugar de celebración del contrato.
- c) Puerto de carga o descarga.

3. En los contratos auxiliares de la navegación, serán competentes, a elección del demandante, los Tribunales del:

- a) Domicilio del demandado.
- b) Lugar de celebración del contrato.
- c) Lugar de prestación de los servicios.

4. Para conocer de la impugnación de la liquidación de avería gruesa, tanto la efectuada privadamente como la realizada por un notario con arreglo al correspondiente expediente de certificación pública, será competente el tribunal del lugar de finalización del transporte o el del lugar de arribada del buque, si este último fuese distinto.

Capítulo II

Del embargo preventivo de buques

Art. 470. Naturaleza y regulación de la medida. 1. La medida cautelar de embargo preventivo de buques, tanto nacionales como extranjeros, se regulará por el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 marzo 1999, por lo dispuesto en esta ley y, supletoriamente, por lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Dicha medida conllevará necesariamente la inmovilización del buque en el puerto donde se encuentre.

2. En ningún caso podrá solicitarse el embargo preventivo para asegurar la ejecución de una sentencia ya recaída o de un laudo arbitral ya dictado.

3. Las disposiciones previstas en este capítulo son de aplicación a las embarcaciones.

Art. 471. Competencia. 1. Será competente para decretar el embargo preventivo de un buque,

el tribunal que tenga competencia objetiva para conocer de la pretensión principal o el del puerto o lugar en que se encuentre el buque o aquel al que se espera que el buque arribe, a elección del actor que solicita la adopción de la medida cautelar. No obstante, si el buque no llegara al puerto esperado, el tribunal de dicho puerto perderá su competencia.

2. Cuando ordenado el embargo preventivo de un buque, sea otro tribunal español el competente para conocer el fondo del asunto, se mantendrá la medida acordada siempre que la demanda se interponga dentro del plazo fijado por el juez en función de las circunstancias del caso.

Art. 472. Embargo por créditos marítimos. 1. Para decretar el embargo preventivo de un buque por crédito marítimo que se define en el art. 1 del Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, bastará que se alegue el derecho o créditos reclamados, la causa que los motive y la embargabilidad del buque.

2. El juez exigirá en todo caso garantía en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y costas que puedan ocasionarse. Esta fianza podrá ser de cualquiera de las clases que reconoce el Derecho, incluido el aval bancario.

Una vez fijada esa garantía, que como mínimo será del 15 por ciento del importe del crédito marítimo alegado, el tribunal podrá revisar su cuantía, de oficio o a instancia de parte, en atención al porte y a las dimensiones del buque, al coste derivado de la estancia del buque en el puerto, a su precio de mercado por día, a si está o no sujeto a línea regular, a si está o no cargado, así como a sus compromisos contractuales.

Art. 473. Embargo por otros créditos. 1. El embargo de buques españoles que se encuentren materialmente dentro de la jurisdicción española practicado a solicitud de personas que tengan su residencia habitual o su establecimiento principal en España, o de quien hubiere adquirido el crédito que se ventila por cesión o subrogación de ellas, podrá ser acordado tanto por créditos marítimos como por cualesquiera otros derechos o créditos contra el deudor al que pertenezca el buque o buques cuya traba se solicita.

Los buques españoles también podrán ser embargados por el órgano administrativo competente

conforme a lo previsto en la normativa específica que resulte de aplicación.

2. En los embargos a que se refiere el apartado anterior, la inmovilización podrá ser sustituida, a juicio del órgano jurisdiccional o administrativo competente, por la anotación en el Registro de Bienes Muebles de la medida y, en su caso, de la prohibición de enajenar.

3. El embargo de los buques que enarbolan pabellón de un Estado que no sea parte en el Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, hecho en Ginebra el 12 marzo 1999, se registrará por las disposiciones de dicho Convenio, con la salvedad de que podrán ser embargados tanto por créditos marítimos como por cualesquiera otros créditos.

Art. 474. Embargo preventivo y sometimiento a jurisdicción extranjera. Procederá también el embargo preventivo de un buque a los efectos de obtener una garantía aunque, en virtud de la existencia en el contrato u otro documento de una cláusula de arbitraje o de una cláusula de jurisdicción, el crédito marítimo por el que se solicita el embargo deba someterse al conocimiento de una jurisdicción extranjera o de un tribunal arbitral.

Art. 475. Buques embargables. Todo buque respecto al cual se alegue un crédito marítimo podrá ser embargado en los términos y con el alcance del Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques.

Art. 476. Tramitación procesal de la medida de embargo. Se presumirá que en el embargo de buques concurren el peligro por mora procesal y la urgencia de que tratan los arts. 728, 730.2 y 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 477. Ejecución del embargo. 1. Acordado el embargo, el tribunal dará traslado de la resolución por el medio más rápido al capitán marítimo del puerto en que se encuentre el buque o al que se espera que arribe, quien adoptará las medidas necesarias para la detención y prohibición de salida del buque. A tal fin, dicha Administración Marítima podrá retirar y retener la documentación del buque, así como recabar la colaboración de la Autoridad Portuaria, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de las entidades públicas dedicadas a la vigilancia de costas, quienes vendrán obligados a prestar la colabora-

ción requerida con arreglo a sus respectivas atribuciones.

2. Lo dispuesto en este capítulo no afecta a los derechos o facultades que, con arreglo a la legislación administrativa y a los convenios internacionales aplicables, correspondan a las Administraciones públicas y portuarias para retener un buque o impedir de otro modo que se haga a la mar dentro de su jurisdicción.

Art. 478. Notificación del embargo. Una vez acordado y verificado el embargo, y garantizada la traba, se notificará al capitán o al consignatario del buque, con entrega de copia de la demanda formulada y del auto que lo acuerda.

Art. 479. Jurisdicción sobre el fondo del litigio. En aquellos casos en que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 7 del Convenio Internacional sobre el Embargo Preventivo de Buques, los tribunales españoles no resulten competentes para conocer sobre el fondo del asunto relativo a un buque embargado en España, el tribunal que practicó el embargo deberá de oficio o a instancia de parte, fijar un plazo no menor de treinta días ni mayor de noventa para que el titular del crédito marítimo acredite el inicio de un procedimiento ante el tribunal judicial o arbitral competente. Si no se inicia el procedimiento dentro del plazo fijado, el juez acordará, a instancia de parte, la liberación del buque embargado o la cancelación de la garantía prestada.

Capítulo III

De la venta forzosa de buques

Art. 480. Regulación. La venta forzosa del buque se ajustará a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil o en la normativa administrativa que resulte de aplicación para la subasta de los bienes muebles sujetos a publicidad registral en todo lo no previsto en el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra el 6 mayo 1993, y en esta ley.

Art. 481. Notificación de la venta forzosa. Antes de proceder a la venta forzosa del buque, la autoridad judicial o administrativa competente notificará dicha venta:

a) Al registrador titular del Registro de Bienes Muebles, así como a la autoridad competente encargada de la inscripción del buque en el Esta-

do que lo hubiera autorizado a enarbolar temporalmente su pabellón, si fuere el caso.

b) A la persona que tenga inscrita a su favor la propiedad del buque.

c) A todos los titulares de las hipotecas o gravámenes inscritos que no hayan sido constituidos al portador.

d) A todos los titulares de las hipotecas o gravámenes inscritos constituidos al portador y de los privilegios marítimos enumerados en el art. 4 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, siempre que el juez u órgano administrativo competente hubiera recibido notificación de sus respectivos créditos.

Art. 482. Plazo y contenido de la notificación.

1. La notificación a que se refiere el artículo anterior deberá efectuarse, al menos, con treinta días de antelación a la fecha prevista para la venta forzosa y expresará:

a) La fecha y el lugar de la venta forzosa, así como las circunstancias relativas a la venta forzosa o al proceso conducente a la misma que la autoridad judicial o administrativa que entienda del proceso estime suficientes para proteger los intereses de las personas que deban ser notificadas.

b) Si la fecha y el lugar de la venta forzosa no pudiera determinarse con certeza, se notificará la fecha aproximada y el lugar previsto para la venta forzosa, así como las circunstancias indicadas en el párrafo anterior. No obstante, cuando estos datos lleguen a ser conocidos, se procederá a notificar la fecha y el lugar efectivos de la venta forzosa con una antelación mínima de siete días respecto a la fecha prevista para la venta.

2. La notificación se hará por escrito a las personas interesadas que se indican en el artículo anterior, si fueren conocidas, a través de los medios establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil o en la normativa administrativa, según se trate de una venta judicial o administrativa, respectivamente, por correo certificado, por medios electrónicos o por cualquier otro medio idóneo que permita obtener constancia de su recepción, aun cuando la persona a notificar tenga su domicilio fuera de España.

Asimismo, y en aquellos casos en que lo exijan los tratados aplicables, la notificación se practicará por anuncios publicados en dos periódicos de ámbito nacional, pudiendo, además,

insertarse los edictos en otras publicaciones si la autoridad judicial o administrativa que proceda a la venta forzosa lo estima conveniente.

Art. 483. Tercerías de mejor derecho. 1. Los titulares de créditos marítimos privilegiados podrán comparecer y formular las correspondientes tercerías de mejor derecho en la forma y con los efectos previstos en los arts. 614 a 620 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Lo anteriormente establecido se aplicará también en cualquier procedimiento judicial de ejecución de hipoteca naval.

3. La interposición de tercerías de mejor derecho en el procedimiento administrativo de apremio se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

Art. 484. Efectos de la venta forzosa. 1. Como consecuencia de la venta forzosa del buque, todas las hipotecas y gravámenes inscritos, salvo aquellos en los que el comprador se hubiere subrogado con el consentimiento de los acreedores, así como todos los privilegios y otras cargas de cualquier género que pudieran recaer sobre el buque, quedarán sin efecto y, en su caso, deberá ordenarse su cancelación.

2. No será de aplicación lo dispuesto en los arts. 666, 668.3, 670 y 672 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre avalúo y declaración de cargas y sobre cargas y gravámenes.

Art. 485. Realización por persona o entidad especializada. Será de aplicación en la venta judicial de buques lo dispuesto en el art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Art. 486. Destino de la suma obtenida en la subasta o venta directa del buque. 1. Con el producto de la venta se pagarán, en primer lugar, las costas procesales y los gastos originados por el embargo preventivo o por la ejecución y subsiguiente venta del buque. Tales costas y gastos incluyen, entre otros, los gastos de conservación del buque y la manutención de la dotación, así como los sueldos y otras cantidades, y los gastos a que se refiere el art. 4.1.a) del Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, devengados desde el momento del embargo preventivo o desde el inicio de la ejecución.

2. El sobrante se repartirá de conformidad con lo dispuesto en el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval. Satisfechos todos los créditos, el saldo, si lo hubiere, se entregará al propietario y será libremente transferible.

Capítulo IV

Del procedimiento para limitar la responsabilidad por créditos marítimos

Art. 487. Competencia. 1. Será competente para conocer de la constitución del fondo de limitación de responsabilidad, el Juez de lo Mercantil que esté conociendo de cualquier reclamación limitable que haya sido presentada contra el titular del derecho a limitar.

2. En el supuesto de que se pretenda invocar el derecho a limitar ante los órganos judiciales españoles frente a reclamaciones interpuestas ante órganos judiciales extranjeros se estará a lo previsto en la normativa de la Unión Europea y en los tratados aplicables.

Art. 488. Invocación y plazo de constitución.

1. Toda persona que invoque en un procedimiento civil el derecho a limitar la responsabilidad que en él se le reclame deberá iniciar el trámite de constitución del fondo de limitación en el plazo máximo de diez días desde la invocación.

2. A tal fin presentará la solicitud de constitución del fondo, en la forma que se determina en esta ley, ante el mismo juzgado que conoce de la reclamación, que la tramitará en pieza separada del pleito principal.

Art. 489. Invocación en otros procedimientos.

1. Cuando la limitación se alegue en un procedimiento judicial penal, contencioso-administrativo o de lo social o en un procedimiento administrativo, la solicitud de constitución del fondo se presentará ante el Juzgado de lo Mercantil del mismo lugar, acreditándolo mediante testimonio al Juzgado de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo o de lo Social u órgano administrativo en el mismo plazo señalado en el artículo anterior.

En estos casos, las sentencias o resoluciones firmes dictadas en aquellos procedimientos no

serán ejecutables sino contra el fondo regularmente constituido.

2. El Juzgado de lo Mercantil competente tramitará en este caso la solicitud de acuerdo con lo dispuesto en esta ley y, en lo no previsto, por los trámites del juicio verbal.

[...]

Título X

Certificación pública de determinados expedientes de derecho marítimo

[...]

Capítulo II

De la protesta de mar por incidencias del viaje

Art. 504. Acreditación de las incidencias. 1. En los casos en que la legislación aplicable exija que el capitán al llegar al puerto de destino haga constar algunas incidencias del viaje, deberá hacerlo ante la Capitanía Marítima, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, y si se tratara de un país extranjero, ante el cónsul español.[...]

[...]

Capítulo IV

Del depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo

[...]

Art. 515. Oposición al pago. 1. Si el titular de las mercancías o equipajes manifestara su oposición al pago en el acto del requerimiento o en las cuarenta y ocho horas siguientes, se depositará el remanente a resultas del juicio correspondiente. En este caso, el titular deberá presentar demanda o iniciar de otro modo el procedimiento judicial o arbitral ante el tribunal competente en el plazo de veinte días si se presentase ante un tribunal español y de treinta días si se presentase ante un tribunal extranjero, en ambos casos a contar desde la manifestación de la oposición.[...]

[...]

Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso. BOE, 26-VIII-2014.

Obs.: La Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, en su disposición final primera establece que el Gobierno, mediante real decreto, dictará las normas reglamentarias que la desarrollen. El objeto del Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso es fijar las condiciones, requisitos y procedimientos para ejercitar la función de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso, con el fin de dar debido cumplimiento a la normativa de la Unión Europea, los compromisos internacionales adquiridos por España y contribuir al fomento de la paz, la estabilidad y la seguridad en el ámbito mundial o regional y proteger los intereses generales de la defensa nacional y de la política exterior del Estado

Real Decreto 875/2014, de 10 de octubre, por el que se regulan las titulaciones náuticas para el gobierno de las embarcaciones de recreo, BOE, 11-X-2014.

[...]

habilitan para el gobierno de embarcaciones de recreo.

Capítulo I

Disposiciones generales

[...]

Art. 1. Objeto. 1. El objeto de este real decreto es la regulación de los títulos náuticos que habilitan para el gobierno de las embarcaciones de recreo y las motos náuticas, sus atribuciones y los requisitos y el procedimiento exigidos para su obtención, sin perjuicio de los títulos náutico-deportivos que habiliten específicamente para el gobierno de motos-náuticas.

2. Asimismo, constituye objeto de este real decreto la regulación de los medios técnicos y materiales y de las titulaciones exigibles al personal docente que, por razones de seguridad marítima, de la navegación y de la vida humana en la mar, deben cumplir las escuelas y las federaciones de vela y motonáutica, a efectos de realizar las actividades de formación precisas para la obtención de los títulos náuticos a que se refiere el apartado anterior.

3. No es objeto de este real decreto la regulación del perfil profesional que tendrán aquellas personas que impartan formación teórica orientada exclusivamente a superar las pruebas teóricas convocadas por las distintas administraciones competentes para la obtención de los títulos que

Disposición adicional tercera. Alquiler de embarcaciones de recreo españolas. 1. Las embarcaciones de recreo españolas se podrán alquilar a cualquier persona física siempre que ésta disponga de un título de recreo o un certificado habilitante en vigor, pudiendo ejercer el gobierno de dichas embarcaciones dentro de las atribuciones que el título o el certificado le confieran; el cual, deberá estar expedido por el país de su nacionalidad o el de su residencia y siempre que éstos pertenezca al espacio económico europeo o estén recogidos en el anexo IX de este real decreto.

2. En el supuesto de expedición por el país de residencia, ésta se deberá acreditar en el país otorgante del título en el momento de la expedición de éste, para lo cual, el interesado deberá aportar cualquier documento que en derecho justifique la residencia, y en concreto, para los ciudadanos españoles, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de ciudadanos españoles en los registros de matrícula de oficinas consulares en el extranjero.

3. Las embarcaciones españolas también se podrán alquilar sin tripulación y para la navegación de recreo, a ciudadanos en posesión de un título profesional en vigor expedido por un país firmante del Convenio STCW, según los requisitos de su capítulo II, sin que en ningún caso se puedan sobrepasar las atribuciones que le otorga el título profesional.

Disposición adicional cuarta. Autorización de titulaciones extranjeras. La Dirección General de la Marina Mercante, a través de las capitánías marítimas, autorizará a los ciudadanos del espacio económico europeo, así como a aquellos de los países reconocidos en el anexo IX de este real decreto, para el gobierno de embarcaciones de recreo de pabellón español, siempre que dispongan de un título de recreo expedido por el país de su nacionalidad o el de su residencia, debiendo éste pertenecer también a dicho espacio o ser de los reconocidos en el anexo IX de este real decreto; con sujeción a los requisitos a los que se hace referencia en la disposición adicional tercera de este real decreto.

Disposición adicional quinta. Exigencia de titulación para el gobierno de embarcaciones

de recreo abanderadas en otros Estados. 1. Toda persona que gobierne una embarcación de recreo, abanderada en otros Estados, que navegue por aguas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción deberá estar en posesión de una titulación que le habilite para realizar dicha navegación.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior la titulación exigible, en aquellos casos en los que la nacionalidad del patrón coincida con la del pabellón de la embarcación, será la requerida de acuerdo con la legislación del país de nacionalidad del patrón; y para los casos en los que no coincidan ambas nacionalidades la titulación será aquella requerida por la legislación del país de residencia del patrón o en su defecto, la de su nacionalidad.

3. La acreditación de la residencia para los españoles se hará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto 3425/2000, de 15 de diciembre, sobre inscripción de ciudadanos españoles en los registros de matrícula de oficinas consulares en el extranjero.

[...]

Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas.
BOE, 11-X-2014.

[...]

Título II

Limitaciones de la propiedad sobre los terrenos contiguos a la ribera del mar por razones de protección del dominio público marítimo-terrestre

[...]

Capítulo VI

Disposiciones comunes a autorizaciones y concesiones

[...]

Art. 153. *Otorgamiento de concesiones o autorizaciones a extranjeros no nacionales de un*

Estado miembro de la Unión Europea. 1. El otorgamiento de concesiones o autorizaciones a extranjeros estará condicionado a la prueba de reciprocidad en sus países de origen para los nacionales españoles. En todo caso, deberán concurrir los siguientes requisitos:

- a) Tener domicilio fiscal en España.
- b) Cumplir las condiciones que la legislación de contratos del Estado requiere para contratar con extranjeros.
- c) Manifestar su sometimiento a la jurisdicción de los Tribunales españoles para todas las incidencias derivadas del título administrativo que se le otorgue.

2. Lo dispuesto en este reglamento se entenderá sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones a extranjeros.

Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. BOE, 17-X-2014.

[...]

TÍTULO IV

Medidas de fomento de la empleabilidad y la ocupación

CAPÍTULO I

Sistema nacional de garantía juvenil

[...]

Sección 2.ª Sistema nacional de garantía juvenil

[...]

Subsección 2.ª Inscripción en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil

[...]

Art. 97. Requisitos para la inscripción. Se establecen los siguientes requisitos para inscribirse en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil:

a) Tener nacionalidad española o ser ciudadanos de la Unión o de los Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Suiza que se encuentren en España en ejercicio de la libre circulación y residencia.

También podrán inscribirse los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español que habilite para trabajar.[...]

[...]

Disposición adicional tercera. Oferta de plazas en las escalas de tropa y marinería. La oferta de plazas para el acceso a militar de tropa y marinería será el necesario para alcanzar, como máximo, los 79.000 efectivos fijados en la disposición adicional décima cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de Estado para 2014.

Se autoriza que hasta un máximo del 9 por ciento de las plazas puedan ser ofertadas para el acceso de extranjeros como militares de tropa y marinería.

[...]

Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE, 30-X-2014.

Obs.: La Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, mediante la cual se transponen a nuestro ordenamiento diversas decisiones marco, incide sobre algunas materias cuya regulación es objeto de ley orgánica. De este modo, al tiempo que se aprueba la nueva Ley de reconocimiento mutuo, resulta necesario modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Dado que en esta ocasión la nueva Ley transpone no una sino varias decisiones marco, además de una directiva, sobre reconocimiento mutuo, son varias las competencias que se crean a su amparo. De esta forma, se prevén nuevas competencias de los Juzgados y Tribunales competentes en materia penal en relación con las sentencias por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad, el exhorto europeo de obtención de pruebas, la resolución de libertad vigilada, la resolución sobre medidas de vigilancia de la libertad provisional y la orden europea de protección. Respecto de la orden europea de detención y entrega, se incluye también al Juez Central de Menores como autoridad de ejecución competente cuando la orden se refiera a un menor. En los demás casos, la autoridad competente será el Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional. Por este motivo, se modifica también la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que enumera las competencias de los órganos jurisdiccionales, continuando con la tendencia seguida con motivo de la transposición de anteriores decisio-

nes marco sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales. No obstante lo anterior, la presente reforma tiene en cuenta el marco de la cooperación judicial penal en la Unión Europea, lo que lleva no a atribuir competencias cerradas a los distintos órganos judiciales con competencia en materia penal, sino a reconocerles competencia para la ejecución de las órdenes europeas que se les encomienden en las normas específicas en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia penal en la Unión Europea. Con estos parámetros se modifican los arts. 65, 87, 87 ter, 88, 89 bis, 94, 96 y 97 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *BOE*, 5–XI–2014.

Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. *BOE*, 13–XI–2014, corr. err. 14–XI–2014.

Obs.: Esta Ley tiene por objeto regular el régimen aplicable al intercambio de información sobre antecedentes penales de las personas físicas entre el Registro Central de Penados y las autoridades responsables de los registros nacionales de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea y a la consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones condenatorias definitivas y firmes dictadas por un órgano jurisdiccional penal por la comisión de un delito con anterioridad contra las mismas personas físicas en otros países Estados miembros de la Unión Europea. Debe recordarse que la cooperación judicial de la Unión Europea se articula sobre la base de los principios básicos de la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, como se proclama en los arts. 67 y 82 TFUE. El principio de reconocimiento mutuo como pieza básica de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que el reconocimiento y la ejecución o cumplimiento de las resoluciones judiciales traspase las fronteras del Estado donde se dictaron, para ser efectiva en los demás Estados. Este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, lo que junto a otras medidas ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales. No obstante, las autoridades centrales de los Estados, fundamentalmente los distintos Ministerios de Justicia, prestan una valiosa ayuda al funcionamiento del sistema. Así se pone de manifiesto en las dos normas de la Unión Europea que son objeto de transposición en esta Ley y que contribuyen a un mejor funcionamiento de las normas de reconocimiento mutuo, a las que complementan. Se trata de la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 julio 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal y de la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 febrero 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

La Ley se inicia con un título preliminar que contiene su objeto y su régimen jurídico, en el que destaca el papel que juegan aquí los Convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros, que contribuyen a un mejor funcionamiento de los registros de antecedentes penales. A continuación, la Ley se estructura en otros dos títulos que se dedican, respectivamente, a regular el régimen aplicable al intercambio de información sobre antecedentes penales entre el Registro Central de Penados y las autorida-

des responsables de los registros nacionales de la Unión Europea y a la consideración de resoluciones judiciales condenatorias previas dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea. Estas normas se coordinan con la reforma del Código Penal para que los efectos de la reincidencia sean aplicables en las mismas condiciones cuando la sentencia condenatoria haya sido dictada en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

La presente Ley viene a dotar de mayor seguridad jurídica una actuación que, en el marco de la cooperación judicial de la Unión Europea, ya se viene desarrollando por el Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia, como autoridad competente para la remisión y la petición de la información relativa a los antecedentes penales. El Registro español ya participó, primero, en el proyecto piloto “Red de registros judiciales”, a través del cual varios Estados de la Unión Europea intercambiaban información sobre antecedentes penales electrónicamente. Esta red ha sido sustituida por el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), creado por la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 abril 2009, la cual se dictó precisamente en aplicación del art. 11 de la Decisión Marco 2008/315/JAI, que se incorpora en esta Ley. En la práctica, ECRIS es un sistema electrónico de interconexión de las bases de datos de los registros de antecedentes penales de todos los Estados miembros, en el que éstos intercambian información sobre condenas de una manera rápida, uniforme y fácilmente transferible por ordenador. Un sistema que ya permite a Jueces y fiscales acceder fácilmente a una información completa sobre el historial delictivo de cualquier ciudadano de la Unión Europea, con independencia del país europeo en el que hubiera sido condenado.

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. BOE, 21-XI-2014.

Obs.: El principio de reconocimiento mutuo, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros y consagrado en el Consejo Europeo de Tampere como la “piedra angular» de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que aquella resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurre alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento. Finalmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha supuesto la consagración como principio jurídico del reconocimiento mutuo, en el que, según su art. 82, se basa la cooperación judicial en materia penal. La primera vez que en el ámbito del Derecho penal se plasmó este principio en un instrumento jurídico de la Unión Europea, fue en la Decisión Marco 2002/584/JAI, relativa a la orden europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, por un proceso de entrega dotado de mayor rapidez y seguridad jurídica. Esta norma fue inmediatamente incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior. La segunda decisión marco adoptada en este ámbito, fue la Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 julio 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, que permite que la autoridad judicial del Estado de origen adopte una resolución acordando la realización de un embargo provisional en otro Estado miembro, de aquellos bienes que bien vayan a ser objeto de un ulterior comiso, o bien vayan a ser utilizados como prueba en juicio. Su incorporación al Derecho español se efectuó a través de la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la anterior, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En tercer lugar, la Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 febrero 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, permitió al Estado requirente acudir a la autoridad judicial del Estado en que la persona obligada al pago de una sanción pecuniaria derivada de la comisión de una infracción penal (o administrativa en determinados casos) tuviera elementos patrimoniales, obtuviera ingresos o tuviera su residencia habitual, para ejecutar dicha sanción. La transposición de esta

norma a nuestro Derecho se realizó mediante la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, complementaria de la anterior. Un año después, la Decisión Marco 2006/783/JAI, de 6 octubre 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, permitiría que una resolución dictada en un Estado acordando el decomiso de una serie de bienes, fuera reconocida y ejecutada por un Tribunal del Estado en el que se encontrasen los bienes afectados. Ésta ha sido hasta hoy la última decisión marco sobre reconocimiento mutuo de resoluciones penales transpuesta en nuestro país, a través de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso y la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y complementaria de la anterior. En el año 2008 fueron varias las decisiones marco sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales adoptadas en materia penal. En primer lugar se aprobó la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. Ésta permite que una resolución condenatoria por la que se impone a una persona física una pena o medida privativa de libertad sea ejecutada en otro Estado miembro cuando ello contribuya a facilitar la reinserción del condenado. Junto a ella, se adoptó también la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, que permite transmitir a otro Estado miembro distinto del de la condena la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por el condenado de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas previamente impuestas en el primero. Por último, en el 2008 vería la luz la Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, que consiste en una resolución judicial emitida por la autoridad competente de un Estado miembro con objeto de recabar objetos, documentos y datos de otro Estado miembro para su uso en un proceso penal. En 2009 se aprobó en este ámbito la primera Decisión Marco modificativa de otras anteriores, la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 febrero 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Entre estas normas se encuentra también la Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 octubre 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, que permite supervisar a las autoridades judiciales de un Estado miembro aquellas resoluciones adoptadas en un proceso penal celebrado en otro Estado miembro por las que se imponga a una persona física una o más medidas de vigilancia de la libertad provisional. Finalmente, como consecuencia de los cambios que introdujo el Tratado de Lisboa en la estructura de la Unión Europea y en sus instrumentos normativos, el 13 de diciembre de 2011 se aprobó la primera directiva en este ámbito. Se trata de la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, que también se incorpora a esta Ley, y que tiene por objeto extender la protección que a través de las medidas pertinentes haya impuesto la autoridad competente de un Estado miembro para proteger a una persona contra posibles actos delictivos de otra, al territorio del Estado miembro al que se desplace esa persona para residir o permanecer durante un determinado período de tiempo. Ante esta prolífica tarea normativa de las instituciones de la Unión Europea, los Estados miembros tienen la obligación de afrontar una intensa labor legislativa para incorporar a sus ordenamientos las disposiciones aprobadas hasta el momento. En España, además, si la técnica normativa empleada hasta ahora en la transposición de las cuatro primeras decisiones marco no variase, ello implicaría una enorme producción normativa, no sólo por las múltiples leyes que habrían de adoptarse, sino también por las consiguientes leyes orgánicas complementarias que someterían a constantes modificaciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por ello, se ha decidido modificar la técnica normativa empleada hasta ahora en la incorporación de estas normas europeas, persiguiendo tanto garantizar una mejor transposición, como reducir la dispersión normativa y la complejidad de un ordenamiento que, a la postre, tiene que permitir a los distintos operadores jurídicos su tarea de aplicar el Derecho en un ámbito ya de por sí complejo y nuevo.

De este modo, la presente Ley da por amortizada la técnica de la incorporación individual de cada decisión marco o directiva europea en una ley ordinaria y su correspondiente ley orgánica complementaria, y se presenta como un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Incluye tanto las ya transpuestas a nuestro Derecho como las que están pendientes, evitando la señalada dispersión normativa y facilitando su conocimiento y manejo por los profesionales del Derecho. Además, se articula a través de un esquema en el que tiene fácil cabida la incorporación de las futuras directivas que puedan ir adoptándose en esta materia.

En aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, las autoridades judiciales españolas que dicten una orden o resolución incluida dentro de la regulación de esta Ley, podrán transmitirla a otro Estado miembro para su reconocimiento y ejecución. Asimismo, las autoridades judiciales españolas competentes reconocerán y ejecutarán en España dentro del plazo previsto, las órdenes europeas y resoluciones penales previstas en esta Ley cuando hayan sido transmitidas correctamente por la autoridad competente de otro Estado miembro y no concurra ningún motivo tasado de denegación del reconocimiento o la ejecución.

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. BOE, 28-XI-2014.

Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. BOE, 28-XI-2014.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. BOE, 28-XI-2014.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. BOE, 4-XII-2014.

Real Decreto 1004/2014, de 5 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles. BOE, 6-XII-2014.

Obs.: El Real Decreto 1737/2010, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento regulador de las inspecciones de buques extranjeros en puertos españoles, incorporó al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto. El objeto del citado real decreto es regular de forma armonizada las inspecciones a las que han de someterse los buques extranjeros que hagan escala en los puertos españoles, con el fin de reducir significativamente el número de buques que incumplan la normativa establecida mediante la aplicación de las medidas que contiene la propia norma. Posteriormente, se ha aprobado la Directiva 2013/38/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 agosto 2013, por la que se modifica la Directiva 2009/16/CE. La modificación tiene por objeto incluir las referencias al Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006 (CTM 2006), adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 23 febrero 2006, entre la normativa internacional cuya aplicación y cumplimiento debe ser verificado por las autoridades competentes de los Estados costeros de la Unión Europea al realizar el control de los buques extranjeros que entren en sus puertos. El CTM 2006 tiene como finalidad recoger y articular en un instrumento único y coherente todas las reglas y preceptos actualizados de los Convenios y recomendaciones internacionales vigentes sobre el trabajo marítimo, así como los principios fundamentales de otros convenios internacionales en materia laboral. El presente Real Decreto tiene como finalidad incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/38/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 agosto 2013, por la que se modifica la Directiva 2009/16/CE sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto.

Real Decreto 1006/2014, de 5 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española. BOE, 22-XII-2014.

[...]

Capítulo I

Disposiciones generales

Art. 1. Objeto. 1. Este real decreto tiene por finalidad establecer las disposiciones de desarrollo y aplicación de la Ley 8/2014, de 22 de abril, de cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española.

Capítulo II

Operaciones

Art. 2. Delimitación de las operaciones de internacionalización de la empresa y de la economía española objeto de cobertura. 1. El Agente Gestor cubrirá los riesgos de las operaciones de internacionalización de la economía española por cuenta del Estado. A estos efectos, se entenderá

que son operaciones de internacionalización aquellas operaciones de inversión directa en el exterior y las de exportación de bienes y/o servicios, incluidas las que lleven asociadas proyectos de investigación, desarrollo e innovación, así como la financiación y garantía o afianzamiento de estas operaciones, que se definan en cada momento por el Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Comercio.

2. Dentro de las operaciones de internacionalización, el Estado dirigirá su actividad prioritariamente a las operaciones de interés estratégico para la internacionalización. El carácter estratégico se determinará por la Secretaría de Estado de Comercio de acuerdo con el art. 3.6 de la Ley 8/2014, de 22 de abril, y en caso de que no concurren tales requisitos, será la Comisión de Riesgos por cuenta del Estado la que justifique que existen circunstancias especiales, siguiendo las directrices

del Ministerio de Economía y Competitividad, fundamentándolas en que la operación de internacionalización implique, entre otros, el impulso de la marca, la transferencia de tecnología, la contribución del proyecto a la mejora de la productividad de las inversiones en el exterior, la adquisición de créditos de carbono, la fabricación de equipos suministrados por filiales españolas en terceros países y la vinculación de la operación con contratos de concesión para prestación de servicios que conlleven la inversión de empresas españolas en el exterior y las de las empresas nacionales que provean a las anteriores bienes y servicios, o que sean contratos necesarios y complementarios para realizar las operaciones de internacionalización.

3. En las operaciones de exportación objeto de cobertura, la Comisión de Riesgos por cuenta del Estado (en adelante, la Comisión de Riesgos) podrá, siguiendo las directrices de la Secretaría de Estado de Comercio, determinar el porcentaje de bienes y servicios nacionales mínimo a incorporar en las mismas para que sean objeto de cobertura.

Art. 3. Asegurados y beneficiarios de las garantías. 1. El Estado, a través de su Agente Gestor, podrá celebrar contratos de cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización con las empresas o las entidades financieras –cualquiera que sea su lugar de establecimiento o registro– que intervengan en la financiación, ejecución y afianzamiento de operaciones de internacionalización de la empresa y de la economía española.

2. Cuando el carácter excepcional de una operación lo requiera, la Secretaría de Estado de Comercio, a propuesta de la Comisión de Riesgos, podrá autorizar la celebración de contratos de cobertura con entidades distintas de las previstas en el apartado precedente.

3. La contratación se realizará en todo caso con el Agente Gestor, que asumirá la cobertura por cuenta del Estado. El Estado responderá de las obligaciones asumidas por el Agente Gestor por cuenta de aquél.

4. Las relaciones entre el Agente Gestor y el Estado no afectarán a los derechos y obligaciones de los contratantes de las coberturas frente al Agente Gestor que se deriven de los contratos. En su formalización del contrato de cobertura, el

Agente Gestor hará constar que actúa por cuenta del Estado.

Capítulo III

Riesgos

Art. 4. Delimitación de los riesgos susceptibles de cobertura. 1. Son riesgos de la internacionalización aquellos susceptibles de generar pérdidas en las operaciones de internacionalización de las empresas y de la economía española.

Los riesgos cubiertos por cuenta del Estado podrán ser, de conformidad a lo dispuesto por el art. 3 de la Ley 8/2014, de 22 de abril, sobre cobertura por cuenta del Estado de los riesgos de la internacionalización de la economía española, de carácter comercial, político, extraordinario, o de cualquier otra naturaleza, siempre que estén previstos en las garantías autorizadas, o en las modalidades de póliza de seguro autorizadas o que puedan autorizarse por el Ministro de Economía y Competitividad como cobertura de riesgos por cuenta del Estado.

2. El Agente Gestor no cubrirá por cuenta del Estado los riesgos que se definan como negociables de conformidad con la normativa comunitaria, y en especial de acuerdo con las Comunicaciones de la Comisión para la aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3. Con la excepción de las operaciones que se cubran mediante garantía y las demás que determine la Comisión de Riesgos, la cobertura no comprenderá el riesgo legal de la operación.

A estos efectos, se entiende por riesgo legal la adecuación a Derecho, de conformidad con la legislación y jurisdicción a la que se hayan sometido las partes, del contrato que instrumenta la operación de internacionalización o de su financiación, incluyendo los medios de pago y las garantías previstas en el mismo, de tal forma que sea plenamente válido y exigible el crédito o los derechos económicos derivados de la operación de internacionalización.

Art. 5. Riesgos comerciales. 1. Constituyen riesgos comerciales susceptibles de cobertura, entre otros, los derivados de las siguientes situaciones:

a) La declaración judicial de insolvencia, o su equivalente en la legislación de su país, del deu-

dor privado y, en su caso, de su garante, o la suscripción con sus acreedores de un convenio judicial o transacción que implique reducción o quita del crédito, siempre que haya sido aceptada por el Agente Gestor.

b) La imposibilidad de ejecutar la sentencia obtenida por el asegurado en un procedimiento de reclamación de su crédito por falta de bienes o derechos ejecutables del deudor privado, o de su garante.

c) La imposibilidad de cobrar por cualquier causa prevista en la cobertura el crédito garantizado, siempre que el incumplimiento del deudor y, en su caso, del garante no sea debido a causas imputables al titular del crédito cubierto.

d) El incumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor privado o sus garantes, siempre que haya transcurrido el periodo de carencia consignado en el contrato de cobertura desde la notificación del impago de cada vencimiento contractual y resulte acreditado el cumplimiento por parte del exportador y/o asegurado de sus propias obligaciones tanto en el contrato de exportación o de financiación como en el contrato de cobertura.

2. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, también podrán ser objeto de cobertura por cuenta del Estado, como riesgo comercial, los siguientes:

a) Las pérdidas derivadas de la ejecución o la retención de fianzas vinculadas a operaciones de internacionalización.

b) La resolución contraria a derecho de los contratos.

c) En general, los riesgos de incumplimiento por una entidad privada extranjera de los compromisos suscritos con un exportador o inversor, y aquellos otros riesgos vinculados a operaciones que impliquen promoción o fomento de las ventas en el exterior contemplados en las modalidades autorizadas de cobertura mediante póliza de seguro o de contrato de garantía autorizados.

Art. 6. Riesgos políticos. Se considerarán riesgos políticos que pueden generar pérdidas en las operaciones de internacionalización y susceptibles de cobertura por cuenta del Estado, entre otros, los siguientes:

a) Las actuaciones y decisiones expresas o tácitas, adoptadas por instituciones públicas extran-

teras, o derivadas de condiciones económicas críticas que den lugar a una pérdida económica a los asegurados o beneficiarios de las garantías por alguna de las situaciones que a continuación se indican:

1.º La omisión o retraso prolongado de transferencia de las sumas adeudadas.

Se incluyen las situaciones en que el deudor extranjero hubiese efectuado el pago depositando, con carácter liberatorio y en moneda local, las sumas debidas en un banco o en una cuenta oficial dentro de su país y que, al ser convertidos esos pagos en la moneda pactada, no cubran el importe de la deuda en la fecha de la transferencia de los fondos.

2.º Cualquier otra medida o decisión de intervención de las autoridades públicas que impida el buen fin de la operación de internacionalización o de su financiación.

b) La existencia de una guerra civil o internacional, revolución, revuelta, terrorismo, alteraciones sustanciales del orden público o cualquier acontecimiento de naturaleza análoga, acaecido en el extranjero.

c) Acontecimientos políticos o económicos o medidas legislativas o administrativas fuera de España que produzcan alteraciones de la balanza de pagos o de la paridad monetaria de significativa cuantía que generen una situación generalizada de insolvencia.

Entre éstas, se entiende comprendida la moratoria de pagos exteriores en el país del deudor o, en su caso, del garante, o de un tercer país a través del cual deba efectuarse necesariamente el traspaso de los fondos. Se entenderá por moratoria de pagos el notorio incumplimiento, de hecho o de Derecho, de las obligaciones internacionales de pago de un país, respecto a uno o varios países acreedores.

d) Las circunstancias o acontecimientos políticos acaecidos fuera de España que den lugar a la requisita, nacionalización, confiscación, incautación, expropiación, destrucción o avería de los bienes objeto de la operación de internacionalización, así como cualquier otro hecho que impida su recepción por el cliente extranjero, siempre que el daño no se haya reparado en el plazo determinado en el contrato de cobertura o cuando la reparación no se prevea por disposición legal del país importador.

e) Medidas del Gobierno español, así como las medidas de la Unión Europea u otros organismos internacionales de los que España sea parte y esté obligada a su cumplimiento, que imposibiliten la exportación, la recepción del pago o la recuperación de la mercancía.

f) El incumplimiento contractual imputable a entidad pública extranjera que origine una pérdida o daño económico en la fase previa a la expedición de los bienes o a la prestación de los servicios; e igualmente los incumplimientos de dichas entidades públicas respecto a acuerdos, contratos, concesiones o compromisos suscritos con los financiadores, inversores, o las entidades cubiertas en la operación de internacionalización, que den lugar a una pérdida o daño, o a la imposibilidad de desarrollar el contrato de internacionalización.

Art. 7. Riesgos extraordinarios. 1. Son riesgos extraordinarios que pueden generar pérdidas en las operaciones de internacionalización y ser susceptibles de cobertura por cuenta del Estado las circunstancias o sucesos de carácter catastrófico acaecidos en el extranjero que impidan al exportador, al deudor o, en su caso, al garante extranjero cumplir con sus obligaciones.

2. Se considerarán riesgos extraordinarios, entre otros, los ciclones, inundaciones, terremotos, erupciones volcánicas o maremotos, así como los accidentes nucleares y los ocasionados por sustancias químicas, bioquímicas o similares.

Capítulo IV

Modalidades de cobertura y pagos de siniestros

Sección 1.ª Modalidades de cobertura

Art. 8. Modalidades de cobertura. 1. La cobertura de los riesgos derivados de la internacionalización de la economía española podrá revestir la forma de seguro de crédito y de garantía.

2. Los contratos que instrumentan cada operación de internacionalización ya sea de exportación, inversión o de la financiación vinculada a una operación de esta clase, formarán parte integrante de los contratos de cobertura.

Art. 9. Cobertura mediante seguro. 1. Las modalidades de seguro por cuenta del Estado y sus condicionados generales serán objeto de autorización por el Ministro de Economía y Competitividad a propuesta de la Comisión de Riesgos.

2. El Agente Gestor establecerá las condiciones especiales y particulares que sean necesarias para adecuar la cobertura a las características concretas de cada operación, introduciendo aquellas previsiones y garantías que mejor defiendan el interés del Estado.

3. Corresponderá a la Comisión de Riesgos por cuenta del Estado la aprobación, a propuesta del Agente Gestor, de los contratos de coaseguro y reaseguro.

Art. 10. Aseguramiento a favor de entidades financieras. 1. En las pólizas de los seguros en los que intervengan como asegurados las entidades financieras, tales como las pólizas de crédito a comprador o de seguro a fiadores por riesgo de ejecución de fianzas, el exportador deberá comprometerse por escrito a asumir la obligación de reembolso ante el Agente Gestor de las indemnizaciones satisfechas por éste cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Se haya alterado la finalidad para la que se deben utilizar los fondos.

b) Se haya acreditado el incumplimiento de las obligaciones de información del exportador en materia medioambiental u otras reguladas legalmente, en especial aquellas derivadas de la lucha contra la corrupción de funcionarios extranjeros, o por la normativa de blanqueo de capitales.

c) Si se opusiera a someterse a la fiscalización y control de la entidad supervisora que pudiera designarse para determinar el grado de cumplimiento de sus obligaciones en la operación de internacionalización.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación si la exportación ya se hubiera realizado o cuando concurran cualesquiera otras circunstancias que la Comisión de Riesgos estime oportunas.

.....
.....
.....

Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva. BOE, 14-II-2015.

Obs.: La modificación del Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, responde a la necesidad de completar la transposición de la Directiva 2011/61/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010, que armoniza, por primera vez, la regulación relativa a los gestores de fondos de inversión alternativa en la Unión Europea. Dicha transposición se inició en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capitalriesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. La mencionada directiva afecta a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva (IIC) no armonizadas, es decir, no autorizadas conforme al régimen previsto por la Directiva 2009/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 julio 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). De esta forma, se introducen nuevos requisitos para la autorización de dichas sociedades gestoras y para la comercialización de las IIC que gestionen. Además, se establecen con mayor detalle las normas de conducta a las que deben sujetarse, así como los requisitos operativos, de organización y transparencia que deben cumplir, con especial atención a la gestión del riesgo, gestión de la liquidez y gestión de los conflictos de interés.

El presente Real Decreto añade un art. 19 bis dentro del capítulo II del título II: relativo a la información a remitir por las IIC extranjeras, y modifica el art. 20 respecto a la comercialización en España de las acciones y participaciones de IIC autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea reguladas por la Directiva 2009/65/CE, de 13 julio 2009.

Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. BOE, 14-II-2015.

Obs: Esta regulación es el resultado de la acordada a escala mundial con la finalidad de evitar arbitrajes regulatorios entre países, que pudieran generar artificiales ventajas competitivas y llegar a provocar inestabilidad en el sistema financiero global. En la actualidad es el “Marco regulador global para reforzar los bancos y sistemas bancarios” (Basilea III), presentado por el Comité de Basilea de Supervisores Bancarios en diciembre de 2010, el eje sobre el que pivota la normativa prudencial internacional. La implementación y adaptación de Basilea III al ordenamiento jurídico de la Unión Europea ha tenido lugar a través de dos normas fundamentales: el Reglamento (UE) n.º 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 y la Directiva 2013/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 junio 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE.

El presente Real Decreto tiene por objeto desarrollar las disposiciones de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, en materia de acceso a la actividad, requisitos de solvencia y régimen de supervisión de las entidades de crédito y es aplicable a las entidades de crédito establecidas en España o que presten servicios en España y a los grupos o subgrupos consolidables de entidades de crédito con matriz en España.

Regula expresamente la autorización de bancos sujetos al control de personas extranjeras, incluyendo la creación de bancos cuyo control vaya a ser ejercido por personas extranjeras y el régimen de las sucursales de entidades de crédito extranjeras y de las oficinas de representación. Éstas últimas son aquellos establecimientos orgánica y funcionalmente dependientes de entidades de crédito autorizadas en otro país, cuya actividad consista en realizar labores informativas o comerciales sobre cuestiones bancarias, financieras o económicas que sirvan de soporte material a la prestación de servicios sin establecimiento. Las oficinas de representación no podrán exigir remuneración alguna por el ejercicio de dichas actividades. Las oficinas de representación no podrán realizar operaciones de crédito, de captación de depósitos o de intermediación financiera, ni prestar ningún otro tipo de servicio bancario salvo la canalización de fondos de terceros hacia sus entidades de origen. Dicha canalización deberá ejecutarse a través de entidades de crédito operantes en el país en el que se encuentre establecida la oficina de representación.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, 31-III-2015.

[...]

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[...]

Cuarenta y ocho. Se modifica el art. 89, que queda redactado del siguiente modo:

1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

[...]

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que

tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación,

en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.”

[...]

Sesenta y dos. Se introduce un art. 127 bis, que pasa a tener el siguiente contenido:

1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

[...]

l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

[...]

Ciento cuatro. Se modifica el art. 189, con el siguiente tenor literal:

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

[...]

Ciento sesenta y ocho. Se añade un nuevo art. 311 bis con el siguiente contenido:

Será castigado con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de doce a treinta meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quien:

a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o

b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo.»

[...]

Ciento setenta. Se modifica el art. 318 bis, que queda redactado como sigue:

1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.

Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

[...]

Ciento noventa y siete. Se modifica el art. 375, que queda redactado como sigue:

Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los arts. 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

[...]

Doscientos trece. Se modifica el art. 427, que queda redactado como sigue:

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.»

[...]

Doscientos cincuenta y cinco. Se modifica el ap. 1 del art. 605, que queda redactado como sigue:

1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable.»

[...]

Disposición final segunda. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 septiembre 1882, por el que se aprobaba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada por Real Decreto de 14 septiembre 1882 en los términos siguientes:

[...]

Cuatro. Se modifican los apartados 2 y 3 del art. 367 quater, que quedan redactados como sigue:

[...]

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando el bien de que se trate esté embargado en ejecución de un acuerdo adoptado por una autoridad judicial extranjera en aplicación de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, su realización no podrá llevarse a cabo sin obtener previamente la autorización de la autoridad judicial extranjera.»

[...]

Cinco. Se modifica el ap. 3 del art. 367 quinquies, que queda redactado del siguiente modo:

3. [...]

En el caso de realización de un bien embargado o decomisado por orden de una autoridad judicial extranjera se aplicará lo dispuesto en la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

[...]

Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo. BOE, 31-III-2015.

[...]

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se modifica el Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que queda redactado en los siguientes términos:

[...]

Art. 575. 1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoc-trinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas

o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

[...]

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista.

[...]

Art. 580. En todos los delitos de terrorismo, la condena de un juez o tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los jueces o tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

[...]

Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se modifica el ap. 4 e) 2.º del art. 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado como sigue:

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente o se encuentre en España o, sin reunir esos requisitos, colabore con un español, o con un extranjero que resida o se encuentre en España, para la comisión de un delito de terrorismo;

[...]

Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. BOE, 1-III-2015.

[...]

Art. 12. Competencias sobre el pasaporte. 1. La competencia para su expedición corresponde:

a) En el territorio nacional, a la Dirección General de la Policía.

b) En el extranjero, a las Representaciones Diplomáticas y Consulares de España.

2. Su expedición está sujeta al pago de una tasa.

3. Corresponde al Gobierno, a propuesta de los Ministros del Interior y de Asuntos Exteriores y de Cooperación, desarrollar esta Ley en lo referente al régimen jurídico del pasaporte.

Art. 13. Acreditación de la identidad de ciudadanos extranjeros. 1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar y portar consigo la documentación que acredite su identidad expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación regular en España.

2. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal.

3. Los extranjeros estarán obligados a exhibir la documentación mencionada en el ap. 1 de este artículo y permitir la comprobación de las medidas de seguridad de la misma, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes de conformidad con lo dispuesto en la ley, y por el tiempo imprescindible para dicha comprobación,

sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no la llevaran consigo.

[...]

Disposición final primera. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Se adiciona una disposición adicional décima a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción:

Disposición adicional décima. Régimen especial de Ceuta y Melilla. 1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.»

2. La disposición final cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, queda redactada del siguiente modo:

Disposición final cuarta. *Preceptos no orgánicos.* 1. Tienen naturaleza orgánica los preceptos contenidos en los siguientes artículos de esta Ley: 1, 2, 3, 4.1, 4.3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 15, 16, 17, 18, 18 bis, 19, 20, 21, 22.1, 23, 24, 25, 25 bis, 27, 29, 30, 30 bis, 31, 31 bis, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 53, 54, 55, 57, 58, 59, 59 bis, 60, 61, 62, 62 bis,

62 ter, 62 quáter, 62 quinquies, 62 sexies, 63, 63 bis, 64, 66, 71, las disposiciones adicionales tercera a octava y décima y las disposiciones finales.

2. Los preceptos no incluidos en el apartado anterior no tienen naturaleza orgánica.

[...]

Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, por la que se modifican la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para transponer la Directiva 2010/64/UE, de 20 octubre 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE, de 22 mayo 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales. BOE, 28-IV-2015.

[...]

Artículo primero. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para la transposición de la Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.* La Ley de Enjuiciamiento Criminal queda modificada en los siguientes términos:

Uno. Se modifica la rúbrica del Título V del Libro Primero, que queda redactada del siguiente modo:

“Del derecho a la defensa, a la asistencia jurídica gratuita y a la traducción e interpretación en los juicios criminales”.

Dos. Se introduce en el Título V del Libro Primero un nuevo Capítulo I, en el que quedan incluidos los vigentes artículos 118 a 122, con la siguiente rúbrica:

“Del derecho a la defensa y a la asistencia jurídica gratuita”

Tres. Se introduce en el Título V del Libro Primero un nuevo Capítulo II, integrado por los nuevos artículos 123 a 127, con la siguiente rúbrica:

“Del derecho a la traducción e interpretación”

Cuatro. Se introduce un nuevo art. 123, con la siguiente redacción:

“**Art. 123.** 1. Los imputados o acusados que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación tendrán los siguientes derechos:

a) Derecho a ser asistidos por un intérprete que utilice una lengua que comprenda durante todas las actuaciones en que sea necesaria su presencia, incluyendo el interrogatorio policial o por el Ministerio Fiscal y todas las vistas judiciales.

b) Derecho a servirse de intérprete en las conversaciones que mantenga con su Abogado y que tengan relación directa con su posterior interrogatorio o toma de declaración, o que resulten necesarias para la presentación de un recurso o para otras solicitudes procesales.

c) Derecho a la interpretación de todas las actuaciones del juicio oral.

d) Derecho a la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho a la defensa. Deberán ser traducidos, en todo caso, las resoluciones que acuerden la prisión del imputado, el escrito de acusación y la sentencia.

e) Derecho a presentar una solicitud motivada para que se considere esencial un documento.

Los gastos de traducción e interpretación derivados del ejercicio de estos derechos serán sufragados por la Administración, con independencia del resultado del proceso.

2. En el caso de que no pueda disponerse del servicio de interpretación simultánea, la interpretación de las actuaciones del juicio oral a que se

refiere la letra c) del apartado anterior se realizará mediante una interpretación consecutiva de modo que se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado.

3. En el caso de la letra d) del ap. 1, podrá prescindirse de la traducción de los pasajes de los documentos esenciales que, a criterio del Juez, Tribunal o funcionario competente, no resulten necesarios para que el imputado o acusado conozca los hechos que se le imputan.

Excepcionalmente, la traducción escrita de documentos podrá ser sustituida por un resumen oral de su contenido en una lengua que comprenda, cuando de este modo también se garantice suficientemente la defensa del imputado o acusado.

4. La traducción se deberá llevar a cabo en un plazo razonable y desde que se acuerde por parte del Tribunal o Juez o del Ministerio Fiscal quedarán en suspenso los plazos procesales que sean de aplicación.

5. La asistencia del intérprete se podrá prestar por medio de videoconferencia o cualquier medio de telecomunicación, salvo que el Tribunal o Juez o el Fiscal, de oficio o a instancia del interesado o de su defensa, acuerde la presencia física del intérprete para salvaguardar los derechos del imputado o acusado.

6. Las interpretaciones orales o en lengua de signos, con excepción de las previstas en la letra b) del ap. 1, podrán ser documentadas mediante la grabación audiovisual de la manifestación original y de la interpretación. En los casos de traducción oral o en lengua de signos del contenido de un documento, se unirá al acta copia del documento traducido y la grabación audiovisual de la traducción. Si no se dispusiera de equipos de grabación, o no se estimare conveniente ni necesario, la traducción o interpretación y, en su caso, la declaración original, se documentarán por escrito”

Cinco. Se introduce un nuevo art. 124, con la siguiente redacción:

“**Art. 124.** 1. El traductor o intérprete judicial será designado de entre aquellos que se hallen incluidos en los listados elaborados por la Administración competente. Excepcionalmente, en aquellos supuestos que requieran la presencia urgente de un traductor o de un intérprete, y no

sea posible la intervención de un traductor o intérprete judicial inscrito en las listas elaboradas por la Administración, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, se podrá habilitar como intérprete o traductor judicial eventual a otra persona conocedora del idioma empleado que se estime capacitado para el desempeño de dicha tarea.

2. El intérprete o traductor designado deberá respetar el carácter confidencial del servicio prestado.

3. Cuando el Tribunal, el Juez o el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de parte, aprecie que la traducción o interpretación no ofrecen garantías suficientes de exactitud, podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias y, en su caso, ordenar la designación de un nuevo traductor o intérprete. En este sentido, las personas sordas o con discapacidad auditiva que aprecien que la interpretación no ofrece garantías suficientes de exactitud, podrán solicitar la designación de un nuevo intérprete”.

Seis. Se introduce un nuevo art. 125, con la siguiente redacción:

“**Art. 125.** 1. Cuando se pongan de manifiesto circunstancias de las que pueda derivarse la necesidad de la asistencia de un intérprete o traductor, el Presidente del Tribunal o el Juez, de oficio o a instancia del Abogado del imputado o acusado, comprobará si éste conoce y comprende suficientemente la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación y, en su caso, ordenará que se nombre un intérprete o un traductor conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y determinará qué documentos deben ser traducidos.

2. La decisión del Juez o Tribunal por la que se deniegue el derecho a la interpretación o a la traducción de algún documento o pasaje del mismo que la defensa considere esencial, o por la que se rechacen las quejas de la defensa con relación a la falta de calidad de la interpretación o de la traducción, será documentada por escrito.

Si la decisión hubiera sido adoptada durante el juicio oral, la defensa del imputado o acusado podrá hacer constar en el acta su protesta.

Contra estas decisiones judiciales podrá interponerse recurso de conformidad con lo dispuesto en esta Ley”.

Siete. Se introduce un nuevo art. 126, con la siguiente redacción:

“**Art. 126.** La renuncia a los derechos a que se refiere el art. 123 deberá ser expresa y libre, y solamente será válida si se produce después de que el imputado o acusado haya recibido un asesoramiento jurídico suficiente y accesible que le permita tener conocimiento de las consecuencias de su renuncia. En todo caso, los derechos a los que se refieren las letras a) y c) del ap. 1 del art. 123 no podrán ser renunciados”.

Ocho. Se introduce un nuevo art. 127, con la siguiente redacción:

“**Art. 127.** Las disposiciones contenidas en los artículos precedentes son igualmente aplicables a las personas con discapacidad sensorial, que podrán contar con medios de apoyo a la comunicación oral”.

Nueve. Se introduce un nuevo apartado 3 en el art. 416, con la siguiente redacción:

“3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación”.

[...]

Disposición final primera. *Registro Oficial de traductores e intérpretes judiciales.* El Gobierno presentará, en el plazo máximo de un año desde la publicación de esta Ley, un Proyecto de ley de creación de un Registro Oficial de Traductores e Intérpretes judiciales para la inscripción de todos aquellos profesionales que cuenten con la debida habilitación y cualificación, con el fin de elaborar las listas de traductores e intérpretes a que se refiere el art. 124 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La inscripción en este Registro Oficial será requisito necesario para la actuación de estos profesionales por designación del Juez o del Secretario judicial ante la Administración de Justicia y en las diligencias policiales en las que sea necesaria su presencia, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan.

A efectos de proceder a la inscripción en este Registro Oficial, el Ministerio de Justicia podrá solicitar el cumplimiento de otros requisitos diferentes a la formación o titulación que se establezca reglamentariamente en función del idioma de que se trate. Estos requisitos deberán ser proporcionados y no discriminatorios y podrán basarse en la experiencia del profesional, en el conocimiento adicional de cuestiones procedimentales o jurídicas, y en el cumplimiento de deberes deontológicos previstos en la ley.

La norma reguladora de este Registro Oficial determinará sus condiciones y términos de funcionamiento.

[...]

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, BOE, 18-II-2015.

Obs.: En protección y promoción de la infancia y la adolescencia, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha tiene la competencia exclusiva en los términos establecidos en el Estatuto de Autonomía, aprobado por el Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, en el art. 31.1.20.^a, en materia de “Asistencia social y servicios sociales. Promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación” y en el art. 31.1.31.^a, en materia de “Protección y tutela de

menores". En el ejercicio de esta competencia, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha promulgó la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha, pero en la actualidad se ha considerado necesario promulgar una nueva ley para profundizar en la protección y promoción de la infancia y la adolescencia.

De acuerdo con el nuevo texto, "Las Administraciones Públicas garantizarán a los menores extranjeros que se encuentren en el territorio de la Comunidad Autónoma, al margen de su situación legal, el derecho a los recursos y servicios públicos que faciliten su plena integración social, lingüística y cultural, en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico vigente" (art. 17.2º). En los supuestos de menores extranjeros tutelados, "cuya tutela se prevea de larga o media duración, la Administración Autonómica promoverá a través del Servicio Social Internacional, el contacto y la valoración de disponibilidad de familia extensa en su país de origen para hacerse cargo del menor, bajo la supervisión de los servicios sociales de dicho país" (art. 41.2º, *in fine*).

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA

Ley 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea. BOE, 23-XII-2014.

COMUNITAT VALENCIANA

Ley 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat, BOE, 8-VII-2014.

[...]

Art. 56. *Acceso a la prestación de servicios portuarios.* Podrán ser prestadores de servicios portuarios las personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, procedentes de Estados miembros de la Unión Europea o de terceros países, condicionadas estas últimas a la exigencia de reciprocidad, salvo en los supuestos en que los compromisos de la Unión Europea con la Organi-

zación Mundial del Comercio no exija dicho requisito, que tengan plena capacidad de obrar y acrediten, en los términos previstos en el pliego regulador de cada servicio, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

[...]

CONVENIOS INTERNACIONALES

MULTILATERALES

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 enero 1996, BOE, 21-II-2015.

Preámbulo

Los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás Estados signatarios del presente Convenio,

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es lograr una unión más estrecha entre sus miembros;

Teniendo en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y, en particular, el art. 4 que exige que los Estados Partes tomen todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para la aplicación de los derechos reconocidos en dicha Convención;

Tomando nota del contenido de la recomendación 1121(1990) de la Asamblea Parlamentaria, relativa a los derechos del niño;

Convencidos de que deben promoverse los derechos y los intereses superiores de los niños y de que, con este fin, los niños deberían tener la posibilidad de ejercitar sus derechos, en particular, en los procedimientos de familia que les afecten;

Reconociendo que los niños deberían recibir la información pertinente con el fin de que puedan promoverse sus derechos e intereses superiores, y que debería tenerse en cuenta la opinión de aquéllos;

Reconociendo la importancia del papel de los progenitores en la protección y la promoción de los derechos e intereses superiores de los niños y considerando que los Estados deberían, en su caso, participar también en dicha protección y promoción;

Considerando, sin embargo, que en caso de conflicto, es oportuno que las familias traten de

llegar a un acuerdo antes de someter el asunto a una autoridad judicial,

Han convenido en lo siguiente:

Capítulo I

Ámbito de aplicación y objeto del Convenio, y definiciones

Art. 1. *Ámbito de aplicación y objeto del Convenio.* 1. El presente Convenio se aplicará a los niños que no hayan alcanzado la edad de 18 años.

2. El objeto del presente Convenio es el de promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial.

3. A efectos del presente Convenio, se entenderán por procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial los procedimientos de familia, en particular los relativos al ejercicio de responsabilidades parentales tales como las que se refieren a la residencia y al derecho de visita respecto de los niños.

4. Todo Estado, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, deberá designar, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, al menos tres categorías de asuntos de familia ante una autoridad judicial a los que se aplicará el presente Convenio.

5. Mediante declaración ulterior, cualquier Parte podrá concretar categorías adicionales de asuntos de familia a los que se aplicará el presente

Convenio o facilitar información relativa a la aplicación del art. 5, del ap. 2 del art. 9, del ap. 2 del art. 10 y del art. 11.

6. El presente Convenio no impedirá a las Partes aplicar reglas más favorables para la promoción y ejercicio de los derechos de los niños.

Art. 2. Definiciones. A efectos del presente Convenio, se entenderá por:

a) “autoridad judicial”, un tribunal o una autoridad administrativa que tenga competencias equivalentes;

b) “titulares de responsabilidades parentales”, los progenitores y demás personas u organismos facultados para ejercer en todo o en parte las responsabilidades parentales;

c) “representante”, una persona como un abogado o un organismo nombrado para actuar ante una autoridad judicial en nombre de un niño;

d) “información pertinente”, la información apropiada, habida cuenta de la edad y del discernimiento del niño, que se le facilitará con el fin de permitirle ejercer plenamente sus derechos, a menos que la comunicación de dicha información redunde en perjuicio de su bienestar.

Capítulo II

Medidas procesales para promover el ejercicio de los derechos de los niños

A. Derechos procesales del niño

Art. 3. Derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos. Cuando según el derecho interno se considere que un niño tiene el suficiente discernimiento se le reconocerán, en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, los siguientes derechos cuyo ejercicio podrá exigir por sí mismo:

- a. recibir toda la información pertinente;
- b. ser consultado y expresar su opinión;
- c. ser informado de las posibles consecuencias de actuar conforme a esa opinión y de las posibles consecuencias de cualquier resolución.

Art. 4. Derecho a solicitar la designación de un representante especial. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 9, el niño tendrá derecho a solicitar, personalmente o a través de otras personas u organismos, la designación de un representante especial en los procedimientos que le afecten

ante una autoridad judicial, cuando el derecho interno prive a los titulares de las responsabilidades parentales de la facultad de representar al niño como consecuencia de un conflicto de intereses con éste.

2. Los Estados podrán disponer que el derecho a que se refiere el ap. 1 se aplique únicamente a aquellos niños a quienes el derecho interno considere que tienen el discernimiento suficiente.

Art. 5. Otros derechos procesales posibles. Las Partes examinarán la oportunidad de conceder a los niños derechos procesales complementarios en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial, en particular:

- a. el derecho a solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección con el fin de que les ayude a expresar su opinión;
- b. el derecho a solicitar por sí mismos o a través de otras personas u organismos la designación de un representante distinto y, en los casos oportunos, de un abogado;
- c. el derecho a nombrar su propio representante;
- d. el derecho a ejercitar en todo o en parte los derechos de las partes en dichos procedimientos;

B. Papel de las Autoridades Judiciales

Art. 6. Proceso de decisión. En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión, deberá:

- a. examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales;
- b. cuando según el derecho interno se considere que el niño posee discernimiento suficiente:
 - asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente;
 - consultar personalmente al niño en los casos oportunos, si es necesario en privado, directamente o por mediación de otras personas u organismos, de una forma apropiada a su discernimiento, a menos que ello sea manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño;
 - permitir al niño expresar su opinión;
- c. tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño.

Art. 7. Obligación de actuar con prontitud.

En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial deberá actuar con prontitud para evitar toda demora inútil y deberán existir procedimientos encaminados a asegurar una rápida ejecución de las decisiones. En los casos urgentes, la autoridad judicial estará facultada, cuando proceda, para tomar decisiones que sean inmediatamente ejecutivas.

Art. 8. Posibilidad de actuar de oficio. En los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial estará facultada para actuar de oficio en los casos determinados por el derecho interno en que se encuentre en peligro grave el bienestar de un niño.

Art. 9. Designación de un representante. 1. En los procedimientos que afecten a un niño y en los que, en virtud del derecho interno, se prive a los titulares de las responsabilidades parentales de la facultad de representar al niño como consecuencia de un conflicto de intereses entre aquéllos y éste, la autoridad judicial estará facultada para designar un representante especial para el niño en dichos procedimientos.

2. Las Partes examinarán la posibilidad de disponer que, en los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial esté facultada para designar a un representante distinto, un abogado cuando proceda, para representar al niño.

C. Papel de los representantes

Art. 10. 1. En el caso de procedimientos que afecten a un niño ante una autoridad judicial, el representante, a menos que ello resulte manifiestamente contrario a los intereses superiores del niño, deberá:

a) proporcionar toda la información pertinente al niño, si el derecho interno considera que éste posee el discernimiento suficiente;

b) facilitar explicaciones al niño, si el derecho interno considera que éste posee el discernimiento suficiente, sobre las posibles consecuencias de actuar conforme a su opinión y las posibles consecuencias de cualquier acción del representante;

c) Determinar la opinión del niño y ponerla en conocimiento de la autoridad judicial.

2. Las Partes examinarán la posibilidad de hacer extensivas las disposiciones del ap. 1 a los titulares de las responsabilidades parentales.

D. Ampliación de ciertas disposiciones

Art. 11. Las Partes examinarán la posibilidad de hacer extensivas las disposiciones de los art. 3, 4 y 9 a los procedimientos que afecten a los niños ante otros órganos así como a las cuestiones que afecten a los niños y que no sean objeto de ningún procedimiento.

E. Organismos nacionales

Art. 12. 1. Las Partes fomentarán, a través de los organismos que tengan, entre otras, las funciones a que se refiere el ap. 2, la promoción y el ejercicio de los derechos de los niños.

2. Esas funciones serán las siguientes:

a) formular propuestas para reforzar las disposiciones legales relativas al ejercicio de los derechos de los niños;

b) emitir dictámenes sobre los proyectos legislativos relativos al ejercicio de los derechos de los niños;

c) proporcionar información general relativa al ejercicio de los derechos de los niños a los medios de comunicación, al público y a las personas y organismos que se ocupen de las cuestiones relativas a los niños;

d) recabar la opinión de los niños y proporcionarles toda la información oportuna.

F. Otras cuestiones

Art. 13. Mediación y otros sistemas de resolución de controversias. Con el fin de prevenir o de resolver las controversias y de evitar los procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial, las Partes fomentarán la práctica de la mediación o de cualquier otro sistema de resolución de controversias y su utilización para llegar a un acuerdo en los casos oportunos que las Partes determinen.

Art. 14. Asistencia judicial y asesoramiento jurídico. Cuando en el derecho interno se disponga la prestación de asistencia judicial o de asesoramiento jurídico para la representación de los niños en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial, dichas disposiciones se aplicarán a las cuestiones a que se refieren los arts. 4 y 9.

Art. 15. Relaciones con otros instrumentos internacionales. El presente Convenio no será obstáculo para la aplicación de otros instrumentos internacionales que traten de cuestiones específicas relativas a la protección de los niños y de las familias, y en los cuales sea o llegue a ser Parte una Parte que lo sea en el presente Convenio.

Capítulo III Comité Permanente

Art. 16. Constitución y funciones del Comité Permanente. 1. A efectos del presente Convenio se constituirá un Comité Permanente.

2. El Comité Permanente se ocupará del seguimiento de los problemas relativos al presente Convenio. En particular podrá:

a) examinar cualquier cuestión pertinente relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio. Las conclusiones del Comité Permanente relativas a la aplicación del Convenio podrán tomar la forma de una recomendación; las recomendaciones serán adoptadas por una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos;

b) proponer enmiendas al Convenio y examinar las formuladas de conformidad con el art. 20;

c) proporcionar asesoramiento y asistencia a los organismos nacionales que desempeñen las funciones a que se refiere el ap. 2 del art. 12, así como promover la cooperación internacional entre aquéllos.

Art. 17. Composición. 1. Cada Parte podrá estar representada en el Comité Permanente por uno o más delegados. Cada Parte tendrá un voto.

2. Cualquier Estado de los mencionados en el art. 21, que no sea Parte en el presente Convenio, podrá estar representado en el Comité Permanente por un observador. Lo mismo ocurrirá con cualquier otro Estado o la Comunidad Europea una vez que hayan sido invitados a adherirse al Convenio de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.

3. A menos que una Parte haya comunicado al Secretario General su objeción como mínimo un mes antes de la reunión, el Comité Permanente podrá invitar a participar en calidad de observadores en todas sus reuniones o en una reunión o en parte de la misma:

– a cualquier Estado no mencionado en el anterior ap. 2;

– al Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño;

– a la Comunidad Europea;

– a cualquier organismo internacional gubernamental;

– a cualquier organismo internacional no gubernamental que desempeñe una o más de las funciones mencionadas en el ap. 2 del art. 12;

– a cualquier organismo nacional, gubernamental o no gubernamental, que ejerza una o más de las funciones a que se refiere el ap. 2 del art. 12.

4. El Comité Permanente podrá intercambiar información con las organizaciones correspondientes que se ocupen del ejercicio de los derechos de los niños.

Art. 18. Reuniones. 1. Al final del tercer año siguiente a la fecha de entrada en vigor del presente Convenio y, por propia iniciativa, en cualquier momento posterior a dicha fecha, el Secretario General del Consejo de Europa invitará a reunirse al Comité Permanente.

2. El Comité Permanente sólo podrá tomar decisiones si se encuentran presentes la mitad de las Partes.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 16 y 20, las decisiones del Comité Permanente se tomarán por mayoría de los miembros presentes.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Convenio, el Comité Permanente redactará su propio reglamento de régimen interior así como los reglamentos de régimen interior de cualquier grupo de trabajo que constituya para llevar a cabo todas las tareas apropiadas en el marco del Convenio.

Art. 19. Informes del Comité Permanente. Después de cada reunión el Comité Permanente transmitirá a las Partes y al Comité de Ministros del Consejo de Europa un informe relativo a sus debates y a cualesquiera decisiones tomadas.

Capítulo IV Enmiendas al Convenio

Art. 20. 1. Toda enmienda de los artículos del presente Convenio propuesta por una Parte o por el Comité Permanente será comunicada al Secretario General del Consejo de Europa quien se encargará de transmitirla, al menos dos meses

antes de la siguiente reunión del Comité Permanente, a los Estados miembros del Consejo de Europa, a todo signatario, a toda Parte, a cualquier Estado invitado a firmar el presente Convenio de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 y a cualquier Estado, o a la Comunidad Europea, que hayan sido invitados a adherirse al mismo de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.

2. Toda enmienda propuesta de conformidad con lo dispuesto en el apartado precedente será examinada por el Comité Permanente, que someterá el texto adoptado por una mayoría de tres cuartos de los votos emitidos al Comité de Ministros para su aprobación. Después de su aprobación, el texto será comunicado a las Partes para su aceptación.

3. Toda enmienda entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de un mes después de la fecha en que todas las Partes hayan informado al Secretario General de que la han aceptado.

Capítulo V

Cláusulas finales

Art. 21. Firma, ratificación y entrada en vigor. 1. El presente Convenio estará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa y de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración.

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serán depositados en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

3. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que tres Estados, incluidos al menos dos Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento a quedar vinculados por el Convenio de conformidad con lo dispuesto en el apartado precedente.

4. Con respecto de cualquier signatario que exprese con posterioridad su consentimiento a quedar vinculado por el Convenio, éste entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

Art. 22. Estados no miembros y Comunidad Europea. 1. Después de la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a iniciativa propia o a propuesta del Comité Permanente, y previa consulta de las Partes, podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo de Europa que no haya participado en la elaboración del Convenio, así como a la Comunidad Europea, a adherirse al presente Convenio mediante una decisión tomada por la mayoría prevista en el art. 20, letra d, del Estatuto del Consejo de Europa, y con el voto unánime de los representantes de los Estados Contratantes con derecho a formar parte del Comité de Ministros.

2. Con respecto de cualquier Estado que se adhiera o de la Comunidad Europea, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha del depósito del instrumento de adhesión en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

Art. 23. Aplicación territorial. 1. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, designar el territorio o territorios a los que se aplicará el presente Convenio.

2. Toda Parte podrá, en fecha posterior, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, ampliar la aplicación del presente Convenio a cualquier otro territorio expresado en la declaración y de cuyas relaciones internacionales sea responsable o en cuyo nombre esté autorizado para comprometerse. Con respecto de dicho territorio, el Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de dicha declaración por el Secretario General.

3. Toda declaración formulada al amparo de los dos apartados anteriores podrá, respecto de cualquier territorio designado en dicha declaración, ser retirada mediante notificación dirigida al Secretario General. La retirada surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Art. 24. Reservas. No podrá formularse ninguna reserva al presente Convenio.

Art. 25. Denuncia. 1. Toda Parte podrá denunciar en cualquier momento el presente Convenio dirigiendo una notificación al Secretario General del Consejo de Europa.

2- Dicha denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario General.

Art. 26. Notificaciones. El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo, a todo signatario, toda Parte y a cualquier otro Estado, o a la Comunidad Europea, que hayan sido invitados a adherirse al presente Convenio:

- a. toda firma;
- b. el depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;

c. cualquier fecha de entrada en vigor del presente Convenio de conformidad con los arts. 21 o 22;

d. toda enmienda adoptada de conformidad con el art. 20 y la fecha en que dicha enmienda entra en vigor;

e. toda declaración formulada al amparo de lo dispuesto en los arts. 1 y 23;

f. toda denuncia hecha en virtud de lo dispuesto en el art. 25;

g. cualquier otro acto, notificación o comunicación que se refiera al presente Convenio.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados a tal efecto, firman el presente Convenio.

Instrumento de Aceptación de la Enmienda al Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo, hecha en Sofía el 27 febrero 2001. BOE, 18-IX-2014.

Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, hecho en Estrasburgo el 28 enero 2003, BOE, 30-I-2015.

Tercer protocolo adicional al Convenio europeo de extradición, hecho en Estrasburgo el 10 de noviembre de 2010, BOE, 30-I-2015.

Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, hecho en Mar del Plata el 3 de diciembre de 2010. BOE, 13-VIII-2014.

Los Estados Iberoamericanos firmantes de este Convenio, en adelante las Partes;

Manifestando su voluntad de reforzar y de fortalecer la cooperación regional e internacional, y de conformidad con el Tratado Constitutivo de la

Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos;

Considerando la importancia de incrementar el uso de las nuevas tecnologías como una herra-

mienta para contribuir a la procuración y administración de justicia ágil, eficiente y eficaz:

Teniendo en cuenta que la forma y tramitación de las solicitudes con arreglo al presente Convenio, la notificación y otras formalidades procesales se rigen por lo previsto en los respectivos instrumentos bilaterales o multilaterales y el derecho interno de cada Parte,

Las Partes acuerdan lo siguiente:

Título I

Disposiciones generales

Art. 1. Objeto del acuerdo. El presente Convenio favorece el uso de la videoconferencia entre las autoridades competentes de las Partes como un medio concreto para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil, comercial y penal, y en otras materias que las Partes acuerden de manera expresa.

Art. 2. Definición de Videoconferencia. Se tenderá por “videoconferencia”, en el ámbito de este Convenio, un sistema interactivo de comunicación que transmita, de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presten declaración, ubicadas en un lugar distinto de la autoridad competente, para un proceso, con el fin de permitir la toma de declaraciones en los términos del derecho aplicable de los Estados involucrados.

Art. 3. Relación con el derecho nacional y con el resto del Derecho internacional. 1. A los efectos de este Convenio el uso de la videoconferencia procederá cuando:

- a) no contradiga el derecho nacional de las Partes;
- b) medie una solicitud concreta e individualizable, remitida por autoridad competente del Estado requirente;
- c) sea aceptado por autoridad competente de la Parte requerida; y
- d) sea técnicamente realizable.

2. La aplicación del presente Convenio es subsidiaria respecto de otras obligaciones internacionales de las Partes.

Título II

Audiencia por videoconferencia

Art. 4. Audiencia por videoconferencia. 1. Si la autoridad competente de una Parte requiriere examinar a una persona en el marco de un proceso judicial, en calidad de parte, testigo o perito, o en diligencias preliminares de investigación, y ésta se encontrare en otro Estado, podrá solicitar su declaración por videoconferencia por considerar esta herramienta conveniente, en los términos del numeral siguiente.

2 La solicitud de uso de la videoconferencia incluirá la identificación de la autoridad requirente, el número de referencia del proceso, el nombre y cargo de la autoridad que dirigirá la diligencia y, de ser procedente:

- a) el nombre de las partes involucradas en el proceso y sus representantes;
- b) la naturaleza, el objeto del proceso y la exposición de los hechos;
- c) la descripción de lo que se pretende conseguir con la diligencia;
- d) el nombre y dirección de las personas a oír;
- e) la referencia a un eventual derecho de objeción a declarar, según se recoge en el derecho de la Parte requirente;
- f) la referencia a las eventuales consecuencias de la negativa a declarar, en los términos del derecho de la Parte requirente;
- g) la eventual indicación de que el testimonio deberá ser hecho bajo juramento o promesa;
- h) Cualesquier otras referencias previstas conforme el derecho de la Parte requirente o de la Parte requerida o que se revelen útiles para la realización de la videoconferencia.

Art. 5. Desarrollo de la videoconferencia. En lo concerniente al uso de la videoconferencia, se aplican las siguientes normas:

- a) el examen se realizará directamente por la autoridad competente de la Parte requirente o bajo su dirección, en los términos señalados en su derecho nacional;
- b) la diligencia se realizará con la presencia de la autoridad competente del Estado requerido y, si fuera necesario, de una autoridad del Estado requirente, acompañadas, de ser el caso, por intérprete;

c) la autoridad requerida identificará la persona a examinar;

d) las autoridades intervinientes, en caso necesario, podrán aplicar medidas de protección a la persona a examinar;

e) a petición de la Parte requirente o de la persona a examinar, la Parte requerida le proveerá, en caso necesario, de la asistencia de intérprete.

f) La sala reservada para la realización de la diligencia por sistema de videoconferencia deberá garantizar la seguridad de los intervinientes, y preservar la publicidad de los actos cuando ésta deba ser asegurada.

Art. 6. Examen de procesados o imputados. 1. Resultarán aplicables las disposiciones anteriores al examen por videoconferencia de un procesado o imputado, de conformidad con el derecho interno de cada Parte, y se respeten todos los derechos y garantías procesales, en especial el derecho a contar con asistencia letrada.

2. Las Partes podrán declarar que no aplicarán el presente acuerdo al examen por videoconferencia de procesados o imputados.

Art. 7. Acta relativa al examen por videoconferencia. 1. La autoridad que realiza el examen en la Parte requerida levantará, una vez terminada la videoconferencia, un acta donde conste la fecha y el lugar de la diligencia, la identidad y firma de la persona examinada, la identidad, calidad y firma de todas las otras personas que hubieren participado, las eventuales prestaciones de juramento o promesa y las condiciones técnicas en que transcurrió la misma, sin perjuicio de que en dicha acta se tomen aquellas previsiones en aras de garantizar las medidas de protección que se hubieren dispuesto.

2. El acta será remitida a la autoridad competente de la Parte requirente.

Título III

Disposiciones finales

Art. 8. Puntos de contacto técnicos. Para facilitar y agilizar la preparación y el desarrollo de las audiencias por videoconferencia previstas en el presente Convenio, cada Parte deberá indicar uno o más puntos de contacto, concretamente a través de la disponibilidad de contactos telefónicos y de correo electrónico, que detenten la capacidad

técnica necesaria para asegurar o cooperar en la ejecución de una videoconferencia entre las autoridades de las Partes.

Art. 9. Declaraciones. 1. Al proceder a la notificación referida en el art. 11º inciso 2, cada Parte efectuará una declaración mediante la cual indicará:

a) Las autoridades nacionales competentes para la aplicación del presente Convenio y sus contactos (dirección postal, contacto telefónico y correo electrónico), debiendo actualizarlos en caso de alteración, así como los contactos previstos en el art. 8º, si fuesen distintos;

b) Las eventuales condiciones bajo las cuales se podrá aplicar el presente Convenio a las audiencias por videoconferencia de imputados, salvo que la Parte haya efectuado la declaración prevista en el artículo 6, inciso 2.

c) Eventuales especificidades nacionales que puedan ser relevantes para la buena ejecución del presente Convenio.

2. Las declaraciones emitidas podrán ser total o parcialmente alteradas en cualquier momento, según el mismo procedimiento de notificación.

Art. 10. Depósito. 1. El Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos es depositario del presente Convenio.

2. El depositario publicará en página accesible en internet, en los idiomas español y portugués, las informaciones sobre el progreso de las adopciones y adhesiones, declaraciones efectuadas y cualquier otra notificación relativa al presente Convenio.

Art. 11. Entrada en vigor. 1. El presente Convenio queda sujeto a su ratificación, aceptación o aprobación por parte de los Estados miembros de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, de acuerdo con los respectivos procedimientos internos.

2. Los Estados notificarán al Secretario General de la Conferencia de Ministros de la Justicia de los Países Iberoamericanos de la conclusión de los respectivos trámites internos necesarios para la ratificación, aceptación o aprobación del presente Convenio, el cual comunicará igualmente a los Estados signatarios del presente Convenio en ese momento.

3. El presente Convenio entrará en vigor a los ciento veinte días a partir de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación o adhesión.

4. Para cada Estado Parte que ratifique el Convenio o se adhiera al mismo después de haber sido depositado el quinto instrumento de ratificación o adhesión, la Convención entrará en vigor a los ciento veinte días a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Firmado en Mar del Plata, Argentina el día tres de diciembre de 2010, en dos ejemplares, uno en idioma español y uno en idioma portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

España: “A los efectos de lo señalado en el art. 9.1 a) del Convenio Iberoamericano sobre el uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre sistemas de Justicia y su Protocolo Adicional, España declara que la autoridad competente para la aplicación del Convenio es el Ministerio de Justicia, Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, calle San Bernardo, 62, 28071 Madrid, España. Tels.: +34 91390 44 09/23 86 – Fax: +34 91 390 44 57. Correo electrónico: dgcji@mjusticia.es”.

Protocolo adicional al Convenio Iberoamericano sobre el Uso de Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia relacionado con los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes

Art. 1. Costos de la ejecución de la videoconferencia. El costo del establecimiento de la conexión, los gastos relacionados con la realización de la videoconferencia en la Parte requerida, la remuneración de intérpretes eventualmente requeridos y las compensaciones pagadas a testigos y peritos, así como sus gastos de desplazamiento en la Parte requerida, serán asumidos directamente por la Parte requirente o reembolsados por la Parte requirente a la Parte requerida, a menos que

esta renuncie al reembolso de la totalidad o de parte de dichos gastos.

Art. 2. Régimen lingüístico. 1. Las solicitudes de realización de una audiencia por videoconferencia remitidas por las autoridades de la Parte requirente a la Parte requerida podrán ser formulados en lengua española o en lengua portuguesa, independientemente de la lengua oficial de la Parte requerida o de la Parte requirente.

2. En caso de que una Parte tan solo acepte recibir solicitudes en una determinada lengua podrá hacer una declaración en ese sentido, la que deberá notificar al Secretario General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos al momento en que concluyan los trámites internos necesarios para su ratificación, aceptación o aprobación, y éste a su vez lo comunique a todos los Estados Parte.

Art. 3. Remisión de solicitudes. 1. La remisión de solicitud de videoconferencia podrá transmitirse por cualquier medio electrónico que permita dejar constancia escrita de la transmisión, en condiciones que posibiliten a la Parte requerida establecer su autenticidad.

2. Cuando no sea posible constatar esta autenticidad, se podrá adelantar la solicitud por dichos medios y se formalizará posteriormente por solicitud de la autoridad requerida.

Art. 4. Entrada en vigor. El presente Protocolo entra en vigor al mismo tiempo que el Convenio Iberoamericano Sobre el Uso de la Videoconferencia para aquellos Estados que hayan adoptado ambos instrumentos simultáneamente. Para el caso que el Protocolo se adoptara con posterioridad al Convenio, el primero quedara sujeto por las mismas regulaciones que fueran establecidas en el segundo, en lo que respecta a las reglas de depósito y otras formalidades.

Firmado en Mar del Plata, Argentina el día tres de diciembre de 2010, en cuatro ejemplares, dos en idioma español y dos en idioma portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011. BOE, 31-I-2014.

.....

Modificaciones al Reglamento Común del Acta de 1999 y el Acta de 1960 del Arreglo de La Haya sobre el depósito internacional de dibujos y modelos industriales, adoptadas en la 32ª sesión (19ª ordinaria) de la Asamblea de la Unión de La Haya, celebrada en Ginebra del 23 de septiembre al 2 octubre 2013. BOE, 5-VIII-2014.

.....

Modificaciones al Reglamento del Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT) adoptadas por la Asamblea de la Unión Internacional de cooperación en materia de patentes (Unión PCT) en su 44ª reunión (19ª sesión ordinaria), celebrada en Ginebra del 23 de septiembre al 2 octubre 2013. BOE, 5-VIII-2014.

.....

BILATERALES

ACUERDOS DE SEDE

Acuerdo de sede entre el Reino de España y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura, hecho en Madrid el 11 marzo 2015. BOE, 23-III-2015.

[...]

Art. 6. Inmunidad de jurisdicción.

6.1. El IICA gozará de plena inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa, excepto en la medida en que el Director General o un representante expresamente autorizado por escrito por él haya renunciado formal y expresamente por medio de un documento escrito y debidamente firmado a la inmunidad.

6.2. No obstante lo anterior:

a. La inclusión en un contrato en el que el IICA sea parte de una cláusula en la que se reconozca expresamente y sin reservas la jurisdicción de un tribunal ordinario español constituirá una renuncia formal a la inmunidad; y

b. La iniciación por el IICA de un procedimiento judicial implicará su renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, la participación del IICA en una acción o proceso judicial o administrativo con el objetivo de (i) asegurar y/o obtener el reconocimiento de sus privilegios e inmunidades y/o los de sus funcionarios por los tribunales y autoridades pertinentes, y (ii) apelar una decisión judicial o administrativa que no reconoce esos privilegios e inmunidades, no constituirá una renuncia de los mismos.

6.3. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción en los supuestos previstos en los apartados anteriores no se extiende a las medidas de ejecución, salvo que así se disponga expresamente por escrito en cada caso.

[...]

Art. 11. Libertad de acceso y estancia.

11.1. El Reino de España adoptará las medidas adecuadas para facilitar la entrada, salida y permanencia en el territorio español de las siguientes categorías de personas cualquiera que fuera su nacionalidad, que no estarán dispensadas de la aplicación de la normativa de sanidad pública:

a. Representantes de los Estados Miembros, de los Asociados, y de los Observadores Permanentes;

b. Director General del IICA;

c. Subdirector General;

d. Funcionarios del IICA debidamente acreditados ante el Reino de España;

d. Los familiares dependientes de las personas a que se refieren las letras a) a d);

e. Cualesquiera otras personas que, por razón de su función, deban tener acceso a la sede del IICA en España con carácter oficial, tales como expertos contratados para el desarrollo de programas que hayan de realizarse en territorio español y cuantas personas concurren invitadas oficialmente por el IICA, siempre que el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación haya sido debidamente informado. En el caso de que las personas antes relacionadas deban permanecer en España por un período de tiempo igual o superior a un año a fin de desempeñar funciones que les hayan sido encomendadas por el IICA, las reglas relativas a su entrada, salida y permanencia se aplicarán igualmente a sus dependientes familiares en los mismos términos que se aplican a los señalados en el inciso e) de este mismo artículo.

11.2. Los visados que precisen las personas mencionadas en este artículo serán tramitados libres de gastos y en el menor plazo posible.

11.3. El Reino de España y el IICA velarán por integrar y coordinar el intercambio de datos e información pertinentes para agilizar los trámites necesarios para el cumplimiento de lo establecido en este artículo.

Art. 12. Representantes de los Estados Miembros, de los Asociados, y de los Observadores Permanentes.

12.1. Los representantes de los Estados Miembros, de los Asociados, y de los Observado-

res Permanentes del IICA a los que se hace mención en el art. 11 que asistan a reuniones o seminarios convocadas por el IICA en España, disfrutará en España de los siguientes privilegios e inmunidades:

a. Inviolabilidad personal, del lugar de residencia y de todos los objetos propiedad del interesado;

b. Inmunidad de arresto y de detención e inmunidad de jurisdicción con respecto a sus palabras, escritos y actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones oficiales;

c. Facilidades aduaneras para sus efectos personales y exención de la inspección de su equipaje personal en las mismas condiciones concedidas a los agentes diplomáticos en misión temporal;

12.2. Las facilidades consignadas en el presente artículo se entienden concedidas para el ejercicio y cumplimiento de las funciones o misiones oficiales de los representantes que se mencionan en el párrafo 12.1 y estarán limitadas al tiempo necesario para su desempeño cualquiera que sea la duración de éste. El Reino de España podrá pedir que las personas a que se aplique este artículo abandonen el territorio español, retirándoles las facilidades concedidas, si hubieran abusado de ellas. Antes de presentar dicha solicitud, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación informará al gobierno del estado interesado y al Director General del IICA.

12.3. En el caso de las personas mencionadas en la letra a) del párrafo 11.1 del artículo anterior, el requerimiento para que abandonen el territorio español se hará siguiendo un procedimiento análogo al que se sigue con los agentes diplomáticos acreditados ante el Reino de España.

Art. 13. El Representante y los funcionarios del IICA en España.

13.1. El Representante gozará en España de todos los privilegios, inmunidades, exenciones y facilidades concedidos a los Jefes de Misión diplomática acreditados ante el Reino de España. El Director General y el Sub-Director General del IICA gozará en España de los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos acreditados ante el Reino de España.

13.2. El Director General, a través del Representante, designará, en consulta con el Reino de España, a los funcionarios del IICA que deberán acreditarse ante el Reino de España. De acuerdo

con sus responsabilidades y funciones asignadas, los funcionarios del IICA en España gozarán, según el caso:

a. De los privilegios, inmunidades, exenciones y facilidades concedidos a los agentes diplomáticos en España;

b. De los privilegios, inmunidades, exenciones y facilidades concedidos a los miembros del personal administrativo y técnico de las misiones diplomáticas acreditadas ante el Reino de España; y

c. De los privilegios, inmunidades, exenciones y facilidades concedidos a los miembros del personal de servicio de las misiones diplomáticas acreditadas ante el Reino de España;

Dichos privilegios se concederán siempre y cuando se cumplan los criterios establecidos por la normativa nacional y comunitaria para el personal de categoría equiparable del cuerpo diplomático y consular.

13.3. El IICA notificará, por medio del Representante, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Reino de España:

a. El nombramiento y terminación de funciones de su personal acreditado ante el Reino de España; y

b. La llegada y salida definitiva del personal del IICA y asimilados, así como de los familiares a su cargo mencionados en el art. 11.1.e) de este Acuerdo y, en su caso, el hecho de que una persona entre a formar parte o deje de ser miembro de aquella familia.

13.4. Toda controversia entre el IICA y sus funcionarios en España será resuelta de acuerdo con las medidas administrativas internas establecidas en el Reglamento de Personal del IICA. Después del agotamiento de estas medidas, los miembros del personal profesional internacional podrán recurrir al Tribunal Administrativo de la Organización de los Estados Americanos y los miembros del personal local podrán recurrir a los tribunales competentes del Reino de España.

13.5. Debe excluirse de los privilegios mencionados en este artículo a los nacionales españoles o residentes en España con anterioridad a su incorporación al IICA y los que adquieran la nacionalidad española y/o la residencia en España mientras sean funcionarios del IICA.

Art. 14. Inmunidades y facilidades concedidas a los funcionarios del IICA en España.

14.1. Sin perjuicio de cualquier otra inmunidad o facilidad que pueda corresponderles en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, los funcionarios del IICA en España, así como los familiares a su cargo, gozarán de los privilegios, inmunidades, facilidades y exenciones que se señalan en los apartados siguientes.

14.2. Los funcionarios del IICA en España, cualquiera que sea su condición y nacionalidad, gozarán de inmunidad de arresto y de detención e inmunidad de jurisdicción con respecto a las palabras, escritos u otros actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones oficiales, incluso después de dejar de ser funcionarios en activo del IICA.

14.3. Los sueldos, salarios, prestaciones, y todos los emolumentos de los funcionarios del IICA pagados por el Instituto estarán exentos del Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas mientras dichos funcionarios estén en el IICA, siempre y cuando no ostenten la nacionalidad española ni fuesen residentes fiscales en territorio español con anterioridad a su adscripción al mismo. No obstante, estos sueldos y salarios y otros emolumentos se tendrán en cuenta para el cálculo del importe de dicho Impuesto aplicable a los ingresos procedentes de otras fuentes de renta así como para determinar la obligación de presentar o no declaración por dicho Impuesto.

a) A los efectos de lo señalado en el párrafo anterior, se entenderá por residente fiscal en territorio español con anterioridad a su adscripción al Instituto, las personas físicas que hubiesen tenido la consideración de residentes fiscales en España en el ejercicio anterior al de su adscripción o hubiesen permanecido en territorio español con anterioridad a su adscripción durante más de 183 días en el propio ejercicio en el que esta última se produzca.

b) A efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido sólo será procedente la exención para los funcionarios del IICA con estatuto diplomático

que no sean nacionales ni residentes permanentes en España con anterioridad a su incorporación al IICA.

c) La determinación de la residencia fiscal en España de los familiares dependientes de los funcionarios del IICA que presten sus servicios en España, se llevará a cabo de acuerdo con la legislación interna española.

14.4. Los funcionarios del IICA, así como sus familiares dependientes, que no ostenten la nacionalidad española ni tengan la condición de titulares de una autorización de residencia en España, gozarán, además, de:

a. Exención de toda restricción en materia de inmigración y permiso de residencia, así como de todo servicio nacional, civil o militar que las autoridades españolas pudieran requerir de los ciudadanos españoles; en el caso de que alguna de dichas personas precisara de visado de entrada en territorio español según la legislación vigente, éste le será tramitado libre de gastos y en el menor plazo posible;

b. Facilidades de cambio de divisas;

c. Facilidades de ejercer un empleo remunerado en España mientras dure el nombramiento del titular de la acreditación de acuerdo con las condiciones siguientes:

(i) La solicitud de autorización para ejercer el empleo remunerado de que se trate será remitida al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación;

(ii) La solicitud podrá denegarse cuando el empleo esté reservado a los nacionales españoles por motivos de seguridad, ejercicio de funciones públicas o protección de los intereses del Estado; y

(iii) Los privilegios e inmunidades establecidos en el presente acuerdo no serán de aplicación en relación con dicho empleo.

d. Facilidades adecuadas de repatriación en caso de crisis internacional.

[...]

ADOPCIÓN

Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 julio 2014. BOE, 27-III-2015.

[...]

I. Consideraciones generales

Art. 1. Objetivo del Convenio. El objetivo de este Convenio es establecer el marco de cooperación entre las Partes del Convenio para la tramitación y constitución de las adopciones con las debidas garantías, teniendo en consideración el interés superior de los menores y el respeto a sus derechos fundamentales, previniendo la sustracción y el comercio de menores.

Art. 2. Ámbito de aplicación. Este Convenio será de aplicación a los casos de adopción de los menores de 18 años, nacionales y residentes permanentes de una de las Partes del Convenio, por un matrimonio que resida permanentemente en el territorio de la otra Parte del Convenio, siempre que por lo menos uno de los cónyuges sea nacional de ella, (en adelante, candidatos a adoptantes), a condición de que tal adopción sea admisible según la legislación de ambas Partes del Convenio y en particular los candidatos a la adopción reúnan los requisitos de capacidad e idoneidad para adoptar conforme a la legislación de ambas Partes.

Esta última condición será de aplicación tanto a las adopciones como a las reubicaciones a las que se refiere el ap. 2 del art. 13 de este Convenio, que se constituyan a partir de la entrada en vigor del mismo.

Art. 3. Términos utilizados en el Convenio. Los términos utilizados en este Convenio significan lo siguiente:

“Estado de origen”: Parte del Convenio cuya nacionalidad ostenta el menor adoptable, el cual es o era residente permanente en el mismo;

“Autoridad competente para expedir certificados de idoneidad para la adopción”:

De la Parte rusa: Autoridades tutelares del lugar de residencia de los candidatos a adoptantes;

De la Parte española: Cada una de las entidades públicas del Reino de España competente en

materia de adopción y atención a los residentes de la respectiva Comunidad Autónoma del Reino de España;

“Autoridad competente para la constitución de la adopción”:

De la Parte rusa: Tribunal Supremo de la República, Tribunal local, Tribunal provincial, Tribunal municipal de la ciudad de subordinación federal, Tribunal de la provincia autónoma o el del territorio autónomo del lugar de residencia o de la estancia del menor adoptable;

De la Parte española: Los Juzgados de 1.ª instancia y Juzgados de familia de cada una de las Comunidades Autónomas del Reino de España;

“Autoridad competente para efectuar el control de seguimiento de menores adoptados”:

De la Parte rusa: Autoridad tutelar del lugar de residencia de los adoptantes y del menor adoptado;

De la Parte española: Cada una de las entidades públicas del Reino de España competente en materia de adopción y atención a los residentes de la respectiva Comunidad Autónoma del Reino de España, otras organizaciones sin ánimo de lucro por su delegación facultadas para el control de seguimiento de menores adoptados de acuerdo con la legislación española, o entidades autorizadas del lugar de residencia de adoptantes y de menores adoptados;

“Estado receptor”: Parte del Convenio al cual se traslada o trasladará el menor y cuya nacionalidad adquiere una vez adoptado;

“Autoridad regional”:

De la Parte rusa: La autoridad ejecutiva de cada territorio de la Federación de Rusia, con funciones de operador local del banco estatal de datos de los menores desamparados;

De la Parte española: Cada una de las entidades públicas del Reino de España competentes en materia de adopción, con respecto a las personas residentes en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma del Reino de España, dotada de las facultades de autoridad central según lo estipu-

lado en el Convenio de Protección de Menores y Colaboración en Materia de Adopción Internacional del 29 mayo 1993;

“Entidad autorizada”: Autoridad pública o entidad no lucrativa encargadas por una de las Partes del Convenio, autorizada debidamente por la otra Parte del Convenio, según lo establecido en la legislación de las Partes del Convenio, para realizar la actividad adoptiva de acuerdo con lo expuesto en los arts. 7, 8 y 10 de este Convenio;

“Autoridad central”:

De la Parte rusa: El Ministerio de Educación y Ciencia de la Federación de Rusia;

De la Parte española: El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (Dirección General de Servicios para la Familia y la Infancia) del Reino de España;

En caso de modificar las Autoridades centrales, las Partes del Convenio serán informadas por los canales diplomáticos.

Art. 4. Principios de la adopción. 1. Los menores adoptados al amparo de este Convenio y sus descendientes en relación a los adoptantes y a sus familias y los adoptantes y sus familias en relación a los menores adoptados y sus descendientes tendrán iguales derechos y obligaciones que los familiares de origen de acuerdo con la legislación de ambas partes del Convenio.

2. Las Partes del Convenio colaborarán para garantizar que la adopción sea por voluntad libre de los participantes, con estricta observación de la legislación de ambas Partes del Convenio y de la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989.

3. Las Partes del Convenio adoptarán todas las medidas previstas en su legislación para prevenir y poner fin a la actividad ilegal en relación con los menores adoptables, incluyendo la actividad con fines de lucro o destinada a obtener otro tipo de beneficios, secuestro, sustracción, sustitución, comercio de menores, explotación de trabajo infantil, abuso sexual, explotación sexual y cualquier otra que contravenga los fines de este Convenio.

4. La adopción del menor al amparo de este Convenio se realizará sólo en caso de no ser posible ubicarlo para la adopción o educación en una familia adoptiva que pueda garantizarle una educación o adopción en su Estado de origen,

según lo establecido en la legislación de dicho país.

5. Si en el Estado de origen actúan entidades autorizadas del Estado receptor, la adopción del menor al amparo de este Convenio se realizará sólo a través de una de esas entidades.

6. Los familiares del menor (personas reconocidas como tales por la legislación del Estado de origen) pueden adoptarlo sin necesidad de intervención de una entidad autorizada, de acuerdo con el procedimiento establecido en la legislación de las Partes del Convenio.

II. Autoridades competentes y entidades autorizadas

Art. 5. Autoridades centrales. 1. A las Autoridades centrales de las Partes del Convenio les corresponde:

a) Intercambiar información de mutuo interés sobre la legislación en materia de adopción, en particular referente a los requisitos de los adoptantes y menores adoptables, datos de estadística y otra información indispensable para la adopción;

b) Informarse mutuamente sobre el nombre y dirección de las entidades autorizadas, sus facultades y casos de cese de su actividad;

c) Informarse mutuamente sobre la aplicación de este Convenio y tomar las medidas oportunas para resolver las dificultades que surjan durante la aplicación del mismo.

2. La Autoridad central del Estado receptor se compromete, con independencia de los compromisos previstos en el ap. 5 del art. 13 de este Convenio, en tanto que su legislación lo permita, a facilitar a la Autoridad central del Estado de origen, asu solicitud por escrito, la información sobre los casos concretos de adopción, incluyendo los de reubicación de los menores en otra familia. La Autoridad central del Estado de origen garantizará la confidencialidad de la información obtenida y sólo podrá utilizarla a efectos de protección de derechos e intereses legales de los menores adoptados.

Art. 6. Competencia de la Autoridad regional del Estado receptor. 1. A la Autoridad regional del Estado receptor le corresponde:

a) Recibir de los candidatos residentes en su territorio las solicitudes de concesión de certificados de idoneidad para la adopción y de los informes psicosociales;

b) Expedir los certificados de idoneidad para la adopción, acompañando los informes psicosociales, de acuerdo con lo establecido en la legislación del Estado receptor. Dicho certificado de idoneidad garantizará que los solicitantes cumplen las exigencias necesarias para adoptar, establecidas en este Convenio y en la legislación del Estado receptor. El plazo de vigencia del certificado de idoneidad y de los informes mencionados en este apartado, será establecido en la legislación de las Partes del Convenio;

c) Expedir documentación confirmando que los candidatos para la adopción han recibido la preparación necesaria y disponen de la información indispensable para adoptar, en particular, referente a la educación de menores abandonados y a la religión, cultura, ámbito familiar y social del Estado de origen;

d) Supervisar el cumplimiento del compromiso de las entidades autorizadas de llevar el control de seguimiento de los menores adoptados y de remitir los informes de seguimiento y cualquier otra información necesaria;

e) Tomar las medidas oportunas, pudiendo llegar a la suspensión o revocación de la acreditación, respecto a aquellas entidades autorizadas que no cumplan con sus obligaciones referentes al control de seguimiento y al envío de los respectivos informes, siempre que tal obligación les sea encomendada por las Autoridades regionales del Estado receptor. También podrán adoptar estas medidas en los supuestos en que se cometan otras irregularidades en la tramitación de adopciones;

f) En el supuesto de que cesara la actividad de una entidad autorizada, una vez notificada la Autoridad regional del Estado de origen, la Autoridad regional del Estado receptor garantizará el control de seguimiento de los menores adoptados a través de esa Entidad, presentará los respectivos informes y la información sobre esos menores, asistirá a los solicitantes afectados por este cese para que puedan continuar la tramitación de su expediente de conformidad con la legislación del Estado de origen, o bien, encargará estas funciones a otra entidad autorizada.

2. Las competencias contempladas en el ap. 1 del presente artículo pueden cumplirse por otros organismos competentes del Estado receptor, siempre que su legislación lo tenga previsto.

Art. 7. Entidades autorizadas. 1. La competencia de acreditación de las entidades autorizadas de una de las Partes del Convenio en el ámbito de la tramitación de adopciones en el territorio de la otra Parte del Convenio será la definida por la legislación de ambas Partes del Convenio y lo establecido en el mismo.

Puede autorizarse para la intermediación en la adopción en el territorio de una de las Partes del Convenio solamente a las entidades autorizadas por la otra Parte del Convenio, sin ánimo de lucro, oficialmente reconocidas de conformidad con la legislación de ambas Partes del Convenio, que serán dirigidas y administradas por personas de integridad moral, y cuya cualificación profesional no ofrezca dudas, y cuya actividad en el otro país contribuya a la observancia de los derechos del menor. Estas entidades autorizadas deben disponer de estructura correspondiente y de personal altamente cualificado para trabajar en el territorio de la otra Parte del Convenio.

2. La entidad autorizada de una de las Partes del Convenio puede intermediar en el territorio de la otra Parte si dispone de la respectiva acreditación de las Autoridades competentes de ambas Partes del Convenio. Dicha acreditación tendrá validez hasta que sea revocada, o pierda su validez por otras causas previstas en la legislación de las Partes del Convenio.

3. Una entidad autorizada que solicite acreditación en el Estado de origen debe satisfacer las exigencias previstas en la legislación de ambos países.

4. Las Partes del Convenio podrán establecer de manera conjunta el número de las entidades autorizadas.

5. Las entidades autorizadas actúan bajo el control de las Autoridades centrales y/o regionales de ambas Partes del Convenio. Este control se efectúa de conformidad con la legislación de ambas Partes.

6. Las entidades autorizadas deben observar la legislación del país donde efectúen su actividad. Si se detectan irregularidades en la actividad de las entidades autorizadas, el Estado de origen puede exigir del Estado receptor la adopción de

medidas para limitar la actividad de la entidad que ha cometido irregularidades, así como la retirada de la acreditación.

7. En base a la acreditación oficial concedida de forma escrita según lo establecido en la legislación de ambas Partes del Convenio, la entidad autorizada puede asistir a los candidatos a adoptantes en la realización de los trámites correspondientes, de acuerdo con los arts. 8 y 10 de este Convenio.

Art. 8. Competencias de las Autoridades regionales del Estado de origen. 1. La Autoridad regional del Estado de origen, de conformidad con su legislación interna, seleccionará a los solicitantes que estime más idóneos para un menor que debe responder a las condiciones indicadas en el ap. 3 del art. 11 del presente Convenio, tomando en consideración la información del Certificado de Idoneidad y de otros documentos indicados en el art. 10 de este Convenio.

2. La Autoridad regional del Estado de origen, antes de llegar los candidatos a la adopción al Estado de origen, debe remitir a la Autoridad regional del Estado receptor, a través de la entidad autorizada que se encargue de asistir en los trámites de adopción, la siguiente información y documentación del menor adoptable:

- a) Nombre y apellido, sexo, fecha y lugar de nacimiento, foto del menor en el momento de iniciar los trámites de adopción, domicilio habitual;
- b) Situación familiar, ambiente social;
- c) Necesidades y características individuales del menor;
- d) Documentos que confirmen su estado de desamparo;
- e) Informe médico sobre su estado de salud.

3. La Autoridad regional del Estado receptor informará por escrito lo antes posible a la Autoridad regional del Estado de origen, a través de una Entidad autorizada, sobre la conformidad de los candidatos a adoptantes a conocer al menor propuesto, y sobre la confirmación de la conformidad de la Autoridad regional del Estado receptor con los candidatos a adoptantes para seguir los trámites de adopción.

4. Una vez que los candidatos conocen al menor y confirman su conformidad con la adopción de dicho menor, la entidad autorizada deberá

notificar con la mayor celeridad a la Autoridad regional del Estado de origen la conformidad de los candidatos sobre el menor propuesto, y presentar ante la autoridad del Estado de origen competente para la constitución de la adopción, la documentación correspondiente.

III. Legislación aplicable y resolución de la adopción

Art. 9. Requisitos de los adoptados y de los adoptantes. 1. El menor adoptable y los candidatos para la adopción deben cumplir los requisitos de la legislación de ambas Partes del Convenio y lo establecido en el mismo.

2. Es la legislación del Estado de origen la que determina las condiciones necesarias para la adopción de un menor y, en particular, su condición de desamparado y la imposibilidad de la integración del menor en una familia adoptiva o tutelar en el propio Estado de origen.

3. Además de esto, la legislación del Estado de origen establece las personas o autoridades que deben dar su consentimiento para la adopción, entre ellos el propio menor, y la forma de otorgarlo.

Art. 10. Documentación de los candidatos a adoptantes. 1. De conformidad con el procedimiento establecido en el Estado de origen, la entidad autorizada del Estado receptor hará entrega a la Autoridad regional del Estado de origen de la siguiente documentación e información de los candidatos a adoptantes:

- a) Solicitud expresa de adopción, pidiendo información sobre un menor adoptable que les sea asignado;
- b) Datos personales (nombre y apellidos, sexo, fecha de nacimiento, número y otros datos de pasaporte, domicilio), estado civil, entorno social, fotografías de los candidatos a adoptantes. Los candidatos a adoptantes deben otorgar su autorización escrita para la utilización de sus datos personales por las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado receptor en los trámites de adopción;
- c) Certificado de idoneidad de los candidatos para la adopción, expedido por la autoridad del Estado receptor competente para expedir certificados de idoneidad para la adopción;

d) Informes psicológico y social de los candidatos para la adopción, expedidos de acuerdo con la legislación del Estado receptor, si la expedición de los mismos está prevista por la legislación del mismo;

e) Documentación que confirme, en los términos previstos en la legislación del Estado de origen, la situación económica y social de los candidatos a adoptantes, en particular, su estado de salud, ingresos anuales, condiciones de vivienda, entorno social, situación laboral.

2. La entidad autorizada del Estado receptor entrega a la Autoridad competente para la constitución de la adopción del Estado de origen la solicitud de adopción y los demás documentos mencionados en el ap. 1 de este artículo, así como el resto de la documentación prevista en la legislación del Estado de origen, incluyendo los certificados médicos de los candidatos a adoptantes según modelo utilizado en el Estado receptor, confirmando que no padecen enfermedades que les impidan adoptar, de conformidad con la normativa del Estado de origen, y un documento expedido por la autoridad competente del Estado receptor que confirme que al menor adoptado se le autoriza la entrada y residencia permanente en el territorio del Estado receptor.

3. Toda la documentación que se presente para la adopción, debe llevar la apostilla, según establecido en el Convenio del 5 octubre 1961 que suprime la exigencia de legalizar la documentación extranjera oficial. La traducción de esos documentos será compulsada según lo establecido en la legislación de las Partes del Convenio.

Art. 11. Toma de resolución de adopción, su entrada en vigor y reconocimiento en el territorio del Estado receptor. 1. La adopción se efectúa de conformidad con este Convenio y con la legislación de ambas Partes del Convenio.

2. La autoridad competente para la constitución de la adopción en el Estado de origen del menor es la que dicta la resolución de constitución de la misma.

3. La autoridad competente para la constitución de la adopción en el Estado de origen debe comprobar que:

a) El menor está en situación de desamparo y por ello, de conformidad con la legislación de su Estado de origen, puede ser entregado a la tutela

pública o a una familia que lo pueda educar o adoptar;

b) No hay posibilidad de integración del menor en una familia adoptiva o tutelar en su Estado de origen, según lo exige la legislación de ese país y, por lo tanto, puede considerarse la adopción internacional como alternativa, de acuerdo con los arts. 2 y 4 del presente Convenio, y que esta medida de protección corresponde a los intereses del menor;

c) Las personas y las autoridades que deben dar su consentimiento a la adopción han sido informadas de las consecuencias jurídicas de la adopción al amparo de este Convenio en el Estado receptor, y han dado su consentimiento libremente y según la forma prevista en la ley;

d) El consentimiento a la adopción no ha sido obtenido mediante pago o compensación alguna;

e) Si se necesita un consentimiento de los padres biológicos (o del único progenitor), que éste ha sido obtenido posteriormente al nacimiento del menor;

f) El menor ha dado su consentimiento para la adopción, cuando lo exija la legislación de su Estado de origen de acuerdo con su edad;

g) El menor ha dado su consentimiento a la adquisición de nacionalidad del Estado receptor, cuando lo exija la legislación de su Estado de origen de acuerdo con su edad.

4. Una vez firme la resolución de adopción otorgada por la autoridad competente para la constitución de la adopción del Estado de origen, los adoptantes deben recoger al menor adoptado del centro de acogida u otro lugar en el que se encuentre y asumir toda la responsabilidad por su salud y desarrollo, siempre que lo exija la legislación del Estado de origen del menor.

5. La sentencia de adopción del menor dictada por la autoridad competente para la constitución de la adopción del Estado de origen, de acuerdo con el presente Convenio, se reconocerá en el territorio del Estado receptor.

6. El menor obtendrá la nacionalidad del Estado receptor desde la fecha de entrada en vigor de la sentencia de adopción dictada en el Estado de origen y mantendrá la nacionalidad del Estado de origen.

El menor no puede quedar privado de la nacionalidad del estado de origen tanto a solicitud de los padres adoptivos como a solicitud de terceras personas hasta su mayoría de edad.

IV. Control de seguimiento e intercambio de información

Art. 12. Colaboración institucional entre las Partes del Convenio. 1. Las Autoridades centrales y regionales colaboran y asisten a la cooperación de las autoridades de las Partes del Convenio, competentes para la protección de los derechos e intereses legales del menor.

2. Las Autoridades centrales y/o regionales efectúan el control de la actividad de las entidades autorizadas e informan una a otra de cualquier irregularidad que le sea conocida, según el procedimiento establecido en la legislación de las Partes del Convenio.

3. La documentación que van a intercambiar las Autoridades centrales y regionales, se preparará en el idioma del país destinatario, o será acompañada por una traducción a su idioma.

Art. 13. Seguimiento postadoptivo. 1. Las Autoridades del Estado receptor competentes para efectuar el control de seguimiento de menores adoptados, deberán controlar las condiciones de su vida y educación en la familia adoptiva, enviando informes de su desarrollo físico y psíquico, su adaptación a la situación familiar y social nueva y otra información necesaria al respecto, y deberán garantizar que se haga efectiva el alta del menor adoptado en el Consulado del Estado de origen, según exige la legislación de dicho país.

2. En caso de necesidad de reubicación y/o nueva adopción del menor en otra familia, se procederá de acuerdo con la legislación de las Partes del Convenio y con las exigencias del ap. 3 de este artículo.

3. En el caso de que la permanencia en la familia adoptante no responda al interés del menor, la Autoridad regional del Estado receptor deberá:

a) Tomar inmediatamente todas las medidas necesarias para proteger al menor, situándolo en un medio adecuado a las necesidades de un desarrollo armonioso, e informar simultáneamente sobre ello a la Autoridad central y a la respectiva Autoridad regional del Estado de origen;

b) La Autoridad regional del Estado receptor, en consulta con la Autoridad central del Estado de origen, deberá adoptar las medidas necesarias para una reubicación del menor en otra familia con fines de adopción. Ésta sólo podrá tener lugar si la Autoridad central del Estado de origen ha

sido informada debidamente sobre los nuevos candidatos a adoptantes según lo exigido en los incisos b)–e) del ap. 1 y en el ap. 2 del art. 10 del Convenio, y ha dado su consentimiento a la nueva adopción del menor. La Autoridad central del Estado de origen se obliga a comunicar a la Autoridad regional del Estado receptor su decisión sobre la nueva propuesta de reubicación con fines de adopción del menor en una nueva familia, en un plazo no superior a 30 días después de recibir los respectivos datos. La Autoridad competente del Estado receptor dictará la resolución de la adopción del menor de acuerdo con su legislación nacional. Si el menor se entrega a otra familia y es adoptado por ella, los nuevos adoptantes asumirán la responsabilidad de registrar al menor ante la oficina consular del Estado de origen y de conceder la posibilidad de acceso para el control de seguimiento, según la normativa del Estado de origen;

c) En el supuesto de que el interés del menor aconseje su retorno al Estado de origen, la Autoridad regional del Estado receptor tomará dicha decisión, previo acuerdo con la Autoridad central del Estado de origen, y asumirá todos los gastos vinculados con esa situación.

4. Las facultades de la Autoridad central del Estado de origen mencionadas en el ap. 3 del presente artículo pueden ser cumplidas por las Autoridades regionales del Estado de origen, siempre que la legislación del Estado de origen lo tenga previsto.

5. Una vez firme la sentencia de la adopción, la Autoridad regional del Estado receptor informará a la respectiva Autoridad regional del Estado de origen sobre las condiciones de vida y educación del menor adoptado en la familia adoptiva nueva, según el procedimiento y en los plazos establecidos por la legislación del Estado de origen.

6. Si las autoridades competentes para llevar el control de seguimiento en el Estado receptor no cumplen los respectivos compromisos y no remiten a tiempo los informes de seguimiento a las autoridades competentes del Estado de origen según establecido en la legislación del Estado de origen y/o en este Convenio, la Autoridad central del Estado de origen puede suspender la aceptación de solicitudes de adopción de los nacionales del Estado receptor, avisándolo previamente a la Autoridad central del Estado receptor, hasta que sean cumplidos los respectivos compromisos.

7. En los supuestos de reubicación de un menor adoptado con anterioridad a la entrada en vigor de este Convenio serán igualmente de aplicación las disposiciones del presente artículo.

Art. 14. Compromisos del Estado receptor. El Estado receptor se obliga a:

a) Tomar medidas de protección de los menores adoptados al amparo de este Convenio, garantizándoles la misma protección y los mismos derechos que tienen los menores nacionales del Estado receptor o sus residentes permanentes;

b) Asistir a los adoptantes para que cumplan el compromiso asumido según la legislación del Estado de origen, de dar al menor de alta en el registro consular del Estado de origen, y el de posibilitar la entrega de información sobre las condiciones de vida y educación del menor, para que las entidades autorizadas, autoridades competentes del Estado receptor y las oficinas consulares del Estado de origen, obtengan información sobre el menor adoptado;

c) Colaborar con las autoridades competentes del Estado de origen para facilitarles información sobre las condiciones de vida y educación del menor adoptado, y en los casos de anulación de adopción y (o) de reubicación, en una nueva adopción del menor en otra familia;

d) Respecto de las adopciones constituidas antes de la entrada en vigor del presente Convenio, las Autoridades del Estado receptor colaborarán estrechamente con las Autoridades del Estado de origen para transmitir la información que éstas les puedan pedir en casos concretos.

V. Disposiciones finales

Art. 15. Salvedad de lo estipulado en este Convenio con respecto a otros Convenios Internacionales. Este Convenio no afecta a los dere-

chos y a las obligaciones de las Partes del Convenio estipuladas en otros acuerdos internacionales de los que sean Partes.

Art. 16. Entrada en vigor, modificación y solución de controversias. 1. Este Convenio está sujeto a ratificación y entrará en vigor desde la fecha de recepción de la última notificación escrita por la cual las Partes del Convenio se comuniquen el cumplimiento de los requisitos internos necesarios para su entrada en vigor.

2. Los candidatos a adoptantes que en el momento de entrar en vigor este Convenio hayan registrado sus solicitudes ante las Autoridades regionales del Estado de origen, tendrán el derecho a acabar los trámites de adopción de conformidad con el procedimiento anterior.

3. El Convenio tendrá una vigencia de cinco años que será prolongada tácitamente por períodos quinquenales, si ninguna de las Partes del Convenio notifica a la otra, por vía diplomática y con antelación mínima de seis meses a la caducidad del quinquenio, su deseo de terminarlo.

4. Las modificaciones del Convenio se efectuarán por acuerdo escrito entre las Partes del Convenio.

5. Todas las controversias entre las Partes del Convenio respecto a la interpretación o a la aplicación del Convenio, se solventarán por medio de negociaciones entre las Autoridades centrales de las Partes del Convenio. Caso de no llegar a un acuerdo, se solucionarán por vía diplomática.

En confirmación de lo expuesto arriba, suscriben los representantes debidamente autorizados.

Hecho en Madrid, a 9 julio 2014, por duplicado, en idioma español y ruso, siendo ambos textos igualmente auténticos.

ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA PENAL

Acuerdo entre España y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China relativo a la asistencia judicial en materia penal, hecho en Madrid el 15 de noviembre de 2012. BOE, 14-VII-2014.

EXTRADICIÓN

Tratado de extradición entre el Reino de España y la República de Filipinas, hecho en Manila el 2 marzo 2004. BOE, 13-V-2014.

.....

Modificación de las Autoridades centrales en el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre España y la República Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 marzo 1987. BOE, 23-X-2014, corr. err., 31-X-2014.

.....

INMIGRACIÓN

Entrada en vigor del Protocolo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Moldova para la aplicación del Acuerdo entre la República de Moldova y la Comunidad Europea sobre readmisión de residentes ilegales (Protocolo de Aplicación), hecho en Madrid el 22 octubre 2013. BOE, 24-IV-2014.

.....

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

Denuncia del Acuerdo para la promoción y la protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Bolivia, hecho en Madrid el 29 octubre 2001. BOE, 23-IX-2014.

.....

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Senegal para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho *ad referendum* en Dakar el 22 de noviembre de 2007. BOE, 19-III-2015.

.....

Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Bahrein para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Madrid el 22 mayo 2008. BOE, 3-IV-2015.

.....

RECONOCIMIENTO MUTUO DE TÍTULOS Y GRADOS ACADÉMICOS

Acuerdo de reconocimiento mutuo de títulos y grados académicos de educación superior universitaria entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República de Colombia, hecho *Ad Referéndum* en Mar del Plata el 4 de diciembre de 2010. BOE, 8-VIII-2014.

.....

JURISPRUDENCIA

Dirección de José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Comentarios de

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ	Pilar JIMÉNEZ BLANCO
Rafael ARENAS GARCÍA	Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO	Enrique LINARES RODRÍGUEZ
Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS
Eloy GAYÁN RODRÍGUEZ	Crístian ORÓ MARTÍNEZ
Mónica HERRANZ BALLESTEROS	José David ORTEGA RUEDA
Raúl Ignacio RODRÍGUEZ MAGDALENO	

ADOPCIÓN

CERTIFICADO DE IDONEIDAD PARA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

2014–2015/1.– Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 138/2014, de 24 marzo 2014. Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo. RJ\2014\2136.

Adopción internacional.– Adoptantes.– Requisitos.– Idoneidad, vigencia por tres años de la declaración administrativa y los informes psicosociales que la sustentan: transcurso de cinco años: necesidad de una nueva valoración de la situación personal y familiar de los solicitantes con los preceptivos informes previos: segunda resolución de signo contrario a la primera: necesario ofrecimiento de una explicación razonable del cambio de sentido de la resolución administrativa por alteración de las circunstancias consideradas o insuficiencia de los criterios anteriormente aplicados.

Normas aplicadas: Art. 10 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

[...]

Como se recuerda en su exposición de motivos, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, “concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen, ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos”. Esta perspectiva nos recuerda que, siendo muy legítima la aspiración de cualquier persona a la paternidad o maternidad y a satisfacerla mediante la adopción, no es propiamente un derecho subjetivo que se tenga que satisfacer a toda costa, sino que está en función del interés superior del niño, razón por la cual, entre las reseñadas garantías legales se encuentra que los adoptantes gocen de idoneidad y los mecanismos para garantizar que esta idoneidad concurre al verificarse una concreta adopción internacional.

El art. 10.1º LAI concibe la idoneidad como “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional”. A la hora de garantizar una adecuada valoración de esta idoneidad, el ap. 2 del precepto, dispone que debe contarse con “una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional”. Esta valoración, aunque se apoye en criterios o parámetros objetivos o susceptibles de una cierta objetivación, no deja de encerrar una apreciación subjetiva por parte de los técnicos que la realizan. Por esta razón, la norma insta a las autoridades administrativas para que se establezcan criterios homogéneos de valoración que, sin perder de vista que lo importante es el superior interés del menor, eviten disparidades injustificadas.

Si esto se prevé respecto de distintas personas que pretenden acceder a la adopción internacional, con mayor motivo debe reconocerse a las personas, en este caso un matrimonio, que ya han sido declarados idóneos para la adopción internacional y que al renovarse la declaración se someten a una nueva valoración.

Es lógico que tanto la declaración de idoneidad como los informes psicosociales sobre los que se apoya tengan una vigencia determinada, en este caso, el ap. 3 del art. 10 LAI prevé que sea de 3 años,

pues la idoneidad para adoptar no necesariamente se mantiene toda la vida, sino que está condicionada por muchas circunstancias personales, relacionales y externas de las personas que aspiran a adoptar. En este sentido, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando aduce que la idoneidad es algo dinámico. En realidad es algo muy vital, se tiene en un momento y lo lógico es que, mientras no cambien sustancialmente las circunstancias personales y externas, se mantenga, pero se ve afectado por el paso del tiempo y por lo que puede acaecer en la vida de las personas, por diversas eventualidades, unas más previsibles que otras. Como de lo que se trata es de que, cuando menos, al tiempo de formalizarse al adopción, los adoptantes gocen de idoneidad, la ley otorga a la declaración administrativa una validez de tres años, que no impide que durante este tiempo hayan podido producirse “modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes” que pongan en evidencia la pérdida de la idoneidad declarada, lo que lógicamente deberá constatarse por los mismos medios empleados para la declaración y por cualquier otro que pueda servir al efecto.

En cualquier caso, se entiende que el transcurso de los tres años deja sin efecto la declaración de idoneidad y exige una nueva, con los preceptivos informes psicosociales.

En contra de lo que se argumenta en la sentencia recurrida, esta nueva declaración no es una mera actualización, que se limite a constatar que no haya habido un cambio sustancial de circunstancias objetivas relacionadas con la situación personal y familiar de los solicitantes. Debe volver a valorarse, y por lo tanto a constatarse, todo aquello que fue objeto de evaluación para conceder la primera valoración positiva de idoneidad.

2014-2015/2.- Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Cuarta, Sentencia nº 99/2014, de 8 marzo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas. AC\2014\1211.

Adopción internacional.- Idoneidad de los adoptantes: estimación.- Concurrencia de las capacidades necesarias para satisfacer las necesidades específicas del adoptando.- Motivación adecuada.

Normas aplicadas: Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; Ley de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia de 30 junio 2011.

[...]

Tampoco podemos concluir que la sentencia hubiese prescindido del aspecto motivacional en el tema de la idoneidad de los adoptantes a que se refiere la, aunque esta segunda no hubiere sido citada. No se niega, por tanto, la necesidad del estudio psicológico y social para valorar tal idoneidad ni los aspectos o circunstancias a tener en cuenta, entre ellas la existencia de motivaciones y actitudes adecuadas para la adopción, compartidas por los cónyuges o parejas de análoga relación. Pero la conclusión sentenciada es que sí concurriría tal motivación y actitudes, y en fin las capacidades necesarias para satisfacer las necesidades específicas del hijo/a adoptado.

2014-2015/3.- Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia nº 732/2014, de 8 octubre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Olga Casas Herraiz. JUR\2015\52235.

Adopción internacional.- Idoneidad de los adoptantes: estimación.- Informe Psicosocial del Juzgado aprecia en los solicitantes un repertorio de habilidades educativas suficiente y con un estilo de interacción adecuado.- Condiciones suficientes para el ejercicio de las funciones parentales en filiación adoptiva.

Normas aplicadas: Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

[...]

ALIMENTOS**COMPETENCIA PARA RESOLVER UN RECURSO RELATIVO A UNA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS RESPECTO DE UNA PERSONA DOMICILIADA EN OTRO ESTADO MIEMBRO**

2014–2015/4.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 18 diciembre 2014. Asuntos acumulados C–400/13 y C–408/13. Ponente: Sra. C. Toader.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Cooperación en materia civil.– Reglamento (CE) n° 4/2009.– Competencia para resolver un recurso relativo a una obligación de alimentos respecto de una persona domiciliada en otro Estado miembro.– Normativa nacional que establece una concentración de competencias.

Normas aplicadas: Art. 3, letras a) y b) Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

[...]

43. A este respecto, ha de señalarse, por una parte, que, si bien la diferencia de competencia territorial de los tribunales competentes en materia de obligaciones de alimentos supone que, cuando el litigio es de naturaleza transfronteriza, el acreedor de alimentos puede, en determinados casos, tener que recorrer una mayor distancia, no necesariamente sucede así. En efecto, el hecho de que un órgano jurisdiccional conozca de un asunto no implica un desplazamiento sistemático de las partes en cada una de las fases del procedimiento. Por lo tanto [...], para limitar los gastos que llevan consigo los procedimientos regulados por dicho Reglamento, sería conveniente recurrir en la medida de lo posible a las tecnologías modernas de comunicación, en particular al proceder a la audiencia de las partes, ya que estos medios procesales permiten evitar el desplazamiento de éstas.

[...]

45. En efecto, una concentración de competencias como la controvertida en el litigio principal contribuye a desarrollar un conocimiento particular que puede mejorar la eficacia del cobro de los créditos alimenticios, garantizando al mismo tiempo una recta administración de la justicia y sirviendo a los intereses de las partes en el litigio.

46. Sin embargo, no cabe excluir que dicha concentración de competencias restrinja el cobro efectivo de los créditos alimenticios en situaciones transfronterizas, lo que exige un examen concreto, por parte de los órganos jurisdiccionales remitentes, de la situación existente en el Estado miembro de que se trate.

47. De todas las consideraciones anteriores resulta que el art. 3, letra b), del Reglamento n° 4/2009 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece una concentración de competencias judiciales en materia de obligaciones de alimentos transfronterizas a favor de un órgano jurisdiccional de primera instancia competente en el lugar en el que se encuentre la sede del órgano jurisdiccional de apelación, salvo que dicha regla contribuya a la consecución del objetivo de una recta administración de la justicia y proteja el interés de los acreedores de alimentos favoreciendo el cobro efectivo de tales créditos, lo que, en cualquier caso, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

[SOPHIA MARIE NICOLE SANDERS Y DAVID VERHAEGEN (ASUNTO C–400/13) Y BARBARA HUBER Y MANFRED HUBER (ASUNTO C–408/13)]

**RECLAMACIONES DE ALIMENTO AL AMPARO DEL CONVENIO
DE NUEVA YORK DE 20 JUNIO 1956**

2014-2015/5.- Audiencia Provincial de Madrid , Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 416/2015, de 24 abril 2015. Ilma. Sra. D^a. María del Pilar González Vicente. JUR\2015\133396.

Pensión alimenticia a cargo del padre sobre su hija.- Menor de 17 años residente en Suecia con la madre.- Estimación.- Aplicación de lo dispuesto en la legislación sueca, al ser el Estado donde reside la menor.

Normas aplicadas: Convenio de Nueva York de 20 junio 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero; Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

[...]

Valorada toda la prueba obrante, en especial documental, y teniendo en cuenta que es de aplicación lo dispuesto en la legislación sueca, al ser el Estado donde reside la menor, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio de La Haya de 1996, Código de Padres, de la colección legislativa Sueca, SFS 1949 nº 381 (...) y teniendo en cuenta que dispone que los padres responderán de la manutención del hijo según lo que sea razonable tomando en consideración las necesidades del hijo y la capacidad económica de los padres en conjunto, se ha de confirmar la pensión alimenticia establecida en la sentencia, de 150 € mensuales, a la vista de los bienes existentes a nombre del padre, obligado contribuir a las necesidades de la hija menor, los ingresos totales percibidos, y ello aun teniendo en cuenta que tiene otras obligaciones de abonar alimentos de otros hijos, cantidad que deberá abonar mensualmente por meses anticipados, desde la fecha de la presentación de la demanda

LEY APLICABLE

2014-2015/6.- Tribunal Supremo , Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 171/2015, de 23 marzo 2015. Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana. RJ\2015\1156.

Alimentos: ley aplicable.- Divorcio.- Pensión por desequilibrio: procedencia.- Derecho extranjero: aplicación del Código de Familia Búlgaro.

Normas aplicadas: Art. 218.1º LEC.

[...]

En el recurso de casación se alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de este Tribunal sobre alegación y prueba del Derecho extranjero, al no haber aplicado correctamente el Derecho Búlgaro en los términos que resultan del Código de Familia Búlgaro vigente. Cita las sentencias de 4 julio 2006 y 24 junio 2010, que vienen a declarar que cuando se ha acreditado cual es el Derecho aplicable, este no puede ser tratado como un mero hecho, sino que es un conjunto de normas jurídicas que deben ser aplicadas por el juez.

En su desarrollo sostiene que el CFB y su interpretación acreditada por la jurisprudencia búlgara, describe el contenido propio del derecho de alimentos en Bulgaria en el capítulo “manutención”, regulado en los arts. 139 ss, siendo así que la sentencia no ha atendido a las prescripciones legales e interpretativas del Código de Familia, en tanto en cuanto atribuye a la demandante una pensión que denomina alimenticia pero que en Derecho español equivaldría a una pensión compensatoria, no reconocida en el Derecho búlgaro y además lo hace sin cumplir los requisitos que este derecho exige para

su reconocimiento (incapacidad para el trabajo, falta de recursos económicos derivados de inmuebles, rentas, dividendos, etc), incluido el de la culpabilidad. También impugna la cuantía que, según resoluciones del Tribunal Supremo, “no tiene que orientar al mantenido a la vida social inútil, de lujo, es decir, no tiene que estimular el uso de la manutención para fines ajenos a su destino”.

[...]

ARBITRAJE

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS

2014–2015/7.– Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 16/2014, de 30 enero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau. JUR\2014\42492.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Laudo dictado por una árbitra designada por la Cámara Central de Comercio de Finlandia.– Ejecución en España.– Execuátur: si.

Normas aplicadas: Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

[...]

[DIR–AIR OY / SYSTEMAIR PRODUCTS S.A.]

2014–2015/8.– Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto de 28 abril 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio. JUR\2014\156115.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Laudo firme dictado por el Tribunal de Arbitraje Mercantil Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de Rumanía.– Aplicación de la Convención de Nueva York, de 10 junio 1958.– Cumplimiento de los requisitos a los que se refiere el art. IV.– Imposibilidad de verificación de oficio de las causas de oposición que recoge el art. V.1º.– Necesidad de previa denuncia y prueba de su concurrencia. Execuátur: si.

Normas aplicadas: Arts. IV y V.1º Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

[...]

[PRODALCOM GROUP, SRL / PIASA ENGINEERING TRADING, S.A.]

2014–2015/9.– Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 67/2014, de 15 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau. JUR\2014\196691.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Laudo arbitral extranjero dictado en París el 18 agosto 2013 por el árbitro D. Philippe Cavalieros en el procedimiento arbitral nº 18523/CA tramitado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.– Indefensión por no aportar la contraparte al procedimiento documentación original: desestimación.–

Falta del requisito de autenticidad ha de considerarse subsanable.– Falta de constancia de la firmeza del Laudo: desestimación.– Falta de prueba de la justificación de la no obligatoriedad del Laudo.– Contravención del orden público del Laudo: desestimación.– Respeto del conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social económica de España.– Execuatur: si.

Normas aplicadas: Art. V.1º.b y e) Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

[...]

El laudo objeto de solicitud de reconocimiento no ha quedado justificado que carezca de obligatoriedad, conforme lo dispuesto en el art. V.1º e) CNY ; debiéndose añadir que según dictamina el Ministerio Fiscal, citando el art. 28.6º del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el laudo dictado resultaba obligatorio para las partes. Y a ello ha de añadirse, a mayor abundamiento, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 1526 del Código Procesal Francés, la interposición de un recurso de anulación, como sucede en autos, frente a un laudo arbitral dictado en aquel país, no conlleva tampoco su suspensión, con excepción de que fuera expresamente acordada por el Presidente del Tribunal de Apelación, lo que no consta. Nótese que, como indica la mejor doctrina, la razón que justifica la existencia de este precepto – art. V. 1º.e) CNY– muy relacionado con el art. VI CY es dar eficacia al laudo fuera del país en que se dictó, por lo cual, si hubiera sido anulado o suspendido en el país donde se dictó tampoco produciría, en principio, efectos fuera del mismo.

En definitiva, siendo carga de quien alega la justificación de su no obligatoriedad y no habiéndola realizado, constando la misma, procede desestimar el segundo de los motivos de oposición.

Imposibilidad de hacer valer los medios de defensa en el procedimiento para dictar el laudo.

1.– Se invoca como tercer motivo de denegación, el art. V.1º.b) CNY que dispone que procede dicha denegación cuando no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

Para el examen de este motivo de oposición no puede desconocerse que la oponente tuvo siempre noticia del procedimiento arbitral y de su desarrollo, citándosele, no solo para el nombramiento de los árbitros, sino también para el desarrollo de la vista a través de diversas comunicaciones, designándose por a Corte Internacional de Arbitraje, a un árbitro único, ante el que se plantearon todas las cuestiones sobre la resolución del conflicto así como la cuestionada y denominada por dicha oponente como “distribución de costes” que, a su entender, resulta contraria no solamente con el principio de vencimiento objetivo sino también con los propios principios del CCI y de su Reglamento que la desarrolló; añadiéndose que sobre dicho extremo no han tenido oportunidad de debatir, los costes son excesivos e improcedentes por ser cinco veces superior a los presentados por esta parte y supone un 48,5 % del valor del litigio lo cual unido a la desproporcionalidad y arbitrariedad ha comportado el planteamiento de una acción de anulación parcial del laudo.

2.– Al amparo del art. V.1º.b) CNY y la existencia del proceso debido argumentando que se ha quebrantado el derecho a la tutela y se ha producido indefensión en el concreto ap. que se solicita su homologación, se pretende alegar y dar apariencia a un motivo formal que, en lo sustancial, es una cuestión de fondo ajena a la afirmada indefensión y al respeto a la debida contradicción. [...]

Contravención del orden público

[...]

El orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la

protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado.

Sin embargo, lo que no resulta procedente es que dentro del concepto de orden público se pueda hacer valer como motivo de oposición cualquier infracción que se haya producido al motivar su condena en costas y si se ha incurrido en una aplicación incorrecta de las normas de Derecho material o procesal, siempre que se hayan respetado, como sucede en el presente caso, los principios de proceso debido y la efectiva contradicción, sin haberse causado efectiva indefensión. La afirmada infracción, defendida por los oponentes, tiene un cauce distinto que, en su caso, se ha hecho valer con la acción de anulación parcial del laudo pero que, en esta sede, de infracción del orden público, no tiene cabida puesto que los principios constitucionales han sido respetados, como se desprende de lo motivado en el antecedente fundamento.

[...]

Petición subsidiaria de suspensión de la ejecución.

Al amparo de este motivo –art. VI CNY– se establece que “Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el art. V.1º.e) la anulación o la suspensión de la sentencia arbitral, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia, y, a instancia de la parte ... de garantías apropiadas”.

Al respecto, debe tenerse presente que dicha decisión de aplazar la ejecución, se podrá solicitar cuando se haya instado la anulación del laudo, como consta en el caso de autos, pero ello queda condicionado a que: (a) La autoridad competente lo considere procedente, y (b) A instancia de la parte se den las garantías apropiadas, es decir, la correspondiente caución; estimándose por la Sala que no procede el aplazamiento pues la reversibilidad, en su caso, de la condena resulta posible y no se dan razones, aparte de los motivos indicados al amparo del CNY, para su aplazamiento, que han sido rechazados.

Por otra parte, la suspensión, por la interposición de la acción de anulación parcial del laudo, es una facultad discrecional de la Sala que no puede basarse, como sostienen los oponentes en las “especiales circunstancias concurrentes” que serían las que afectan a los denominados “distribución de costes” pronunciamiento que se obtuvo, según se ha podido observar en los precedentes fundamentos, con la sustanciación de un proceso debido y la efectiva contradicción, pero lo que no se permite en estos procesos de ejecución, como venimos reiterando, es revisar el Derecho material o si la motivación del laudo resulta suficiente o adecuada al despacho de ejecución, caso de haberse solicitado, o bien que instada y concluida la ejecución se pidieran los daños y perjuicios correspondientes.

[...]

[IKEA SUPPLY AG / RESINAS OLOT, S.L. Y LORITEX, S.L.]

2014–2015/10.– Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 106/2014, de 19 septiembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enric Anglada Fors. JUR\2014\299881.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.– Laudo arbitral dictado el 18 diciembre 2013 por el Centro de Arbitraje Internacional de Viena de la Cámara de Comercio Austriaca (“VIAC”).– Execuéatur: si.

Normas aplicadas: Arts. IV y V Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

[...]

[HOCHTIEF SOLUTIONS,AG / EQUIP TÈCNIC SANTANDREU,S.A.]

2014-2015/11.- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 14/2015, de 16 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Abril Campoy. JUR\2015\91183.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.- Laudo arbitral dictados por la Corte Internacional de Arbitraje en Londres.- Falta de acreditación de la eventual cesión de los créditos.- Falta de representación del Procurador.- Contravención denunciada al orden público.- Execuátur si.

Normas aplicadas: Arts. IV y V.2º Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

[...]

[BANK OF CYPRUS PUBLIC COMPANY LTD]

RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE UN LAUDO ARBITRAL DICTADO EN UN ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO

Enrique LINARES RODRÍGUEZ *

1. *Planteamiento.* El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid otorgó el reconocimiento a un laudo emitido en la Corte Permanente de Arbitraje por un tribunal arbitral constituido acorde al Reglamento UNCITRAL (el Laudo). Sobre la base del Acuerdo entre el Reino de España y la República Árabe de Siria para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito en Damasco el 20 octubre 2003 y en vigor desde el 14 diciembre 2004 (BOE, 18-II-2005), el Laudo condenó al Estado sirio a pagar a una mercantil española la cantidad de 4.689.905 EUR y 76.428.878,30 SYP, más intereses y costas. Gamesa, favorecida por el laudo, instó su reconocimiento y declaración de ejecutividad en España, por ser un Estado donde –previsiblemente– tendrá bienes la República Árabe de Siria

Lo más destacable del Auto comentado es que ante la falta de comparecencia de la República Árabe de Siria y en vistas del carácter meramente homologador del reconocimiento, el TSJ de Madrid otorgó el execuátur al Laudo verificando únicamente que la decisión arbitral cumplía con los requisitos formales mínimos exigidos por el art. IV del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (en lo sucesivo, CNY). El TSJ de Madrid no entró a considerar ningunas de las causales revisables de oficio, ni motivó tal actitud.

Por otra parte, TSJ de Madrid hizo una clara distinción entre la fase de reconocimiento y la de ejecución propiamente dicha del Laudo. De forma tal que en el proceso de execuátur el Alto tribunal de Madrid no entró en consideraciones referidas a las inmunidades soberanas de los Estados, factores que en su caso sí podrán ser tomados en cuenta en la fase de ejecución forzosa, al adoptarse medidas coercitivas sobre bienes concretos del Estado deudor.

2. *Del Auto.* Aunque la solicitud de reconocimiento del Laudo fue debidamente notificada Siria, el Estado decidió no contestar en plazo, una decisión que perjudicaría fatalmente su defensa. La Embajada de la República Árabe de Siria en Madrid se limitó a enviar al TSJ –por conducto del Ministerio de Justicia– una “nota verbal” en la que alegaba fundamentalmente dos motivos de oposición al reconocimiento del laudo: i) que la diferencia sometida a arbitraje no incumbía a la República Árabe Siria, sino a

* Investigador predoctoral. Departamento de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

la mercantil Gamesa y al Centro Nacional de Investigaciones Energéticas, y ii) que existía juzgada sobre el objeto del arbitraje, al haberse pronunciado los tribunales Sirios mediante sentencia firme y contraria a Gamesa, la cual ya estaba en fase de ejecución en Damasco. La mercantil Gamesa se opuso a estas alegaciones de adverso, sobre la base de que ninguno de los motivos esgrimidos era una causal de denegación del reconocimiento acorde al art. V CNY de 1958 y que la naturaleza homologadora del executur impedía el examen del fondo de la controversia. En el mismo sentido, favorable al executur del laudo extranjero, se pronunció el Ministerio Fiscal.

3. *Análisis de la validez formal del laudo.* La primera valoración – y en realidad, la más profunda realizada por el TSJ de Madrid–, fue el análisis del cumplimiento por el Laudo de los requisitos formales exigidos por el art. IV CNY como parte de la concesión del reconocimiento, y que se limitan a la presentación, junto con la demanda, de dos instrumentos: (i) el original o copia autenticada –legalizada o apostillada– del Laudo y (ii) el original o copia autenticada –también legalizada o apostillada– del convenio arbitral en los términos descritos en el art. II. Ambos instrumentos deberán acompañarse, en su caso, de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca el Laudo.

Previo al examen del contenido del Auto, es necesario precisar como ha venido haciendo la jurisprudencia (AATS 1ª 1 y 8 febrero y 11 abril 2000 y 4 marzo 2003), dos puntos fundamentales para el reconocimiento en España tanto de laudos dictados en arbitrajes comerciales internacionales, como de que versando sobre una controversia inversor–Estado, no han sido dictados en el seno del CIADI. Primero, que el art. 46 LA, establece una incorporación por referencia del CNY, el cual presenta para España un carácter universal, al no haber efectuado el Estado reserva alguna cuando se adhirió a la Convención, como se prevé en su art. I; los tribunales españoles emplearán el CNY de 1958 para reconocer los laudos arbitrales procedentes de cualquier país, con independencia de si es un Estado firmante o no del texto convencional. La adhesión de España al CNY tuvo lugar mediante instrumento de 12 mayo 1977 (BOE, 12–VII–1977), entrando en vigor la Convención para el Estado el 10^{agosto} 1977. Y segundo, que el CNY condiciona la obtención del executur no sólo a la verificación de los mencionados requisitos formales establecidos en su art. IV, sino también al carácter arbitrable de la controversia (art. V.2º.a) y al respeto al orden público (art. V.2º.b), los cuales deben ser examinados de oficio; previendo además, unas causales de denegación del reconocimiento alegables a instancia de parte y establecidas taxativamente en su art. V.1º, en las que se desplaza hacia la parte opuesta al executur la carga de probar su concurrencia.

En lo que respecta concretamente a la verificación de los requisitos formales del art. IV CNY, la doctrina mayoritaria considera que el laudo deberá ostentar tanto la regularidad formal en origen, como la regularidad formal requerida en el Estado de reconocimiento, donde deberá cumplir con el trámite de legalización.

En cuanto a la aportación del convenio arbitral, es necesario tener presente que el laudo cuyo reconocimiento pretendía Gamesa fue dictado en un arbitraje en materia de protección de inversiones, también llamado arbitraje unilateral, donde el procedimiento se inicia a instancias del inversor, que manifiesta así su consentimiento al mecanismo arbitral [J.C. Fernández Rozas, “El arbitraje internacional y sus dualidades”, *Anuario Argentino de Derecho internacional*, XV, 2006, pp. 1–24. El autor expresa que este rasgo particular hace que un sector doctrinal le denomine también “arbitraje transnacional unilateral” o “arbitraje sin vínculo contractual”. En países de habla inglesa es conocido como arbitraje *without privity*. El consentimiento del inversor se entiende otorgado cuando este activa el mecanismo del arbitraje, B. Cremades y D. Cairns, “El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2002, pp. 29–30]. El Estado en cambio, se entiende que ha prestado previamente su consentimiento con la suscripción del APPRI correspondiente, en este caso, el suscrito con España en el año 2003, mediante el cual la República Árabe de Siria ofreció a los inversores españoles, con carácter diferido, el recurso al arbitraje. Por esta razón, Gamesa presentó ante el TSJ de Madrid, junto a la demanda de reconocimiento: (i) copia auténtica del Laudo, con traducción certificada, y (ii) los documentos normativos en que se amparó el procedimiento arbitral, entre los que se encontraba el APPRI Siria–España, cuya cláusula 11 prevé el arbitraje *ad hoc* acorde al Reglamento UNCITRAL

como una de las vías de solución de conflictos a elección del inversor; Gamesa aportó también el Decreto Legislativo 8/2007, mediante el cual el Estado sirio aceptó el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas inversor-Estado.

Ante la falta de objeción de la República Árabe de Siria a los documentos presentados de adverso, el TSJ de Madrid otorgó plena fuerza probatoria a la aportación de copia simple de los documentos acreditativos del convenio arbitral, según lo permitido en el art. 268.2º LEC para los documentos privados. Y es que una vez presentada por la parte solicitante la documentación exigida por el art. IV CNY, la práctica jurisprudencial española además de establecer el carácter subsanable del cumplimiento de los requisitos de autenticidad (ATS 1ª 4 marzo 2003, ha desarrollado una interpretación amplia de tales preceptos en los supuestos en que haya quedado clara la voluntad inequívoca de las partes de someter sus controversias a arbitraje (AATS 1ª 17 abril 1998; 31 julio 2000 y 26 febrero 2002), como ha sucedido en el presente caso.

4. *Tratamiento de las causales de denegación.* Como se ha mencionado, además de la documentación formal exigible en virtud del art. IV CNY, la Convención establece en su art. V unas causales de denegación del reconocimiento. La doctrina suele explicar los motivos de denegación del executur en dos grupos: (i) aquellos que han de ser invocados y probados por el demandado en el proceso de reconocimiento (art. V.1º), en los que se incluyen la inexistencia o nulidad del convenio arbitral, la garantía de los derechos de las partes, la incongruencia entre el contenido del laudo y el del convenio arbitral, la irregularidad en la constitución del tribunal arbitral o en el procedimiento y el carácter no obligatorio del laudo; y (ii) aquellos otros motivos que son apreciables de oficio por el tribunal del foro (art. V.2º), en los que se encuentran la inarbitrabilidad de la controversia y la contrariedad del laudo con el orden público.

Estas condicionantes, que implican un control del laudo por parte de los tribunales internos, no existen en el sistema autónomo del CIADI, cuyos laudos constituyen título ejecutivo en el territorio de todos los Estados contratantes de la Convención de Washington de 1965 una vez verificada la autenticidad de la decisión arbitral, sin necesidad de executur [Vid. La ejecución en España del laudo arbitral dictado en el asunto *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende/República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2)]. El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid, de 6 marzo 2013, consideró el laudo al CIADI como un título ejecutivo, sin necesidad de executur previo; decisión disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1338.pdf>. Sin embargo, el CIADI también puede administrar arbitrajes en materia de inversión bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario. Ello tiene lugar cuando una de las partes no sea un Estado contratante de la Convención de Washington de 1965 o no se trate de un nacional de un Estado contratante. En tales supuestos, el laudo emitido se reconocerá y ejecutará a través de otros mecanismos, como la CNY.

En todo caso, existe consenso en aceptar que el reconocimiento del laudo acorde al CNY 1958 parte del principio de ausencia de revisión en cuanto al fondo y bajo una presunción de validez y eficacia de la decisión arbitral. En este sentido, M. Gómez Jene, sostiene acertadamente que esta presunción del CNY se concreta en (i) el limitado número de motivos de denegación del executur, (ii) la inversión de la carga de la prueba sobre el demandado en el procedimiento del executur (iii) la concesión de un amplio margen de discrecionalidad al juez que conoce del reconocimiento y la ejecución, y en (iv) permitir expresamente el executur del laudo recurrido. Sin embargo, este último punto –traído a colación en virtud del art. VI CNY – si bien puede favorecer el reconocimiento efectivo del laudo, lo cierto es que dependerá de la ley del foro concreto y puede generar la existencia de decisiones contradictorias si en el Estado de origen finalmente se anula el laudo (cf. “Executur del laudo suspendido en el Estado de origen”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. III, nº1, 2010, pp. 86 ss). Y este fue precisamente el razonamiento seguido por el TSJ Madrid, haciendo énfasis en la naturaleza meramente homologadora del reconocimiento, para “dejar valer” el Laudo en España [Vid. M. Virgós Soriano y F. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2007, pp. 555 ss; y doctrina del Tribunal Constitucional establecida, entre otras, en SS 54/1989 de 23 de febrero, 132/1991 y 9/2005 de 12 de enero. Vid. M. Virgós Soriano y F.

Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2007, pp. 555 ss; y doctrina del Tribunal Constitucional establecida, entre otras, en sentencias 54/1989 de 23 de febrero, 132/1991 y 9/2005 de 12 de enero]. El Alto tribunal de Madrid en este sentido rechazó entrar a valorar las condicionantes contenidas en el art. V.1º CNY ante la falta de alegación de la República Árabe de Siria al respecto, que como hemos visto no compareció, ni en tiempo ni en forma, para contestar a la demanda de reconocimiento. En cuanto a los motivos de denegación contenidos en el art. V.2º, apreciables de oficio, el Auto no entró a analizar su concurrencia o no y únicamente los menciona para destacar que “la materia es arbitrable y el laudo no es contrario al orden público”. Lo cual ciertamente no constituye una práctica habitual en la jurisprudencia (cf. AATSJ Cataluña nº127/2011, de 17 de noviembre y del TSJ Comunidad Valenciana nº 3/2012, de 10 de febrero, entre otros), a no ser que los motivos del art. V.2º hayan sido específicamente alegados por la parte que se opone al executur o que sea apreciable su concurrencia para preservar determinados ámbitos materiales del ordenamiento en los que está presente un especial interés del Estado. De esta forma, ante la falta de oposición por parte del Estado y destacándose la naturaleza simplemente homologadora del executur, el laudo se reconocería prácticamente por el hecho de cumplir los requisitos mínimos de validez formal, dándole vía libre a la Gamesa para el inicio de un procedimiento de ejecución ante los tribunales de primera instancia competentes.

5. *Rechazo de los argumentos de oposición de la República Árabe de Siria.* Los argumentos de oposición al reconocimiento esgrimidos por la República Árabe de Siria mediante “carta verbal”, fueron íntegramente rechazados por el TSJ de Madrid. Frente a la alegación del Estado condenado de que la diferencia sometida a arbitraje no incumbía a la República Árabe Siria, el Alto tribunal de Madrid determinó que las partes eran las mismas tanto en el arbitraje como en el proceso de reconocimiento: Gamesa y la República Árabe de Siria. Frente a la alegación del demandado de que los tribunales Sirios ya habían dictado sentencia firme contra Gamesa, el TSJ de Madrid sostuvo que la jurisdicción del tribunal arbitral para conocer de la controversia fue una materia abordada y resuelta en el propio seno del procedimiento arbitral.

En esencia, la oposición de Siria al reconocimiento del Laudo estuvo dirigida a entrar en cuestiones de fondo (legitimación pasiva y jurisdicción) que ya habían sido decididas por el Tribunal arbitral en su momento, y cuyo control no correspondía a los jueces que estuvieran conociendo del reconocimiento. En todo caso, lo cierto es que las alegaciones del Estado sirio no podían ser acogidas, por el mero hecho de que no se correspondían con ninguna de las causales de oposición previstas en el CNY.

6. *No tratamiento de la inmunidad soberana en la etapa de reconocimiento.* De forma acertada, el TSJ de Madrid evitó hacer referencia alguna a cuestiones de inmunidad soberana que pudiesen afectar su jurisdicción para conocer del procedimiento de executur contra la República Árabe de Siria. Sin embargo, sería interesante seguir la ejecución forzosa del Laudo ante el juzgado de primera instancia competente (arts. 44 y 8.4º LA y 545 LEC), en cuyo caso, el Estado sirio sí podría alegar su inmunidad de ejecución en dependencia de los bienes concretos designados para embargo por la ejecutante. En este sentido, ante la falta de normativa específica vigente, cobrarán gran importancia tanto la práctica de los tribunales españoles sobre la inmunidad soberana, como la Convención de la ONU de 2004 sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes (suscrita por España), que a pesar de no estar aún en vigor, ha sido reconocida como parte del Derecho consuetudinario internacional.

7. *Conclusiones.* El TSJ de Madrid hizo énfasis en la naturaleza meramente homologadora del reconocimiento de los laudos extranjeros, respetando la improcedencia de la revisión del Laudo en cuanto al fondo y el principio *favor recongnitis*, reglas esenciales del sistema del CNY. Sobre esta base, y ante la falta de alegación por la República Árabe de Siria de las causales de denegación del executur previstas en el art. V.1º CNY, el Auto terminó reconociendo la decisión arbitral una vez verificado el cumplimiento de requisitos mínimos de validez formal, con un grado laxo de exigencia cual si de un laudo CIADI se tratase, que no era el caso.

Obtenido el reconocimiento del Laudo, Gamesa deberá instar un procedimiento de ejecución propiamente dicha ante los tribunales de primera instancia competentes.

El Auto hizo bien en no abordar cuestiones de inmunidad soberana en la etapa de reconocimiento, al ser incuestionada la jurisdicción del TSJ de Madrid para conocer del executur y al tratarse este, de un procedimiento en el que solo se pretende dejar valer el Laudo en España. Sin embargo, sería interesante seguir la ejecución forzosa de la decisión arbitral, etapa en la cual el Estado sirio sí podría alegar su inmunidad de ejecución en dependencia de los bienes concretos designados para embargo.

2014-2015/12.- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto nº 24/2014, de 26 septiembre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Susana Polo García. AC/2014\2022.

Laudo arbitral pronunciado en el extranjero.- Arbitraje de inversiones.- Arbitraje Uncitral.- Laudo dictado por el Tribunal Arbitral compuesto por L. Yves Fortier (Presidente), Fathi Kemiha y Carita Wallgren-Lindholm.- Cumplimiento de los requisitos formales que exige el art. IV del Convenio de Nueva York: plena fuerza probatoria del documento aportado.- Carácter innecesario de la “apostilla” regulada en el Convenio de La Haya.- Demandada no personado en el procedimiento.- Executur: si.

Normas aplicadas: Art. IV Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958; Acuerdo entre el Reino de España y la República Árabe Siria para la promoción y protección recíproca de inversiones, hecho en Damasco el 20 octubre 2003.

[...]

La demandada no se ha personado en el procedimiento, ni ha formulado, por tanto, alegaciones sobre de las causas de impugnación previstas en el art. V del Convenio citado y que han sido transcritas en el anterior razonamiento jurídico.

Además, en la “carta verbal” remitida por el Ministerio de Justicia, vía comisión rogatoria, solo se alega que la diferencia es entre Gamesa y el Centro Nacional de Investigaciones Energéticas y no con la República Árabe Siria, lo cual no es cierto, pues tal y como se desprende del Laudo cuyo reconocimiento se pretende, las partes, en el procedimiento arbitral han sido Gamesa Eolica, S.L., sociedad constituida al amparo de la legislación española, como demandante, y la República Árabe Siria, como demandada, siendo las personas de contacto de la misma, el Ministro de Electricidad de Siria, el Director General del Centro Nacional de Investigaciones en Energía de Siria, y el Embajador de Siria en España, en consecuencia en este procedimiento, de reconocimiento de laudos arbitrales dictados en territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución, las partes deben ser las mismas que en el procedimiento arbitral, por lo que relación jurídico procesal ha sido constituida correctamente.

En la nota verbal, también se hace referencia, a que las autoridades sirias judiciales especializadas ya fallaron sobre esta demanda, según el contrato controvertido con la empresa Gamesa, y que el fallo alcanzó el grado de definitivo después de rechazar las impugnaciones presentadas por la empresa, y que se encuentra en proceso de ejecución por el juzgado lo civil en Damasco. En este aspecto, debemos poner de relieve, que el citado tema, sobre la jurisdicción aplicable, y en concreto las alegaciones de la demandada sobre que las partes nunca acordaron resolver los litigios mediante procedimiento arbitral, sino mediante la intervención de los Juzgados de la Administración de Siria, es analizado de forma pormenorizada por el Laudo Arbitral, tanto desde el punto de vista de si el demandante es inversor, e hizo la inversión en territorio sirio conforme al tratado –extremo no revisable por éste Tribunal, pues se trata de una cuestión sobre el fondo de la controversia–, como si las pretensiones de la demandante son admisibles por el Tribunal, llegando a la conclusión de que Gamesa tiene la condición de inversor, que la inversión se hizo en territorio sirio, afirmando que el derecho sirio permite solicitar arbitraje a cualquiera de las partes en litigio, en este caso la demandante, conforme al art. 7 a) de la Ley de Promoción

de Inversión, y que esta Ley es aplicable, pues el Proyecto de Qatineh, sobre energías renovables es el tipo de proyecto a que hace referencia la misma (Ap. VIII A. del Laudo Arbitral).

En consecuencia, estimamos que concurren en el Laudo las condiciones para que el mismo tenga eficacia en España, el Laudo es obligatorio para las partes, la materia es arbitrable y el reconocimiento llevado a cabo no infringe el orden público y, los únicos requisitos formales exigibles para el reconocimiento de laudos extranjeros, son los anteriormente indicados en el segundo fundamento, por cuanto están dirigidos a acreditar los dos elementos esenciales para la eficacia en España de la resolución arbitral: la propia existencia del laudo y la del convenio arbitral que motivó la decisión arbitral, que en este caso concurren, tal y como hemos analizado, por lo que procede reconocer la eficacia en España del citado laudo arbitral, con total estimación de la demanda formulada al afecto.

[GAMESA EÓLICA, SLU / REPÚBLICA ÁRABE DE SIRIA]

DECLINATORIA ARBITRAL INTERNACIONAL

2014-2015/13.- Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Tercera, Sentencia nº 91/2015, de 19 marzo 2015. Ponente: Ilma. Sra. M^a Josefa Ruiz Tovar. AC\2015\459.

Declinatoria arbitral internacional.- Admisión.- Sumisión a arbitraje internacional: criterio antiformalista.- Arbitraje GAFTA de Londres - Separación del convenio arbitral del contrato en el que está inserto.- Determinación por el tribunal arbitral de su competencia.- Aplicación del Convenio de Nueva York como norma de conflicto: aplicación del Derecho inglés.

Normas aplicadas: Arts. 9.3º, 11.2º y 22.1º LA; art. II Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

Ley Arbitral Española recoge el principio de separabilidad de la cláusula compromisoria en el art. 22.1º, esto es se “considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones, que se reproduce en el art. 16.1º Ley modelo Uncitral. El principio de la separabilidad del pacto compromisorio tiene por objeto primordial, permitir que los árbitros se pronuncien sobre la validez de la cláusula (El Tribunal arbitral inglés ha indicado en su decisión que ha incumplido el compromiso arbitral la actora), y a su vez el principio reseñado hace posible el también “principio competencia de la competencia” (Kompetenz-Kompetenz), que la Ley Arbitral Española establece claramente también en el art. 22.

Es la propia actora, la que dentro de su oferta final introduce el compromiso arbitral vía condiciones generales.

La exposición de motivos de la Ley de Arbitraje vigente contempla la regla de la separabilidad del convenio arbitral, respecto al contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal, siendo uno de los pilares fundamentales de la funcionalidad del arbitraje.

Estamos ante un arbitraje internacional del art. 3 nº 1 a), y el art. 9 en cuanto a su forma y contenido, no exige que esté firmado por las partes, sino que de acuerdo también con lo establecido en el Convenio de Nueva York, bastará que consta “en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”.

En efecto, el Convenio de Nueva York de 1958 regula los efectos negativos del convenio arbitral, sobre la competencia del Juez Nacional en el art. II.3º. El Juez es incompetente sobre el fondo, pero parcialmente competente para resolver la validez de la cláusula. El art. II.3º ordena al juez nacional remitir el asunto al arbitraje convenido, a menos que se pruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. El art. II del Convenio determina que el intercambio de correspondencia es suficiente para acreditar el compromiso arbitral.

La Ley actual de 2003 suprimió la exigencia del art. 5.º1 de la anterior LA/1988, de expresar la voluntad “inequívoca” de las partes de sometimiento y de expresar la obligación de cumplir tal decisión, dejando claro las SSTs 6 febrero y 9 mayo 2003, que tanto el art. 6.2º LA/1988 como el art. II.2º VNY, “lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje”, siendo destacables las sentencias las recientes del T.S. que se pronuncian contra las fórmulas sacramentales, como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje (STS 1 junio 1999, 13 julio 2001 y 18 marzo 2002), y a favor en cambio del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el art. 3.2º LA/1988 (STS 13 marzo 2001).

De igual forma los autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 15 y 29 marzo 2012, establecen que es doctrina reiterada (AATS 17 abril 1998, 31 julio 2000, 13 noviembre.2001, 26 febrero 2002 y 7 octubre 2003, entre otros) que en esta materia predomina un criterio antiformalista, de modo que si el CNY exige la forma escrito lo es a efectos de que quede constancia de la existencia del pacto, pudiendo resultar el convenio arbitral de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación más modernos que dejen constancia del acuerdo. De esta forma, como criterio interpretativo del párrafo 2 del art. II CNY aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 7 julio 2006, conforme a la cual, considerando lo extendido del comercio y de las comunicaciones electrónicas, el art. II ha de interpretarse en el sentido de que los mecanismos allí recogidos no son exhaustivos sino que deben incluirse entre los medios aptos para acreditar el acuerdo, la comunicación electrónica. Lo que por otra parte admite ya el art. 9.3º Ley de Arbitraje española

Más aún, la jurisprudencia española ha admitido la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje predispuestas en contratos de adhesión celebrados entre empresarios, por ser tales cláusulas como su propio contenido usuales en el comercio marítimo (ATS 28 marzo 2000, 26 febrero 2002...etc). Igualmente el ATSJ Catalán 15 marzo 2012, el cual menciona a su vez el del TS 31 mayo 2005, establece “el hecho de que la cláusula de sumisión a arbitraje venga contenida en una estipulación incluida en un conjunto de condiciones generales, a las que se remite en bloque el contrato suscrito por las partes, y del que pasó a formar parte como un anexo al mismo, no es bastante para considerarla ineficaz”, cuando se trata de empresarios; y tampoco cabe dudar de la habitualidad o generalización de arbitrajes de este tipo, como señala la STS 23 julio 2001, y en materia marítima las de 6 febrero y 9 mayo y 3 julio 2003, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como urgente solución de los conflictos, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales.

Mal puede tomarse por la demandante–apelante del documento referido, lo que le favorece y dejar lo que aparentemente le disgusta, competencia del Tribunal Arbitral.

En las condiciones generales quiérase o no aparece la sumisión a arbitraje uso habitual en el tráfico mercantil, que ella asumía. Aunque el Convenio de Nueva York no soluciona expresamente el problema hoy planteado, actuación en paralelo del Tribunal Arbitral y la Jurisdicción ordinaria, se estima que debe darse primacía al Convenio arbitral, en base al principio pacta sunt servanda, so pena de convertir al incumplidor del mismo, por el hecho de haber planteado primero el juicio declarativo, en el elector de quién debe dar respuesta a la cuestión de fondo planteada.

Aunque el art. 11.2º de la Ley Arbitral española indica que la declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales; de conformidad con el art. 11.1º, el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitrajes.

La preferencia entre el arbitraje y el proceso judicial, no es por ello una cuestión temporal, sino que debe prevalecer el arbitraje, máxime cuando el propio Tribunal de GAFTA ha indicado que la actora la incumplió, y solo inadmite su competencia en base al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, que no tenían el carácter de firmes. Se infringió así por el auto apelado el art. 9 y el art. 11.1º Ley de Arbitraje española, (Reformada por la Ley 11/2011, de 20 de Mayo) que obliga a las partes a cum-

plir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje” siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”.

En definitiva aunque se tratase de condiciones particulares de venta de la actora, tratándose clarísimamente de una cláusula arbitral que podrían ser incluidas en condiciones generales de la contratación, si lo que se pretende por la actora es negar la validez del convenio arbitral porque no fue firmado, de acuerdo con el Convenio de Nueva York a aplicar como verdadera norma de conflicto, no lo ha conseguido, siendo la misma la que va en contra de los actos propios, cuando propuso ella el arbitraje.

Finalmente nótese que tampoco estamos a priori ante una Resolución de un Tribunal Arbitral firme, sino que conforme a la Ley Inglesa de 1996, cabría recurso contra la sentencia en los casos de incompetencia (art. 67.1º.a) a través de la anulación, pronunciada por el Tribunal Arbitral inglés por razón de su competencia.

Por lo demás, la recurrida no puede invocar normas de Derecho interno para sustraerse del convenio arbitral, debiendo acudir al convenio de Nueva York ratificado por las partes.

La demandada nunca renunció de forma expresa al arbitraje, sino que planteó ab initio la declinatoria ante el procedimiento iniciado en España, y al no ser conforme a sus intereses la resolución de tal declinatoria acudió a GAFTA.

No estamos tampoco ante un supuesto de ineficacia sobrevenida que privaría a lo actuado de ejercer su derecho en GAFTA, menos aún por la existencia de negociaciones previas que no le impedirían acudir a GAFTA.

El efecto del recurso necesariamente debe conducirnos a revocar los autos dictados por el Juzgado el 28 noviembre 2012 y 15 marzo 2013, que desestimaron la declinatoria y reposición, con consiguiente nulidad de todo lo actuado, incluida la sentencia, al estimar la declinatoria interpuesta por falta de competencia del Tribunal español, debido a la existencia de cláusula arbitral internacional, con nulidad de todo lo actuado ulteriormente, incluida la sentencia.

[ECOAGRÍCOLA S.A. / UNIÓN INVIVO—UNIÓN DE COOPÉRATIVAS AGRÍCOLES]

ORDEN CONMINATORIA DICTADA POR UN TRIBUNAL DIRIGIDA A IMPEDIR LA INCOACIÓN O LA CONTINUACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO ANTE UN ÓRGANO JURISDICCIONAL DE OTRO ESTADO MIEMBRO DE LA UE

Rafael ARENAS GARCÍA *

1. La Sentencia *Gazprom* es singular. En primer lugar, surge como una duda que, en principio, no debería ser tal si se consulta la normativa relevante, el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En segundo término, la auténtica “bomba” del asunto no se encuentra en la sentencia (que acaba concluyendo lo que parece evidente) sino en las Conclusiones del Abogado General, que se extienden a una cuestión que no afecta al caso, pero que podría plantearse en el futuro.

A continuación nos ocuparemos de ambas perspectivas: lo que dice la Sentencia y lo que se plantea en las Conclusiones del Abogado General.

2. La decisión del Tribunal de Luxemburgo da respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Lituania en relación al reconocimiento en este país de un laudo arbitral dictado en Estocolmo. El contenido del laudo es la prohibición de que una de las partes pueda formular determinadas pretensiones ante los tribunales y el Tribunal Supremo de Lituania duda sobre si el Reglamento

* Catedrático de DIPr. Universidad Autónoma de Barcelona.

44/2001 despliega algún efecto en relación al reconocimiento de dicho laudo, bien impidiendo dicho reconocimiento o imponiéndolo.

Como se adelantaba, la consulta del art. 1 Reglamento 44/2001 debería ser suficiente para obtener una respuesta directa y sencilla a la pregunta planteada. Como es sabido, el art. 1.2º del Reglamento indica que “Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento: (...) d) el arbitraje”. Ciertamente, la exclusión del arbitraje puede plantear algunas dudas; así en lo que se refiere al reconocimiento en un Estado miembro de decisiones judiciales dictadas en otro Estado miembro pese a existir una cláusula compromisoria relevante para el asunto finalmente decidido por tribunales estatales (*vid.* P. Schlosser, “Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia”, DO C 189 de 28.7.1990, pp. 184-256, p. 202); o también en relación a procesos judiciales relacionados con el arbitraje [nombramiento de árbitros, por ejemplo, *vid.* STJ (Pleno) 23 julio 1991, as. C-190/89: *Marc Rich & Co. AG c. Società italiana impianti pA.*]. También podría plantearse la forma en que la excepción afecta a la solicitud de medidas cautelares en relación a un procedimiento arbitral [*vid.* STJ (Gran Sala) 17 noviembre 1998, As. C-391/95: *Van Uden Maritime BV*]. Ahora bien, estas dudas difícilmente podrían alcanzar al reconocimiento en un Estado miembro de un laudo arbitral dictado en otro Estado miembro. Parece natural entender que el contenido mínimo de la exclusión del arbitraje incluye la eficacia extraterritorial de decisiones arbitrales. Esta primera impresión derivada de la mera lectura del art. 1 del Reglamento se confirma con la constatación de que lo que se pretendía con la exclusión del arbitraje era impedir que el Convenio de Bruselas de 1968 (antecedente del Reglamento 44/2001) interfiriera con el Convenio de Nueva York de 1958, un instrumento que, precisamente, tiene como objeto regular la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales. La exclusión del Convenio en relación al reconocimiento de laudos arbitrales se encuentra explícitamente recogida en el Informe Jenard al Convenio de Bruselas (P. Jenard, “Informe sobre el Convenio de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, DO C 189 de 28.7.1990, pp. 122-179, p. 134: “El Convenio no se aplicará ni en lo que se refiere al conocimiento y ejecución de los laudos arbitrales”). El reconocimiento de un laudo arbitral no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento y, por tanto, éste de ninguna forma incide en el procedimiento de reconocimiento. Tan fácil como esto.

Las cosas, sin embargo, no son tan sencillas, tal como reconoce el Abogado General en sus Conclusiones. En el nº 87 de estas afirma textualmente: “si ello fuera tan sencillo, el Tribunal de Justicia no habría declarado incompatible con el Reglamento Bruselas I la *anti-suit injunction* que fue objeto de su sentencia Allianz y Generali Assicurazioni Generali”. En aquel caso [más conocido, aunque impropia-mente, como *West Tankers*, STJ (Gran Sala) de 10 febrero 2009, As. C-185/07, *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA y West Tankers Inc*] se planteaba la compatibilidad con el Reglamento 44/2001 de una decisión judicial adoptada por un tribunal británico en auxilio de un procedimiento arbitral y en la que se prohibía que las sociedades demandadas litigasen ante un órgano jurisdiccional diferente del tribunal arbitral. Esta orden afectaba a un procedimiento abierto entre las partes en Italia en relación a las materias objeto del arbitraje.

En la Sentencia *West Tankers* el Tribunal de Luxemburgo mantuvo que el procedimiento en el curso del cual se planteaba la cuestión prejudicial se encontraba fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, ya que era auxiliar respecto a un arbitraje; sin embargo, a la vez sostuvo que la orden adoptada por el juez británico era incompatible con el Reglamento al afectar a la competencia del tribunal italiano. Concluyó que la decisión británica perjudicaba al efecto útil del Reglamento al limitar la posibilidad de que el juez italiano se pronunciase sobre su competencia en relación al asunto que se le había planteado y que sí entraba en el ámbito de aplicación del Reglamento (sobre las dificultades en la interpretación de la sentencia me remito a R. Arenas García, “La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, nº 2, 2009, pp. 401-427). La doctrina sentada en *West Tankers* implica que no basta con afirmar que un determinado procedimiento no entra en el ámbito de aplicación del Reglamen-

to 44/2001 para concluir que el Reglamento no resulta relevante respecto al mismo; es posible que el Reglamento deba ser considerado respecto a procedimientos que no entran en su ámbito de aplicación. Esta es la razón de que la cuestión prejudicial planteada no sea ociosa y de que tenga que hacerse un cierto esfuerzo argumentativo para responderla.

3. Al final, el Tribunal de Luxemburgo concluye en *Gazprom* que el Reglamento 44/2001 no incide en ninguna forma en el reconocimiento en Lituania del laudo arbitral dictado en Estocolmo; pero para ello ha de ir más allá del tenor literal del art. 1 del Reglamento. Así, mantiene que en el caso *Gazprom*, a diferencia de lo que sucedía en *West Tankers*, no nos encontramos ante un conflicto entre dos órganos jurisdiccionales, sino entre un órgano jurisdiccional y un tribunal arbitral, lo que impide que el Reglamento tenga vocación de ser considerado, ya que se limita a resolver los conflictos entre órganos jurisdiccionales (*vid.* n^{os} 35 y 36 de la Sentencia). Además, en el caso *Gazprom*, a diferencia de lo que pasaba en el caso resuelto en la Sentencia *West Tankers*, no se imponía ninguna sanción a quien incumpliera la orden contenida en el laudo, lo que para el Tribunal de Justicia supone también una diferencia relevante entre ambos casos [*Gazprom* y *West Tankers* (a quien la Sentencia y las Conclusiones se refieren correctamente como *Allianz*)].

El primer argumento utilizado por el Tribunal es relevante y puede tener proyección en relación a futuros casos que hayan de ser resueltos por el Tribunal de Luxemburgo. Una vez asumida la proyección del Reglamento 44/2001 (y, se supone, su sucesor, el Reglamento 1215/2012, volveremos sobre ello enseguida) sobre procedimientos que caen fuera de su ámbito material de aplicación, será necesario determinar qué criterios han de seguirse para prever en qué circunstancias esta proyección del Reglamento sobre supuestos que caen extra muros de su ámbito propio de aplicación será posible y en cuáles no. La distinción entre conflictos entre órganos jurisdiccionales y entre órganos jurisdiccionales y órganos arbitrales es relevante y tiene una proyección muy clara en materia arbitral.

Efectivamente, uno de los puntos que se habían planteado como conflictivos en relación a la exclusión del arbitraje en el Reglamento 44/2001 (y antes en el Convenio de Bruselas de 1968) es la de los procedimientos judiciales en auxilio de un arbitraje. Existen varias decisiones del Tribunal de Luxemburgo en relación a esta cuestión con un resultado dispar. En la primera decisión en la materia, la Sentencia 25 julio 1991 (as. C-190/89, *Marc Rich & Co. Ag. C. Società italiana impianti pA*) se mantuvo que la determinación de la competencia para realizar el nombramiento judicial de un árbitro no se regía por el Convenio de Bruselas. Tras esta primera decisión que se inclinó por considerar la exclusión del arbitraje, la Sentencia *Van Uden* tuvo que ocuparse de la proyección del Convenio de Bruselas sobre un procedimiento de medidas cautelares en auxilio del arbitraje, y aquí se mantuvo que el Convenio sí que resultaba aplicable. Para llegar a esta conclusión el Tribunal destacó que el procedimiento principal, excluido de la competencia de los tribunales europeos como consecuencia del sometimiento a arbitraje, sí que entraba en el ámbito material del Convenio de Bruselas. De esta forma, podríamos mantener que comenzaba a construirse una línea interpretativa que permitía la utilización del Convenio (luego Reglamento) Bruselas I en procedimientos auxiliares del arbitraje siempre que el procedimiento principal entrase en el ámbito de aplicación del Reglamento (haciendo abstracción de la existencia, en su caso, de una cláusula compromisoria).

El resultado de *West Tankers* se ajusta a esta idea, aunque el Tribunal de Luxemburgo optó por no aprovechar este razonamiento en su decisión. Ahora bien, con independencia de esto, en el caso *West Tankers* también nos encontrábamos ante un procedimiento judicial en auxilio de un arbitraje en relación a un supuesto que entraría en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I si no existiera una cláusula compromisoria aplicable al caso. Siguiendo el razonamiento de *Van Uden* podría haberse concluido que en estas circunstancias el Reglamento sería aplicable. Bien es verdad que esta aplicación no conduciría al resultado pretendido por el tribunal; pero aquí no se trata de analizar –de nuevo– el caso *Allianz* sino de examinar muy concisamente en qué forma el Tribunal de Luxemburgo se ha acercado a este supuesto complejo que es el tratamiento de los procedimientos judiciales vinculados a un arbitraje.

Gazprom completa esta línea jurisprudencial confirmando que la aplicación del Reglamento se limita a aquellos casos en los que nos encontramos ante procedimientos judiciales, nunca en relación a proce-

dimientos arbitrales. Establece así el Tribunal un límite claro a la *vis expansiva* de la aplicación del Reglamento Bruselas I en materia arbitral cerrando la posibilidad de que los tribunales arbitrales puedan verse condicionados por el Reglamento (lo que no quedaba totalmente descartado tras la sentencia *West Tankers*, vid. R. Arenas García, *loc. cit.*, p. 425). Esta exclusión alcanza también al reconocimiento de los laudos arbitrales, de manera que estos serán ejecutados en cada Estado miembro al margen de las previsiones del Reglamento. Esta exclusión implica también que, a diferencia de lo que había sido planteado durante el procedimiento, el art. 71 del Reglamento, relativo a los convenios en materias particulares, no tiene aplicación al caso. Se había planteado que el Convenio de Nueva York de 1958 en materia de arbitraje tendría una aplicación preferente sobre las reglas del Reglamento en función de lo previsto en dicho art. 71, que otorga preferencia sobre el Reglamento a los convenios de los que sean parte los Estados miembros en materias específicas; pero en la Sentencia se mantiene (nº 43) que tal precepto no resulta aplicable pues no regula una materia que entre en el ámbito de aplicación del Reglamento, sino precisamente una excluida del mismo. Es por ello que el Convenio no resulta aplicable en función de lo establecido en dicho precepto, sino como consecuencia de la no voluntad de aplicación del Reglamento (incluido su art. 71).

Tal como habíamos adelantado, el Tribunal de Luxemburgo también justifica un resultado diferente en *Gazprom* respecto a lo establecido en *West Tankers* sobre la base de que en el primer caso no se preveía ninguna sanción para el caso de incumplimiento de la orden de no plantear o continuar procedimientos jurisdiccionales que afectasen a lo que había sometido a arbitraje mientras que en la segunda sí se establecía esta sanción (nº 40 de la Sentencia). Quizás este argumento pueda ser considerado como un *obiter dicta*; pero de considerarlo como un fundamento propiamente dicho de la resolución deberíamos considerar si cabe una interpretación *a sensu contrario*; esto es, si ante un supuesto en el que un tribunal arbitral ordenase a una parte no continuar o iniciar procedimientos ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros con la amenaza de alguna sanción en caso de incumplimiento podría interpretarse que el Reglamento impediría el reconocimiento de la decisión arbitral. En un planteamiento estricto y formalista de los términos de la relación entre arbitraje y jurisdicción sería difícil llegar a esta interpretación, ya que supondría extender el ámbito de aplicación del Reglamento a las relaciones entre órganos jurisdiccionales y arbitrales, lo que estaría más allá del objetivo del Reglamento de acuerdo con lo que se sostiene en la propia Sentencia; pero no es descartable que el Tribunal de Justicia haya optado por dejar abierta una puerta a esta interpretación, quizás para evitar casos de abusos que en algún momento pudieran darse por parte de los tribunales arbitrales, siendo excesivamente generosos en la interpretación de su propia competencia y rigurosos en la exigencia de que las partes se abstuvieran de acudir a la jurisdicción ordinaria. Ciertamente, esto que planteo es puramente especulativo; pero no creo que completamente alejado de los problemas que plantea la compleja relación entre jurisdicción y arbitraje en la UE.

4. Tal como se ha adelantado, la decisión que nos ocupa tiene interés también por las Conclusiones del Abogado General, Sr. Melchior Wathelet. En estas se trata de una cuestión que no tiene reflejo en la Sentencia, pero que presenta un innegable interés. Se trata de saber si la jurisprudencia sentada en *West Tankers* en aplicación del Reglamento 44/2001 se ha de mantener cuando se aplique el Reglamento 1215/2012. Dado que en la Sentencia *Gazprom* no ha de aplicarse este último Reglamento, sino el 44/2001 no es preciso que el Tribunal se pronuncie sobre esta cuestión, pero es previsible que tenga que hacerlo en el futuro, y entonces será necesario considerar lo que plantea el Abogado General en esta decisión.

El Abogado General parte de que el Tribunal de Luxemburgo, en su Sentencia *West Tankers* (*Allianz*) había mantenido que el Reglamento resulta aplicable respecto a la determinación de la competencia judicial para el conocimiento de una demanda relativa a la validez de un acuerdo arbitral cuando dicha demanda es incidental respecto a una cuestión principal que sí entra en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I (nº 26 de la Sentencia *Allianz*). A partir de ahí mantiene que el párrafo segundo del duodécimo considerando del Reglamento 1215/2012 y el nuevo art. 73.2º del mismo Reglamento impiden mantener que de acuerdo con lo previsto en este Reglamento el conocimiento incidental acerca de la validez de un acuerdo de sometimiento a arbitraje está regido por el Reglamento. En el considerando duodécimo se señala que “A la hora de resolver sobre la nulidad de pleno derecho, la ineficacia o la inaplicabilidad de un convenio de arbitraje, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros no

deben estar sujetos a las normas de reconocimiento y ejecución establecidas en el presente Reglamento, con independencia de que se pronuncien a ese respecto con carácter principal o como cuestión incidental”. Por su parte en el art. 73.2º se indica “El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958”. De ambos incisos el Abogado General deduce que el Reglamento 1215/2012 no puede ser aplicado para determinar qué órgano jurisdiccional es competente para pronunciarse sobre la validez de una cláusula compromisoria, ni siquiera cuando esta cuestión se plantea de forma incidental respecto a una cuestión principal que sí entra en el ámbito de aplicación del Reglamento. La voluntad del Reglamento 1215/2012 sería –a diferencia de lo que el Tribunal de Luxemburgo ha interpretado en relación al Reglamento 44/2001– la de que la competencia para pronunciarse sobre la validez de la cláusula compromisoria no vendría determinada por el Reglamento europeo, lo que –de acuerdo con el planteamiento del Abogado General– conduciría a la imposibilidad de mantener la doctrina sentada en *West Tankers* cuando correspondiese aplicar el Reglamento 1215/2012.

El Abogado General acierta al plantear las dificultades que se derivan de la afirmación del Tribunal de Luxemburgo en *Allianz* sobre la extensión de la regulación del Reglamento Bruselas I a la determinación de la competencia para conocer sobre una cuestión incidental relativa a la validez de una cláusula compromisoria (para una crítica al razonamiento del Tribunal de Luxemburgo en este punto me remito a R. Arenas García, *loc. cit.*, pp. 414–416); ahora bien, no parece que la dicción del Reglamento 1215/2012 tenga que alterar el resultado al que llegó el Tribunal en *Allianz*. Así, en el duodécimo considerando se limita a indicar que la normativa sobre reconocimiento y ejecución de decisiones no será aplicable respecto a las resoluciones sobre nulidad, ineficacia o inaplicabilidad de los convenios de arbitraje. Como puede verse, la referencia es solamente a las normas sobre reconocimiento y ejecución, no a la regulación de la competencia judicial internacional, y en *West Tankers* en ningún momento se planteó qué incidencia tendría la normativa sobre reconocimiento de decisiones para la resolución del caso; el tema se limitó a la determinación de la forma en que el procedimiento abierto en el Reino Unido podría condicionar la determinación de la competencia de los tribunales italianos. Por otra parte, la indicación del art. 73 Reglamento Bruselas I bis sobre el Convenio de Nueva York de 1958 tampoco sería relevante ya que dicho Convenio no regula en qué forma los procedimientos en auxilio del arbitraje afectan a los procedimientos jurisdiccionales (que era el tema que se planteó en *Allianz*).

De hecho, la referencia que se hace en el Reglamento Bruselas I bis se hace a la inaplicabilidad de las normas del Reglamento sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en los supuestos en los que los tribunales de un Estado deban pronunciarse sobre la eficacia de una cláusula compromisoria podría ir dirigida a impedir que la decisión de un Estado miembro sobre la validez de dicha cláusula condicione el pronunciamiento que en relación a esa validez o eficacia pudiera adoptar un Estado miembro. Esto es, y teniendo en cuenta el caso que dio lugar a la decisión *West Tankers*: a impedir que la decisión del tribunal británico sobre la validez de la cláusula compromisoria pudiera afectar al pronunciamiento sobre dicha validez que pudiera adoptar el tribunal italiano. El segundo párrafo del considerando duodécimo debe, además, leerse junto con el tercer párrafo del mismo considerando, que mantiene que el Reglamento sí es aplicable para el reconocimiento de las decisiones de fondo adoptadas sobre la base del Reglamento incluso aunque para su resolución el tribunal hubiera tenido que pronunciarse incidentalmente sobre la validez de un convenio arbitral. Esto es, de nuevo proyectando el asunto al caso *West Tankers*, implicaría que la decisión que pudiera adoptar el tribunal italiano sí tendría que ser reconocida en el Reino Unido a partir de lo establecido en el Reglamento.

Deberemos pues, esperar para comprobar si el interesante planteamiento de Melchior Waitelet es acogido por el Tribunal de Luxemburgo.

5. Nos encontramos ante una decisión que completa la doctrina sentada en la sentencia *Allianz* y confirma que no existe precepto lo suficientemente claro en el ordenamiento de la UE cuando se contrasta con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Una cuestión prejudicial que podría haber resultado completamente ociosa hace diez años se vuelve pertinente tras la interpretación dada por el Tribunal de Luxemburgo en una sentencia anterior a la exclusión del arbitraje en el Reglamento Bruselas I. El sistema es más complejo pero también, sin duda, más interesante.

2014-2015/14.- Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 13 mayo 2015. Asunto C-536/13.
Ponente: M. Safjan.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.- Cooperación judicial en materia civil.- Reglamento (CE) nº 44/2001: Ámbito de aplicación.- Arbitraje: exclusión.- Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.- Orden conminatoria dictada por un tribunal arbitral sito en un Estado miembro.- Orden conminatoria dirigida a impedir la incoación o la continuación de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.- Facultad de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de denegar el reconocimiento del laudo arbitral.- Convenio de Nueva York de 1958.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 junio 1958.

[...]

35. Ahora bien, en el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente no plantea al Tribunal de Justicia si es compatible con el Reglamento nº 44/2001 una orden conminatoria de este tipo dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, sino si es compatible con dicho Reglamento que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute un laudo arbitral que dicta una orden conminatoria por la que se obliga a una parte del procedimiento arbitral a reducir el alcance de las pretensiones formuladas en un procedimiento pendiente ante un órgano jurisdiccional del mismo Estado miembro.

36. A este respecto debe recordarse primeramente que, tal y como se ha indicado en el ap. 28 de la presente sentencia, el arbitraje no está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, ya que éste sólo rige los conflictos de competencias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Como los tribunales arbitrales no son órganos jurisdiccionales estatales, en el caso de autos no existe tal conflicto, en el sentido de dicho Reglamento.

37. Seguidamente, en cuanto atañe al principio de confianza recíproca, que los Estados miembros otorgan a sus respectivos sistemas jurídicos e instituciones judiciales y que se plasma en la armonización de las normas de competencia de los órganos jurisdiccionales sobre la base del sistema establecido por el Reglamento nº 44/2001, debe señalarse que, en las circunstancias del asunto principal, dado que la orden conminatoria ha sido dictada por un tribunal arbitral, no nos encontramos ante una vulneración del citado principio por la injerencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en las competencias de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro.

38. Asimismo, en las circunstancias del asunto principal, el que un tribunal arbitral prohíba a una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no priva a dicha parte de la protección judicial a que se hace referencia en el ap. 34 de la presente sentencia, en la medida en que, en el marco del procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, por un lado, esa parte pueda oponerse a tal reconocimiento y ejecución y, por otro, el órgano jurisdiccional que conozca del asunto deba determinar, sobre la base del Derecho procesal nacional y del Derecho internacional aplicables, si procede o no reconocer y ejecutar el laudo.

39. Por lo tanto, en las citadas circunstancias, ni el laudo arbitral ni la resolución por la que, en su caso, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro lo reconozca pueden afectar a la confianza recíproca entre los órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados miembros, que constituye la base del Reglamento nº 44/2001.

40. Finalmente, a diferencia de la orden conminatoria controvertida en el asunto que dio lugar a la sentencia Allianz y Generali Assicurazioni Generali (C-185/07, ap. 20), el incumplimiento del laudo arbitral de 31 julio 2012 por el ministerio en el marco del procedimiento relativo a la apertura de una investigación sobre las actividades de una persona jurídica no puede dar lugar a que un órgano juris-

diccional de otro Estado miembro le imponga una sanción. De ello se deduce que los efectos jurídicos de un laudo arbitral como el controvertido en el litigio principal son distintos a los de la orden conminatoria controvertida en el asunto que dio lugar a aquella sentencia.

41. Por consiguiente, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral como el controvertido en el litigio principal se rige por el Derecho nacional e internacional aplicables en el Estado miembro en el que se solicitan el reconocimiento y la ejecución, y no por el Reglamento nº 44/2001.

42. De este modo, en las circunstancias del asunto principal, la eventual limitación de la facultad, conferida a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se plantea un litigio paralelo, de pronunciarse sobre su propia competencia únicamente podría derivarse del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, como el controvertido en el litigio principal, por un órgano jurisdiccional de ese mismo Estado miembro con arreglo a su Derecho procesal y, en su caso, al Convenio de Nueva York, que rigen en esta materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001.

43. Dado que el Convenio de Nueva York regula una materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, no se trata de una “materia particular” en el sentido del art. 71, ap. 1, de dicho Reglamento. En efecto, el citado art. 71 sólo regula las relaciones entre el Reglamento nº 44/2001 y los convenios relativos a materias particulares incluidas en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia TNT Express Nederland, C-533/08, aps. 48 y 51).

44. Habida cuenta del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que el Reglamento nº 44/2001 ha de interpretarse en el sentido de que no se opone a que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute, ni a que se niegue a reconocer y ejecutar, un laudo arbitral que prohíbe a una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de ese Estado miembro, dado que dicho Reglamento no regula el reconocimiento y ejecución en un Estado miembro de un laudo dictado por un tribunal arbitral de otro Estado miembro.

[GAZPROM]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS

2014–2015/15.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 16 enero 2014. Asunto C–45/13. Ponente: M. Safjan.

Competencia judicial en materia civil y mercantil.– Espacio judicial europeo.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.– Mercancía producida en un Estado miembro y vendida en otro Estado miembro.– Interpretación del concepto de “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”. – “Lugar del hecho causal”.

Normas aplicadas: Art. 5, ap. 3 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

21. Al respecto, debe recordarse que el sistema de atribución de competencias comunes, previstas en las disposiciones contenidas en el capítulo II del Reglamento nº 44/2001, se basa en la regla general, establecida en el art. 2, ap. 1, de éste, según la cual las personas domiciliadas en el territorio de un Estado miembro están sometidas a los órganos jurisdiccionales de ese Estado, con independencia de la nacionalidad de las partes. Las disposiciones del capítulo II, sección 2, del Reglamento nº 44/2001 prevén la atribución de una serie de competencias especiales, entre las que figura la del art. 5, punto 3, de dicho Reglamento, únicamente como excepción a la regla general de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado (sentencia de 18 julio 2013, ÖFAB, C-147/12, ap. 30 y jurisprudencia citada).

22. Dichas normas de competencias especiales deben interpretarse en sentido restrictivo, sin que quepa una interpretación de las mismas que vaya más allá de los supuestos explícitamente previstos en el citado Reglamento (sentencia ÖFAB, ap. 31 y jurisprudencia citada).

23. Sin embargo, según reiterada jurisprudencia, en el caso de que el lugar en el que se sitúa el hecho que puede generar una responsabilidad delictual o cuasi delictual y el lugar donde ese hecho haya originado un daño no sean idénticos, la expresión “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, que figura en el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001, debe interpretarse en el sentido de que se refiere al mismo tiempo al lugar donde se hubiere producido el daño y el lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción puede ejercitarse, a elección del demandante, ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares (véanse, en particular, las citadas sentencias Zuid-Chemie, ap. 23, y Pinckney, ap. 26).

24. Puesto que la identificación de uno de dichos puntos de conexión debe permitir determinar la competencia del órgano jurisdiccional que se encuentra objetivamente en mejores condiciones de apreciar si se dan los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada, únicamente se puede presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial se sitúe el punto de conexión pertinente (véase la sentencia Pinckney, ap. 28 y jurisprudencia citada).

25. En relación con el litigio principal de que conoce el órgano jurisdiccional remitente, ha quedado acreditado que éste se plantea un interrogante exclusivamente sobre la determinación del lugar del hecho causal.

26. El Tribunal de Justicia ya ha puntualizado sobre el particular que, en caso de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, dicho lugar se sitúa allí donde se hubiera producido el hecho que haya dañado el propio producto (véase, en este sentido, la sentencia Zuid-Chemie, ap. 27). En principio, esta circunstancia se da en el lugar donde se ha fabricado el producto de que se trate.

27. Dado que, en particular debido a la posibilidad de recoger en él los medios probatorios para demostrar el defecto de que se trate, la proximidad con el sitio donde haya tenido lugar el hecho que ha dañado el propio producto facilita la ordenación eficaz del proceso y, por lo tanto, una buena administración de la justicia, la atribución de competencia al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial se sitúa ese lugar es acorde con la razón de ser de la competencia especial prevista en el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001, a saber, la existencia de un nexo de conexión especialmente estrecho entre la defensa de la parte demandada y el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido el hecho causante del perjuicio (véanse, en este sentido, las citadas sentencias Zuid-Chemie, ap. 24, y Pinckney, ap. 27).

28. La atribución de competencia al tribunal del lugar de fabricación del producto de que se trate responde, por lo demás, a la exigencia de previsibilidad de las normas de competencia, en la medida en que tanto el fabricante demandado como la víctima demandada pueden razonablemente prever que ese tribunal estará en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio que implique, en particular, la comprobación de un defecto de tal producto.

29. Por consiguiente, debe declararse que, en caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante a causa de un producto defectuoso, el lugar del hecho causal es el lugar de fabricación del producto de que se trate.

30. Por último, no puede prosperar la alegación, formulada por el Sr. Kainz, de que la interpretación de la competencia especial en materia delictiva o cuasi delictiva debe tener en cuenta, además del interés en la buena administración de la justicia, el del perjudicado, permitiéndole entablar su acción ante un tribunal del Estado miembro en el que esté domiciliado.

31. No sólo el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 no persigue precisamente el objetivo de ofrecer a la parte más débil una protección reforzada (véase, en este sentido, la sentencia de 25 octubre 2012, Folien Fischer y Fofitec, C-133/11, ap. 46), sino que asimismo debe observarse que la interpretación que propugna el Sr. Kainz, según la cual el lugar del hecho causal es aquel en el que se ha transmitido el producto de que se trate al consumidor final o al distribuidor, tampoco garantiza que, en todo caso, ese consumidor pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio, dado que ese lugar puede situarse en otra parte e incluso en otro país.

32. De todos modos, la imposibilidad, en su caso, de determinar, con arreglo a los criterios objetivos aplicados para la interpretación del art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001, la competencia de un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que esté domiciliado el demandante es conforme a la regla general, recordada en el ap. 21 de la presente sentencia, de la competencia de los tribunales del domicilio del demandado.

33. Teniendo en cuenta cuanto antecede, procede responder a las cuestiones planteadas que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante debido a un producto defectuoso, el lugar del hecho causante del daño es el lugar de fabricación del producto de que se trate.

[ANDREAS KAINZ Y PANTHERWERKE AG]

DEMANDA POR INFRACCIÓN DE MODELOS COMUNITARIOS

2014-2015/16.- Audiencia Provincial de Alicante, Sección Octava, Sentencia nº 32/2014, de 13 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Soriano Guzmán. AC\2014\1677.

Competencia judicial internacional en orden civil.- Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.- Espacio judicial europeo.- Apelación de una decisión del Tribunal de Marca Comunitaria, Dibujos y Modelos Comunitarios.- Demanda por infracción de modelos comunitarios: competencia judicial internacional.- Domicilio del demandado de la demanda conexa (acción contra un vendedor de llantas) que arrastra consigo la competencia internacional para conocer de la demanda “madre”(acción contra la fabricante y distribuidora de las llantas).- Inadmisión: los hechos en que se sustentan las acciones no son suficientes para apreciar que las ambas se encuentren estrechamente vinculadas.

Normas aplicadas: Art. 6 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

Sobre la competencia internacional.

[...]

En el caso que nos ocupa, entendemos que no existe una misma situación de derecho, aún cuando en ambas demandas pudiera estimarse que existe infracción de los modelos registrados. En cualquier caso, según reiterada jurisprudencia del TJUE (sentencia Freeport, ap. 41; sentencia de 1 diciembre 2011, ap. 80), la identidad de las bases jurídicas de las acciones ejercitadas constituye solamente un

factor pertinente entre otros. Tal identidad no es un requisito indispensable para la aplicación del art. 6, nº 1, del Reglamento nº 44/2001. Y no existe una misma situación de derecho porque a una y a otra demanda, de tramitarse separadamente, se aplicarían derechos parcialmente distintos (el art. 88 RDMC remite a las legislaciones internas para todas las cuestiones no previstas en el mismo, lo que supone una remisión a la española LPJDI y a la legislación italiana sobre la materia, sobre la que nada se ha dicho, al invocarse en la demanda la aplicación de la primera). El TJUE ha declarado que no se da la misma situación de Derecho cuando en una y otra demanda son de aplicación Derechos diferentes y no se trata de un ámbito jurídico totalmente armonizado. En un caso así, las resoluciones divergentes no se pueden calificar, a su juicio, de inconciliables en el sentido del art. 6, nº 1, del Convenio de Bruselas.

El forum shopping

[...]

Realmente, en el pleito que nos ocupa existe una “demanda base” o “demanda madre” (la acción contra la fabricante y distribuidora de las llantas, ACACIA, que defiende a ultranza que está legitimada para fabricarlas y comercializarlas) y una demanda conexa con la anterior (la acción contra un vendedor de llantas). Ciertamente, no puede existir venta de llantas presuntamente infractoras sin la previa fabricación y distribución de las mismas. No parece aceptable que el domicilio del demandado de esta demanda conexa (indudablemente, de menor entidad e importancia) pueda arrastrar consigo la competencia internacional para conocer de la demanda “madre”, cuando, como se ha dicho, los hechos en que se sustentan las acciones no son suficientes para apreciar que las ambas se encuentren estrechamente vinculadas.

El riesgo de involucrar a un tercero (demandándolo) con el solo propósito de atribuir la competencia internacional del litigio al tribunal de conveniencia es, evidentemente, alto.

Ello se ha visto confirmado, en el caso que nos ocupa, con la tramitación del procedimiento: el demandado vendedor español de llantas se allanó a la demanda (una cara de un folio empleó para ello), de modo que el procedimiento ante los tribunales españoles ha tenido como únicas partes efectivas a BMW y a la sociedad italiana.

Entendemos, pues, que nos encontramos ante un supuesto de búsqueda deliberada de los tribunales españoles (cuya interpretación jurisprudencial, hasta la fecha, era conforme con la fundamentación jurídica de las acciones que se han entablado) para conocer de la demanda dirigida contra la sociedad italiana, a la que, artificiosamente, se intenta sustraer de sus tribunales naturales.

Por todo lo dicho, estimaremos el primer motivo impugnatorio, con los pronunciamientos a ello inherentes (arts. 36, 39 y concordantes LEC), manteniendo la validez de lo actuado en la primera instancia con relación al codemandado Autohaus, que se allanó a la demanda, y respecto del que sí son competentes los tribunales españoles.

[BAYERISCHE MOTOREN WERKE AG / ACACIA SRL Y AUTOHAUS MOTORSPORT S.L.]

LITISPENDENCIA EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2014-2015/17.- Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 27 febrero 2014. Asunto C-1/13. Ponente: C. Toader.

Competencia judicial en el orden civil y mercantil.- Espacio judicial europeo.- Reglamento (CE) nº 44/200.- Art. 27, ap. 2.- Litispendencia.- Art. 24 - Prórroga de competencia - Determinación de la competencia del tribunal ante el que se presentó la primera demanda en virtud de la comparecencia de las partes sin formular objeciones o de la adopción de una resolución que haya adquirido firmeza.

Normas aplicadas: Art. 27, ap. 2 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

41. Pues bien, es preciso hacer constar que una interpretación del art. 27, ap. 2, del Reglamento nº 44/2001 según la cual, para considerar que el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se ha declarado competente, a efectos del art. 27, ap. 2, resulta necesario que dicho tribunal haya declarado expresa o implícitamente su competencia mediante una resolución que haya adquirido firmeza, privaría de toda eficacia a las normas que el propio Reglamento establece para resolver las situaciones de litispendencia, puesto que tal interpretación aumentaría el riesgo de procedimientos paralelos.

42. Por otra parte, tanto del informe sobre el Convenio de Bruselas elaborado por el Sr. Jenard (DO 1979, C 59, p. 1; versión en español en DO 1990, C 189, p. 57) como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al art. 21 de dicho Convenio, disposición que corresponde al art. 27 del Reglamento nº 44/2001, se deduce que el objetivo de la norma en materia de litispendencia es evitar también los conflictos de competencia negativos. En efecto, dicha norma se introdujo con el fin de que las partes no se vieran obligadas a comenzar un nuevo proceso si, por ejemplo, el tribunal ante el que se hubiera presentado la primera demanda se declarase incompetente (véase la sentencia *Overseas Union Insurance* y otros, ap. 22).

43. Pues bien, cuando el tribunal ante el que se presentó la primera demanda no ha declinado de oficio su competencia y no se ha propuesto ante él ninguna excepción de incompetencia, la inhibición del tribunal ante el que se presentó la segunda demanda no puede tener como consecuencia un conflicto negativo de competencia, puesto que ya no podrá impugnarse la competencia del tribunal ante el que presentó la primera demanda.

44. En consecuencia, procede declarar que, tanto de la sistemática del Reglamento nº 44/2001 como de su finalidad se desprende que, para considerar que el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se ha declarado competente, a efectos del art. 27, ap. 2, de dicho Reglamento, es suficiente, cuando el tribunal ante el que se presentó la segunda demanda no disponga de competencia exclusiva en virtud del mismo Reglamento, con que el tribunal ante el que se presentó la primera demanda no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes haya impugnado tal competencia con anterioridad o en el momento de la actuación procesal que el Derecho procesal nacional considere como el primer medio de defensa.

45. Habida cuenta de las consideraciones precedentes en su conjunto, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 27, ap. 2, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, salvo en el supuesto en que el tribunal ante el que se presentó la segunda demanda disponga de competencia exclusiva en virtud del propio Reglamento, deberá considerarse que el tribunal ante el que se presentó la primera demanda se ha declarado competente, a efectos de la citada disposición, cuando dicho tribunal no haya declinado de oficio su competencia y ninguna de las partes haya impugnado tal competencia con anterioridad o en el momento de la actuación procesal que el Derecho procesal nacional considere como el primer medio de defensa sobre el fondo invocado ante ese tribunal.

[CARTIER PARFUMS—LUNETTES Y AXA CORPORATE SOLUTIONS ASSURANCES]

**¿DEBEN CONSIDERARSE COMPRENDIDAS EN LA “MATERIA CONTRACTUAL”
DEL ART. 5.1º RB I, LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL, DE CARÁCTER
EXTRA CONTRACTUAL EN DERECHO NACIONAL**

2014-2015/18.- Tribunal de Justicia, Sala Séptima, Sentencia de 13 marzo 2014. Asunto C-548/12. Ponente: J.-C. Bonichot.

Competencia judicial en materia civil y mercantil.- Espacio de libertad, de seguridad y de justicia.- Reglamento (CE) nº 44/2001.- Competencias especiales.- Art. 5, puntos 1 y 3 - Acción de responsabilidad civil.- Naturaleza contractual o extracontractual.

Normas aplicadas: Art. 5.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

23. Sin embargo, la mera circunstancia de que una de las partes contratantes entable una acción de responsabilidad civil contra la otra no basta para considerar que tal acción esté comprendida en la “materia contractual” en el sentido del art. 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001.

24. Es así únicamente si puede considerarse que el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato.

25. Éste será el caso, a priori, si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo.

26. Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si con las acciones entabladas por el demandante en el asunto principal se formula una pretensión de resarcimiento que pueda razonablemente considerarse motivada por la inobservancia de los derechos y obligaciones del contrato que vincula a las partes del procedimiento principal, de tal modo que resulte indispensable tener en cuenta el contrato para resolver el recurso.

27. De ser así, dichas acciones se refieren a la “materia contractual” en el sentido del art. 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001. De lo contrario, deben considerarse comprendidas en la “materia delictual o cuasidelictual”, en el sentido del art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001.

28. Asimismo, debe señalarse que, en el primer supuesto, la competencia territorial en materia contractual deberá determinarse con arreglo a los criterios de conexión establecidos en el art. 5, punto 1, letra b), del Reglamento nº 44/2001 siempre que el contrato de que se trate en el asunto principal consista en un contrato de venta de mercancías o de prestación de servicios, en el sentido de dicha disposición. Como establece el art. 5, punto 1, letra c), del Reglamento nº 44/2001, sólo en el supuesto de que un contrato no esté comprendido en ninguna de las dos categorías citadas debe determinarse la competencia judicial de conformidad con el criterio de conexión previsto en el art. 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001 (véanse, en este sentido, las SS 23 abril 2009, Falco Privatstiftung y Rabitsch, C-533/07, ap. 40, y 19 diciembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, ap. 42).

29. Por consiguiente, procede responder a la cuestión planteada que debe considerarse que las acciones de responsabilidad civil como las controvertidas en el procedimiento principal, de carácter extracontractual en Derecho nacional, están, no obstante, incluidas en la “materia contractual”, a efectos del art. 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001, si el comportamiento imputado puede considerarse un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato.

[MARC BROGSITTER Y FABRICATION DE MONTRES NORMANDES EURL, KARSTEN FRÄNDORF]

**DETERMINACIÓN DEL LUGAR DONDE SE HUBIERE PRODUCIDO EL HECHO
DAÑOSO COMO CONSECUENCIA DE LA PARTICIPACIÓN EN UN ACTO ILÍCITO
COMETIDO EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO**

Cristian ORÓ MARTÍNEZ *

1. El Tribunal de Justicia (en adelante, “TJ”) se ocupa en esta sentencia del art. 5.3º RB I, y más concretamente, de los conceptos “lugar de producción del hecho causal” y “lugar de manifestación del daño” en los litigios basados en una supuesta infracción de derechos patrimoniales de autor. Interesa destacar, además, la particularidad de que en el supuesto examinado la demanda se dirige contra uno solo de los presuntos autores de la infracción. En efecto, el litigio deriva de la publicación, por una editorial con sede en Berlín (Alemania), de un libro que contenía varias fotografías tomadas en un hotel situado en Niza (Francia) por un fotógrafo domiciliado en Colonia (Alemania). Dichas fotografías habían sido tomadas por encargo de la sociedad que explotaba el hotel (en adelante, “Hi Hotel”), domiciliada en Niza, a la cual el fotógrafo cedió el derecho a utilizarlas para folletos publicitarios y para su sitio web. Sin embargo, las fotografías terminaron apareciendo en un libro publicado y comercializado en Alemania, tal como descubrió el fotógrafo al hojear una copia de la obra en una librería de Colonia. Por ello, decidió demandar a Hi Hotel para solicitar la cesación de la reproducción, difusión y exposición de las fotografías en territorio alemán, así como una indemnización.

Como se ha adelantado, la demanda fue interpuesta exclusivamente contra Hi Hotel, y no contra editorial, aun siendo ésta la responsable directa de la publicación y distribución del libro en Alemania, al parecer porque el fotógrafo consideraba que Hi Hotel había vulnerado sus derechos de autor sobre las fotografías al transmitírselas a la editorial. La demanda, dirigida contra una sociedad domiciliada en Niza, fue interpuesta en Colonia, a pesar de que la demandada había llevado a cabo actos potencialmente lesivos de los derechos de autor del demandante solamente en territorio francés. En consecuencia, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo alemán) acudió al TJ para saber si el foro especial del art. 5.3º RB I permitía fundamentar la competencia de los tribunales de Colonia, teniendo en cuenta que el único demandado no había actuado en la circunscripción territorial de dichos tribunales.

2. En definitiva, se trata de un supuesto claro de disociación entre el lugar del hecho causal y el lugar de producción del daño, pero con la complejidad añadida que deriva de la existencia de dos presuntos autores, cada uno de los cuales ha actuado directamente en uno solo de dichos lugares. Desde la perspectiva del lugar de realización del hecho causal, el TJ destaca justamente que a pesar de que son varios los presuntos autores, el único demandado en el litigio principal actuó exclusivamente en Francia, es decir, fuera de la circunscripción territorial del tribunal ante el que se planteó la demanda (ap. 30). De este modo, el TJ se remite en los aps. 31 y 32 a la sentencia de 16 mayo 2013, as. C-228/11, *Melzer*, en la que se pronunció igualmente sobre una demanda dirigida solamente contra uno de los varios presuntos autores de un daño y presentada ante un tribunal en el territorio de cuya circunscripción el demandado no había actuado. Así, el TJ recuerda que, en dichas circunstancias, no cabe interponer la demanda en base al criterio del lugar de producción del hecho causal. Por tanto, el hotel de Niza no puede ser demandado en Colonia como lugar del hecho causal, puesto que no ha actuado allí: no cabe intercambiar los actos de los presuntos coautores para atraer a uno (el demandado) a los tribunales del lugar donde actuó el otro (no demandado).

3. Pero el TJ no se detiene aquí, sino que examina el caso desde la perspectiva del lugar de manifestación del daño. Para ello, acude al test elaborado en el ap. 43 de la sentencia de 3 octubre 2013, as. C-170/12, *Pinckney*, específicamente previsto para determinar el lugar de materialización del daño en supuestos de infracciones de derechos patrimoniales de autor. En virtud del mismo, son necesarios dos

* Dirección de Investigación y Documentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

requisitos para considerar que el lugar de manifestación de los daños se encuentra en un determinado Estado miembro: en primer lugar, que dicho Estado proteja los derechos patrimoniales de autor que invoca el demandante, y en segundo lugar, que el daño alegado pueda materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ejercite la acción. Como apunta el TJ en el ap. 36 de la sentencia examinada, el primer requisito no plantea problemas, puesto que la Directiva 2001/29 protege estos derechos patrimoniales de modo automático en todos los Estados miembros.

Mayores problemas surgen del segundo requisito, relativo a que el daño sea susceptible de materializarse en la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha planteado la demanda, especialmente en aquellos casos en que la infracción de los derechos patrimoniales de autor se produce por internet: en este sentido, resultan de imprescindible lectura las conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, presentadas el 11 septiembre 2014, en el as. C-441/13, *Hejduk*, y especialmente sus aps. 33 a 46, cuyo acertado enfoque por desgracia no fue seguido por el TJ en su sentencia de 22 enero 2015, especialmente en los aps. 30 a 37. Con todo, debe reconocerse que en el asunto examinado estos problemas no se plantean: resulta sencillo determinar que la materialización del daño pudo producirse en Colonia, desde el momento en que en una librería allí situada podían adquirirse copias del libro en el que se reproducían las fotografías controvertidas, es decir, de la obra mediante cuya publicación y distribución se habrían violado los derechos patrimoniales de autor del demandante (ap. 37).

Para finalizar, el TJ recuerda que la competencia judicial internacional basada en el lugar de manifestación del daño presenta una limitación en cuanto a los daños resarcibles, que quedan circunscritos a aquellos que se hayan producido en el Estado miembro del tribunal ante el que se haya presentado la demanda. Esta limitación en supuestos de daños plurilocalizados deriva del tradicional principio establecido en la sentencia de 7 marzo 1995, as. C-68/93, *Shevill*, aps. 30-31, aunque curiosamente el TJ no cita explícitamente esta jurisprudencia, sino que fundamenta tal limitación en el carácter territorial de la protección otorgada por los derechos de autor (ap. 38).

4. Podría pensarse que en la sentencia *Hi Hotel* el TJ no hace sino aplicar casi mecánicamente los criterios jurisprudenciales establecidos anteriormente en las sentencias *Melzer* y *Pinckney*. Sin embargo, el resultado al que se llega en *Hi Hotel* no deja de resultar sorprendente, por cuanto conduce a que un presunto infractor pueda verse atraído ante los tribunales de un Estado en el que no ha actuado, pero en el que el demandante alega que los actos de otro presunto coautor de la infracción, que no ha sido demandado, han producido efectos. Desde esta perspectiva, sería más bien la aplicación cumulativa, en un mismo asunto, de las sentencias *Melzer* y *Pinckney* lo que daría lugar al resultado discutible que el TJ alcanza en el asunto examinado; o, si se quiere, la extensión del criterio de *Pinckney* a supuestos como el abordado en *Melzer*. Esto es, la combinación del test *Pinckney* para determinar el lugar de manifestación de los daños con la posibilidad de demandar solamente a uno de los copartícipes en la comisión de un hecho dañoso es el factor que conduce a una aplicación demasiado amplia, por imprevisible para el demandado, del foro delictual del art. 5.3º RB I. Es más que dudoso que *Hi Hotel* pudiera prever ser demandada en Alemania, y especialmente en virtud de una demanda no dirigida contra el responsable principal de la infracción alegada, sobre todo teniendo en cuenta que una de las pretensiones de esa demanda era que *Hi Hotel* pusiera fin a la reproducción, difusión y exposición de las fotografías en territorio alemán, o lo que es lo mismo, que cesase la distribución del libro, cuestiones que escapan al control de la demandada y que parecería más lógico exigir a la editorial no demandada. En definitiva, un resultado cuanto menos sorprendente si lo analizamos desde la óptica del alto grado de previsibilidad que deben presentar las reglas de competencia en virtud del considerando 11 del RB I, citado por el TJ en el ap. 4 de la sentencia. Por ello, cabe concluir que en esta sentencia el TJ refuerza el carácter de foro de ataque del art. 5.3º RB I –e, indirectamente, su carácter de *forum actoris*– al posibilitar que un demandado se vea arrastrado, por las consecuencias directas de un acto ajeno, ante un tribunal situado en un Estado distinto de aquel en el que ha actuado.

2014–2015/19.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 3 abril 2014. Asunto C–387/12.
Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil y mercantil.– Espacio judicial europeo.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Competencia internacional en materia delictual o cuasidelictual.– Acto cometido en un Estado miembro consistente en la participación en un acto ilícito cometido en el territorio de otro Estado miembro.– Determinación del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.

Normas aplicadas: Art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

37. [...] *el riesgo de que se produzca el daño resulta de la posibilidad de obtener una reproducción de la obra de la que se derivan los derechos de autor invocados por el demandante en una librería situada en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda. Según se desprende de las constataciones fácticas que se recuerdan en el ap. 14 de la presente sentencia, la entrega de las fotografías controvertidas a la editorial Phaidon de París es la causa originaria de la reproducción y distribución de éstas y, en consecuencia, del riesgo de que se produzca el daño alegado.*

38. *En cambio, habida cuenta de que la protección que otorga el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda únicamente es válida para el territorio de este último, el órgano jurisdiccional ante quien se ha ejercitado una acción por tratarse del lugar en que se ha producido el daño sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio de dicho Estado miembro (sentencia Pinckney, ap. 45).*

39. *En efecto, los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros siguen siendo, en principio, competentes, en virtud del art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 y del principio de territorialidad, para conocer del daño causado a los derechos patrimoniales de autor en el territorio de su respectivo Estado miembro, puesto que son quienes están en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado los derechos patrimoniales de autor garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado (véase sentencia Pinckney, ap. 46).*

40. *Habida cuenta de las anteriores consideraciones procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de pluralidad de presuntos autores del daño alegado a los derechos patrimoniales de autor protegidos en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda, esta disposición no permite determinar, atendiendo al hecho causante de este daño, la competencia de un órgano jurisdiccional en cuya circunscripción territorial no actuó aquel de los presuntos autores contra quien se ejercita la acción, pero permite determinar la competencia de esta jurisdicción atendiendo al lugar en que se ha producido el daño alegado siempre que éste pueda producirse en la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la demanda. En este último supuesto, este órgano jurisdiccional únicamente es competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.*

[HI HOTEL HCF SARL Y UWE SPOERING]

**LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD: CONCEPTO DE DEMANDAS INTERPUESTAS
ENTRE LAS MISMAS PARTES Y QUE TIENEN EL MISMO OBJETO**

2014-2015/20.- Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 3 abril 2014. Asunto C-438/12.
Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil y mercantil.- Espacio judicial europeo.- Reglamento (CE) nº 44/2001.- Art. 22, nº 1.- Competencia exclusiva.- Litigios en materia de derechos reales inmobiliarios.- Naturaleza del derecho de adquisición preferente.- Art. 27, ap. 1.- Litispendencia.- Concepto de demandas interpuestas entre las mismas partes y que tienen el mismo objeto.- Relación entre los arts. 22, nº 1, y 27, ap. 1.- Art. 28, ap. 1.- Conexidad.- Criterios de apreciación de la suspensión del procedimiento.

Normas aplicadas: Arts. 22, nº 1, 27 y 28 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

44. En lo que se refiere al presente asunto, como señala el Abogado General en el punto 31 de sus conclusiones, y como mantienen el órgano jurisdiccional remitente, la Sra. I. Weber, el Gobierno alemán y la Comisión Europea, una demanda que tiene por objeto la declaración de que un derecho real de adquisición preferente sobre un inmueble sito en Alemania no se ha ejercitado válidamente, como la que ha presentado la sociedad Z. GbR ante el tribunal italiano, está comprendida en la categoría de acciones en materia de derechos reales inmobiliarios en el sentido del art. 22, nº 1, del Reglamento nº 44/2001.

45. En efecto, según se desprende de los autos de los que dispone el Tribunal de Justicia, un derecho de adquisición preferente, como el previsto en el art. 1094 del BGB, que grava un bien inmueble y que está inscrito en el registro de la propiedad, no sólo produce efectos frente al obligado, sino que garantiza el derecho del titular de este derecho a la transmisión de la propiedad también frente a terceros, de manera que, si se celebra un contrato de compraventa entre un tercero y el propietario del bien gravado, el ejercicio válido del derecho de adquisición preferente tiene como consecuencia que la venta no producirá efectos para el titular de este derecho, y que se considerará que ésta se ha celebrado entre este titular y dicho propietario en las mismas condiciones que las convenidas entre este último y el tercero.

46. De ello resulta que, cuando el tercero adquirente impugna la validez del ejercicio de dicho derecho de adquisición preferente en el marco de una demanda como la presentada ante el Tribunale ordinario di Milano, esta demanda se dirige a determinar, en esencia, si el ejercicio del derecho de adquisición preferente ha permitido asegurar, en beneficio del titular, el derecho a la transmisión de la propiedad del bien inmueble objeto de litigio. En tal caso, como se desprende del ap. 166 del Informe Schlosser, al que se ha hecho referencia en el ap. 43 de la presente sentencia, el litigio se refiere a un derecho real inmobiliario y está comprendido dentro del ámbito de la competencia exclusiva del *forum res sitae*.

47. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 22, nº 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una demanda, como la presentada en el caso de autos ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, dirigida a que se declare la invalidez del ejercicio de un derecho de adquisición preferente que grava un bien inmueble y que produce efectos erga omnes pertenece a la categoría de litigios "en materia de derechos reales inmobiliarios" a la que se refiere esta disposición.

[...]

58. En efecto, como ha señalado el Abogado General, en esencia, en el punto 41 de sus conclusiones, el hecho de que, en aplicación del art. 27 del Reglamento nº 44/2001, el tribunal ante el que se ha presentado la segunda demanda, y que tiene competencia exclusiva en virtud del art. 22, nº 1, de este Reglamento, suspenda el procedimiento hasta que se establezca la competencia del tribunal ante el que

se ha presentado la primera demanda, y cuando éste sea el caso, se inhiba a favor de este último, no respondería al imperativo de una buena administración de justicia.

59. Además, se pondría en peligro el objetivo del art. 27 de este Reglamento, a saber, evitar el no reconocimiento de una resolución a causa de su incompatibilidad con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado requerido en el contexto concreto en el que el tribunal ante el que se ha presentado la segunda demanda dispone de una competencia exclusiva en virtud del art. 22, nº 1, de dicho Reglamento.

60. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el art. 27, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, antes de decretar la suspensión del procedimiento en virtud de esta disposición, el tribunal ante el que se ha presentado la segunda demanda debe examinar si, en razón de un desconocimiento de la competencia exclusiva prevista en el art. 22, nº 1, de este Reglamento, una eventual resolución respecto del fondo del asunto del tribunal ante el que se ha presentado la primera demanda no será reconocida en los demás Estados miembros, en virtud del art. 35, ap. 1, de dicho Reglamento.

[...]

62. Como ha señalado, en esencia, el Abogado General en el punto 20 de sus conclusiones, el tribunal ante el que se formule la segunda demanda, y que disponga que una competencia exclusiva en virtud del art. 22, punto 1, del Reglamento nº 44/2001, no tiene obligación de examinar si se cumplen los criterios materiales de la litispendencia con respecto al litigio que se le ha sometido.

63. En efecto, tal comprobación sería inútil, por cuanto el tribunal ante el que se ha presentado la segunda demanda, en el marco de la resolución que dicte en virtud del art. 27 del Reglamento nº 44/2001, puede tomar en consideración la circunstancia de que una eventual resolución del tribunal ante el que se ha presentado la primera demanda no será reconocida en los demás Estados miembros, en virtud del art. 35, ap. 1, de este Reglamento, en razón de un desconocimiento de la competencia exclusiva prevista en el art. 22, nº 1, de dicho Reglamento.

64. Por consiguiente, ya no se plantea la cuestión de cuáles son los elementos que el tribunal ante el que se presenta la segunda demanda podría tomar en consideración para dictar su resolución en caso de litispendencia.

65. Lo mismo ocurre con las cuestiones relativas a la relación entre los arts. 27 y 28 del Reglamento nº 44/2001, por un lado, y a los criterios que el tribunal ante el que se formula la segunda demanda puede tener en cuenta, en el marco del ejercicio de su facultad de apreciación en caso de conexidad, por otro. En efecto, cuando el tribunal ante el que se formula la segunda demanda dispone de una competencia exclusiva, como sucede en el asunto principal, las disposiciones de los arts. 27 y 28 de este Reglamento no pueden ser concurrentes.

66. Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que, a la vista de la respuesta dada a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta, no procede responder a las cuestiones prejudiciales primera, segunda y quinta a octava.

[IRMENGARD WEBER Y MECHTHILDE WEBER]

**SUMISIÓN TÁCITA, DERECHOS DE DEFENSA Y COMPETENCIA JUDICIAL
INTERNACIONAL EN LAS REDES DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y
DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL**

2014–2015/21.– Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia de 11 septiembre 2014. Asunto C–112/13. Ponente: T. von Danwitz.

Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.– Espacio judicial europeo.– Inexistencia de domicilio o de lugar de residencia conocido del demandado en el

territorio de un Estado miembro.— Prórroga de competencia en caso de comparecencia del demandado.— Representante judicial por ausencia.— Art. 267 TFUE.— Constitución nacional.— Procedimiento incidental de control de constitucionalidad obligatorio.— Examen de la conformidad de una ley nacional tanto con el Derecho de la Unión como con la Constitución nacional.

Normas aplicadas: Art. 267 TFUE; art. 24 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

43. Antes de que pueda efectuarse el control con carácter incidental de la constitucionalidad de una ley cuyo contenido se limite a adaptar el Derecho nacional a las disposiciones imperativas de una directiva de la Unión, en relación con los mismos motivos que afectan a la validez de esa directiva, los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno están, en principio, obligados en virtud del art. 267 TFUE, párrafo tercero, a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la validez de dicha directiva y a deducir a continuación las consecuencias que deriven de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia con carácter prejudicial, salvo que el mismo órgano jurisdiccional que promueva el control de constitucionalidad con carácter incidental haya planteado esa cuestión al Tribunal de Justicia con fundamento en el párrafo segundo del citado artículo. En efecto, cuando se trata de una ley nacional para la adaptación del Derecho interno que tenga ese contenido, la cuestión de si la directiva es válida tiene carácter previo respecto a la obligación de adaptación a ésta (sentencia Melki y Abdeli, ap. 56).

44. Por otro lado, cuando el Derecho de la Unión concede a los Estados miembros un margen de apreciación en el marco de la ejecución de un acto del Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para garantizar el respeto de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución nacional, siempre que la aplicación de los estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, sentencia Melloni, C-399/11, ap. 60).

45. En lo tocante al principio de equivalencia, al que se refiere el tribunal remitente en su petición de decisión prejudicial, cabe señalar que, según dicho principio, la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables no debe ser menos favorable que la referente a acciones semejantes de Derecho interno (sentencias Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, ap. 33, y Agroconsulting-04, C-93/12, ap. 36 y jurisprudencia citada). Ahora bien, la invocación del principio de equivalencia no puede eximir a los tribunales nacionales, al aplicar la regulación procesal nacional, del estricto respeto de las exigencias dimanantes del art. 267 TFUE.

46. En atención a las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el Derecho de la Unión, y en particular el art. 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, según la cual los tribunales ordinarios que resuelven en apelación o en última instancia están obligados, cuando consideren que una ley nacional es contraria al art. 47 de la Carta, a solicitar al Tribunal Constitucional, durante el procedimiento, la anulación con carácter general de la ley en lugar de limitarse a dejar de aplicarla en el caso concreto, en la medida en que el carácter prioritario de ese procedimiento tenga como efecto impedir, tanto antes de la presentación de la referida solicitud al órgano jurisdiccional nacional competente para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes como, en su caso, después de la resolución del citado órgano sobre esa solicitud, que los tribunales ordinarios ejerzan su facultad o cumplan su obligación de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En cambio, el Derecho de la Unión, y en particular el art. 267 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal normativa nacional cuando los tribunales ordinarios sigan estando facultados

– para plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que consideren necesaria, en cualquier momento del procedimiento que estimen apropiado, e incluso una vez finalizado el procedimiento incidental de control general de las leyes,

– para adoptar toda medida necesaria a fin de garantizar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, y

– para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, la disposición legislativa nacional controvertida si la consideran contraria al Derecho de la Unión.

Incumbe al tribunal remitente verificar si la normativa nacional puede interpretarse conforme a estas exigencias del Derecho de la Unión. [...]

60. Ahora bien, aunque el Tribunal de Justicia ha declarado, en las circunstancias particulares de los asuntos que dieron lugar a las sentencias *Hypoteční banka y G*, que el Reglamento nº 44/2001, interpretado a la luz del art. 47 de la Carta, no se opone a un procedimiento contra un demandado ausente en el que éste ha sido privado de la facultad de defenderse eficazmente, este Tribunal ha hecho hincapié en el hecho de que dicho demandado tiene la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa oponiéndose, en virtud del art. 34, punto 2, del citado Reglamento, al reconocimiento de la sentencia dictada en su contra (véanse, en este sentido, sentencias *Hypoteční banka*, aps. 54 y 55, y *G*, C-292/10, aps. 57 y 58). Esta posibilidad de recurso sobre la base del art. 34, punto 2, del referido Reglamento presupone sin embargo, como se ha indicado en el ap. 56 de la presente sentencia, que el demandado esté en rebeldía y que los actos procesales realizados por el curador o representante judicial por ausencia no equivalgan a la comparecencia del demandado ausente a efectos del mencionado Reglamento. En cambio, en el caso de autos, los actos procesales realizados por el representante judicial por ausencia en virtud del art. 116 de la ZPO tienen por efecto que deba considerarse que A ha comparecido ante el tribunal que conoce del asunto a la luz de la normativa nacional. Pues bien, una interpretación del art. 24 del Reglamento nº 44/2001 según la cual ese curador o representante judicial por ausencia puede comparecer en nombre del demandado ausente a efectos del art. 24 del Reglamento nº 44/2001 no puede considerarse que establezca un justo equilibrio entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.

61. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el art. 24 del Reglamento nº 44/2001, considerado a la luz del art. 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional designa con arreglo a la legislación nacional un representante judicial por ausencia para un demandado al que no se ha notificado el escrito de demanda por carecer de lugar de residencia conocido, la comparecencia de dicho representante no equivale a la comparecencia del demandado ausente, a efectos del art. 24 del citado Reglamento, que determina la competencia internacional del tribunal nacional.

[A Y B Y OTROS]

Obs.: J.F. Sánchez Barrilao y S.A. Sánchez Lorenzo, “Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial”, *La Ley: Unión Europea*, nº 20, 2014, pp. 5-14.

SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA RESOLUCIÓN MEDIANTE LA QUE SE ACUERDA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES

2014-2015/22.- Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 23 octubre 2014. Asunto C-302/13. Ponente: C. Toader.

Espacio judicial europeo.- Reglamento (CE) nº 44/2001.- **Art. 31.-** Art. 1, ap. 1.- **Ámbito de aplicación.-** Materia civil y mercantil.- **Concepto.-** Demanda de indemnización por los daños y per-

juicios derivados de la supuesta infracción del Derecho de la competencia de la Unión Europea.– Reducción de las tasas aeroportuarias.– Art. 22, punto 2.– Competencias exclusivas.– Concepto.– Litigio en materia de sociedades y de personas jurídicas.– Decisión por la que se conceden las reducciones.– Art. 34, punto 1.– Motivos de denegación del reconocimiento.– Orden público del Estado requerido.

Normas aplicadas: Arts. 1, 22.2º, 3.1º y 35.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

36. Tal y como señaló la Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, la imposibilidad de aplicar las disposiciones de Derecho nacional controvertidas en el litigio principal no es una consecuencia directa de la acción indemnizatoria, sino todo lo más una consecuencia indirecta resultante de un control por vía de excepción.

37. En segundo término, el Estado letón no es parte en el litigio principal y el mero hecho de que sea accionista de dichas entidades no constituye una circunstancia equivalente a aquella en la que el referido Estado miembro ejerce prerrogativas de poder público. Esta consideración resulta especialmente válida cuando dichas entidades, ciertamente propiedad en su mayor parte o en su totalidad del referido Estado, se comportan como cualquier otro operador económico, ya sea persona física o jurídica, que opera en un mercado determinado. Dicha acción no se dirige contra comportamientos o procedimientos que constituyan una manifestación de prerrogativas de poder público por una de las partes en el litigio, sino contra actos realizados por particulares (véase, en este sentido, la sentencia Apostolides, ap. 45).

38. De las anteriores consideraciones se desprende que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una acción como la controvertida en el litigio principal, mediante la que se pretende obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, está comprendida en el concepto de “materia civil y mercantil” en el sentido de esta disposición y, está, por tanto, incluida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento.

[...]

41. Según se desprende de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, el fondo del litigio principal se refiere a una demanda de indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, y no a la validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas, o a la validez de las decisiones de sus órganos, en el sentido del art. 22, punto 2, del referido Reglamento.

42. Por lo tanto, procede responder a la primera parte de las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el art. 22, punto 2, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una acción como la controvertida en el litigio principal, mediante la que se pretende obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de supuestas violaciones del Derecho de la Unión en materia de competencia, no constituye un procedimiento relativo a la validez de las decisiones de los órganos de sociedades en el sentido de la referida disposición.

43. En vista de la respuesta dada a la primera parte de las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, no es necesario responder a la segunda parte de éstas relativa al art. 35, ap. 1, del referido Reglamento.

[...]

56. Tal y como señaló la Abogado General en los puntos 84 y 85 de sus conclusiones, el concepto de “orden público” en el sentido del art. 34, punto 1, del Reglamento nº 44/2001, pretende proteger intereses jurídicos expresados en una norma jurídica y no intereses puramente económicos. Ello es válido igualmente cuando, tal y como se recuerda en el ap. 37 de la presente sentencia, quien ostenta el poder

público se comporta como un operador económico, en el caso de autos, como accionista, y se expone a sufrir ciertos perjuicios.

57. Se desprende, por un lado, de las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, que las consecuencias pecuniarias resultantes del importe de las posibles pérdidas fueron objeto de debate ante los órganos jurisdiccionales lituanos. Por otro lado, como señala la Comisión Europea, las medidas provisionales y cautelares controvertidas en el litigio principal no consisten en abonar una cantidad, sino únicamente en someter a vigilancia los bienes de los demandados en el litigio principal.

58. Por consiguiente, procede considerar que el mero hecho de invocar consecuencias económicas graves no constituye una violación del orden público del Estado miembro requerido en el sentido del art. 34, punto 1, del Reglamento nº 44/2001.

59. De las anteriores consideraciones se desprende que el art. 34, punto 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que ni el método de cálculo del importe de las sumas a las que se refieren las medidas provisionales y cautelares adoptadas mediante una resolución cuyo reconocimiento y ejecución se solicitan, cuando es posible seguir el razonamiento que llevó a la fijación del importe de las sumas y existían vías de recurso para impugnar tal método de cálculo de las cuales se hizo uso, ni el mero hecho de invocar consecuencias económicas graves, constituyen motivos que demuestren que se ha violado el orden público del Estado requerido y que permitan denegar el reconocimiento y la ejecución en dicho Estado miembro de tal resolución adoptada en otro Estado miembro.

[AS FLYLAL—LITHUANIAN AIRLINES, EN LIQUIDACIÓN Y VAS STARPTAUTISKĀ LIDOSTA RĪGA, AS AIR BALTIC CORPORATION]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE INFRACCIÓN DE DERECHOS DE AUTOR EN INTERNET

2014–2015/23.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 22 enero 2015. Asunto C–441/13. Ponente: M. Safjan.

Espacio judicial europeo.– Reglamento (CE) nº 44/2001.– Art. 5.3º.– Competencias especiales en materia delictual o cuasidelictual.– Derechos de autor.– Contenido desmaterializado.– Puesta en línea.– Determinación del lugar del hecho dañoso.– Criterios

Normas aplicadas: Art. 5.3º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

34. Así pues, en las circunstancias del litigio principal, ha de considerarse que tanto la materialización del daño como el riesgo de dicha materialización se derivan de la posibilidad de acceder, en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción, a través del sitio de Internet de Energie Agentur, a fotografías amparadas por los derechos que esgrime la Sra. Hejduk.

35. Debe precisarse que la cuestión relativa a la extensión del daño alegado por la Sra. Hejduk pertenece al examen de la demanda en cuanto al fondo y no resulta pertinente en la fase de verificación de la competencia judicial.

36. No obstante, ha de recordarse que, habida cuenta de que la protección de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor que otorga el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda se limita al territorio de dicho Estado miembro, el órgano jurisdiccional que conozca de un asunto en virtud del lugar de materialización del daño

alegado sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio de ese Estado miembro (véase, en este sentido, sentencia Pinckney, ap. 45).

37. *En efecto, los tribunales de los demás Estados miembros siguen siendo, en principio, competentes, en virtud del art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 y del principio de territorialidad, para conocer del daño causado a los derechos de autor y a los derechos afines a los derechos de autor en el territorio de su respectivo Estado miembro, habida cuenta de que están en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado esos derechos garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado (véase, en este sentido, la sentencia Pinckney, ap. 46).*

38. *A la vista del conjunto de consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de una supuesta vulneración de los derechos de autor y de los derechos afines a los derechos de autor garantizados por el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya ejercitado la acción, dicho órgano jurisdiccional será competente, en virtud del lugar de materialización del daño, para conocer de una acción de responsabilidad por la vulneración de esos derechos cometida al ponerse en línea fotografías protegidas en un sitio de Internet accesible desde su circunscripción territorial. Dicho órgano jurisdiccional sólo será competente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenece.*

[PEZ HEJDUK Y ENERGIEAGENTUR.NRW GMBH]

Observaciones: 1. La aplicación al entorno de Internet de las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I ha sido objeto ya de un número significativo de sentencias del Tribunal de Justicia, lo que no impide que se planteen nuevas cuestiones prejudiciales en esta materia. En buena medida la STJ 22 enero 2015, C-141/13: *Hejduk*, viene a confirmar su elaborada jurisprudencia previa en la materia. La cuestión prejudicial del Handelsgericht Wien iba referida a la interpretación del art. 7.2º RB I bis (art. 5.3º RB I) “en un litigio relativo a una vulneración de los derechos afines a los derechos de autor, cometida supuestamente al mantenerse disponible una fotografía en una página web y dándose la circunstancia de que dicha página web es operada bajo el dominio de primer nivel de un Estado miembro diferente de aquel en que el titular del derecho tiene su domicilio”.

2. En síntesis, el Tribunal de Justicia confirma que en tales situaciones son competentes con base en ese artículo para conocer de las demandas por infracción de los derechos de autor y derechos afines:

A) Los tribunales del lugar de origen del daño. En este ámbito, el Tribunal de Justicia proyecta la jurisprudencia *Wintersteiger* acerca de cómo se concreta tal lugar en las infracciones por Internet a los derechos de autor y derecho afines (ap. 24: “en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la cual la supuesta infracción consiste en la... puesta en línea, en un determinado sitio de Internet, de fotografías sin el consentimiento de su autor, procede considerar como hecho causal el desencadenamiento del proceso técnico consistente en exhibir las fotografías en el citado sitio de Internet. Por lo tanto, el hecho que genera una eventual vulneración de los derechos de autor reside en la conducta del propietario de dicho sitio”, aclarando posteriormente que en un asunto como el del litigio principal, los actos u omisiones que pueden constituir tal vulneración sólo pueden localizarse en el lugar en que se encuentra la sede de la empresa supuestamente responsable, pues ése fue el lugar en el que la misma tomó y ejecutó la decisión de poner en línea las fotografías en un determinado sitio de Internet (aps. 25 y 26). Los tribunales del lugar de origen son competentes con base en el 7.2º RB I bis para conocer del conjunto del daño, pero en un caso como el del litigio principal ese criterio de competencia presenta escasa relevancia práctica, pues tal competencia y con ese alcance resulta ya para esos tribunales del fuero general del domicilio del demandado.

B) Los tribunales de los diversos lugares de manifestación del daño, que sólo serán competentes para conocer del daño causado a los derechos de autor y derechos conexos en el territorio de su respectivo Estado miembro. El Tribunal vincula el alcance de este criterio de competencia con el carácter territorial

de los derechos de autor y los derechos afines, que le lleva a concluir, en la línea de su sentencia *Pinckney*, que tales tribunales “están en mejores condiciones de valorar, por una parte, si efectivamente se han vulnerado esos derechos garantizados por el Estado miembro de que se trate y, por otra parte, para determinar la naturaleza del daño causado” (ap. 37).

3. El aspecto más controvertido de la posición del Tribunal (aps. 33–35) tiene que ver con su criterio acerca de la mera accesibilidad de los contenidos infractores en el país cuyos derechos son supuestamente infringidos como elemento suficiente para apreciar la materialización del daño a los efectos de fundar la competencia judicial internacional de esos tribunales, en línea con la sentencia *Pinckney*. Pese a esa toma de posición, a mi modo de ver no debe excluirse que en otras situaciones sea razonable la verificación de que en el caso concreto la accesibilidad del sitio web en el territorio para el que se reclama la protección permite apreciar que puede producirse un daño en ese concreto territorio a los efectos del art. 7.2º. En todo caso, el Tribunal destaca que la cuestión relativa a la extensión del daño “pertenece al examen de la demanda en cuanto al fondo y no resulta pertinente en la fase de verificación de la competencia judicial” (ap. 35).

4. En conclusión, la respuesta dada por el Tribunal resulta coherente con su jurisprudencia previa en este ámbito. El Tribunal no aborda la posibilidad planteada por las conclusiones del Abogado General, en el sentido de que tratándose de daños deslocalizados (“cuya ubicación territorial no admite determinación con arreglo a criterios fiables de prueba”) cabría rechazar la posibilidad de atribuir competencia en virtud del art. 7.2º RB I bis con base en el lugar de materialización del daño. El criterio de materialización del daño resulta un componente esencial del art. 7.2º RB I bis, incluso tratándose de la eventual infracción de derechos patrimoniales de autor mediante la difusión de contenidos a través de Internet. El lugar (o lugares) de materialización coincide típicamente con el país cuyos derechos son infringidos (o con cada uno de los países cuyos derechos son supuestamente infringidos), de modo que resultaría difícil aceptar que, por ejemplo, los tribunales del Estado miembro A no vayan a ser competentes de la eventual infracción de los derechos patrimoniales de autor en su territorio, en la medida en que la demanda tenga por objeto la violación de derechos en dicho Estado miembro, incluso si tal infracción es el resultado de la difusión de contenidos con alcance global a través de Internet.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO *.

**CONSUMIDOR, DOMICILIADO EN UN ESTADO MIEMBRO, QUE HA ADQUIRIDO
TÍTULOS, EMITIDOS POR UN BANCO ESTABLECIDO EN OTRO ESTADO
MIEMBRO, A TRAVÉS DE UN INTERMEDIARIO ESTABLECIDO EN UN TERCER
ESTADO MIEMBRO**

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ **

1. En esta Sentencia se aborda la competencia internacional de los tribunales con motivo de la reclamación de un inversor privado frente al Banco emisor de títulos establecido en otro Estado miembro. El Sr. Kolassa, demandante y domiciliado en Austria, adquirió certificados X1 Global EUR Index a través del banco austriaco Direktanlage.at. Estos certificados habían sido emitidos por Barclays Bank, con domicilio en el Reino Unido, en el mercado primario en Alemania donde diversos inversores institucionales, entre ellos el DAB Bank AD, adquirieron los mismos. A su vez, el DAB Bank AD transmitió los certificados a su filial en Austria, el banco Direktanlage.at.

* Catedrático de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

** Profesor titular acreditado de DIPr. Universidad de Alicante.

En cumplimiento de la legislación aplicable, el Barclays Bank difundió el folleto y las condiciones generales donde se publicaba la información necesaria que permitía al inversor formular un juicio fundado sobre la inversión que se proponía. Estos documentos contractuales fueron también notificados en Austria, lo que desvela la intención del emisor de llevar a cabo su actividad y la comercialización del producto en ese territorio. La entidad Direktanlage.at tenía la custodia de los certificados en régimen de depósito fiduciario por lo que el banco emisor, el Barclays, no era el tenedor de los títulos pero sí el obligado al pago al titular de la obligación, el Sr. Kolassa. A su vez, el valor de reembolso de los certificados venía asociado a un índice compuesto por una cartera de varios fondos de referencia y para llevar a cabo la gestión de esta cartera el Barclays había designado a la sociedad X1 Fund Allocation GMBH, establecida en Alemania, como sociedad gestora.

En opinión del Sr. Kolassa, la incorrecta gestión de esos fondos derivó en la pérdida de valor de los certificados en los que había invertido por lo que decidió exigir la responsabilidad contractual, precontractual y delictual del Barclays Bank por los daños y perjuicios causados, presentando una demanda ante los tribunales de su domicilio, el Handelsgericht Wien. En su contestación, el Barclays cuestionó la competencia de dicho órgano jurisdiccional por lo que éste decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE tres cuestiones relacionadas con la competencia judicial internacional del tribunal del domicilio del demandante para conocer de la reclamación presentada, ya sea: a) en virtud del foro de protección del consumidor previsto en el art. 15.1º Reglamento Bruselas I (ahora art. 17.1º Reglamento Bruselas I bis); b) del foro de competencia especial en materia contractual previsto en el art. 5.1º.a) (ahora 7.1º.a) Reglamento Bruselas I bis) o; c) del foro del lugar de producción del hecho dañoso en materia delictual o cuasidelictual previsto en el art. 5.3º (ahora 7.3º Reglamento Bruselas I bis).

2. La aplicación del foro de competencia especial en materia de contratos celebrados con los consumidores requiere el cumplimiento de tres requisitos, a saber: a) la calificación del inversor privado como consumidor; b) la pertenencia del contrato a alguna de las categorías previstas en el art. 15.1º Reglamento Bruselas I (ahora art. 17.1º Reglamento Bruselas I bis) y, c) la existencia de un contrato efectivamente celebrado entre el emisor y el inversor.

En el ámbito de los servicios financieros los contratos internacionales de inversión suscritos por un inversor privado deben ser calificados como contratos de consumo, pues la actividad del ahorrador-inversor es la propia de un consumidor que adquiere bienes y servicios en el mercado de valores. En defensa de esta tesis ha de citarse la doctrina del TJUE que ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia defendiendo la inclusión del pequeño inversor en el concepto de consumidor en relación a contratos del mercado de valores (*vid.* SSTJ 19 enero 1993, as. C-89/91: *Hutton*, aps. 19 y 22; y 15 septiembre 1994, as. C-318/93: *Brenner y Noller*).

Por lo tanto, a la vista de los hechos presentados por el tribunal austriaco en el asunto de referencia, parece una cuestión pacífica el hecho de que el Sr. Kolassa actuaba en calidad de consumidor, en cuyo caso se cumpliría la primera de las premisas previstas en el mencionado artículo para su aplicación, es decir, que una parte contractual tenga la consideración de consumidor y que actúe en un contexto ajeno a su actividad profesional.

3. Por lo que se refiere a la pertenencia del contrato a una de las categorías incluidas en el mencionado artículo, el Tribunal no se pronuncia expresamente sobre cual de ellas sería la apropiada, si bien se hace eco de las manifestaciones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar quien considera que este contrato solo puede integrarse en el supuesto previsto en la letra c) ya que los certificados suscritos por el Sr. Kolassa no constituyen mercaderías en el sentido del art. 15 del Reglamento.

Coincido plenamente con este criterio pues, en mi opinión, resulta incuestionable el acomodo del contrato de inversión celebrado por el Sr. Kolassa dentro de la categoría de los contratos de prestación de servicios que encaja dentro de lo que el Reglamento denomina “*en los demás casos*”, teniendo en cuenta el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos en el mismo, a saber: a) que la parte cocontratante –la entidad emisora– ejerciese actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del

domicilio del consumidor; o b) que dirigiese sus actividades comerciales o profesionales, por cualquier medio, al Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades.

4. Más compleja resulta, sin embargo, la acreditación del tercer requisito que, de manera cumulativa, exige el art. 15.1º, a saber, la existencia de un contrato (efectivamente celebrado) entre el consumidor y el profesional demandado. En este caso, no se puede deducir la existencia de un contrato entre la entidad emisora, el Barclays, y el inversor puesto que éste no adquirió los certificados directamente del emisor, a pesar de la difusión del folleto que el Barclays llevó a cabo en el Estado donde el inversor se encontraba domiciliado. Consecuentemente, no se cumplían los tres requisitos exigidos para la aplicación del foro de competencia especial en materia de contratos celebrados con los consumidores tal y como manifiesta el TJUE en su Sentencia.

5. Descartada, pues, la posibilidad de aplicar el foro de competencia especial en materia de contratos celebrados por los consumidores, se planteaba como alternativa la competencia especial en materia contractual al amparo del art. 5.1º.a) Reglamento Bruselas I (ahora art. 7.1º a) Reglamento Bruselas I bis). Para ello, había que confirmar la existencia de una obligación jurídica libremente consentida entre el emisor y el inversor y determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda.

Si bien la existencia o celebración de un contrato no es un requisito previo para la aplicación de este foro al contrario de lo expuesto en relación al foro de competencia en materia de consumo, el concepto de “materia contractual” al que se refiere el Reglamento Bruselas I no puede entenderse sin la existencia de un compromiso libremente asumido por cada una de las partes frente a la otra. Y así, respecto al contenido y alcance del término “obligación que sirve de base a la demanda”, la doctrina del TJUE considera que se trata de aquella obligación en la que se basa la acción judicial del actor, es decir, la obligación que ha de cumplir el demandado y cuya inexecución invoca la parte actora para justificar su demanda (*vid.* STJ 6 octubre 1976, as. C-14/76: *De Bloos*, aps. 15 y 16). Sin embargo, de acuerdo con la documentación obrante en este litigio, no se puede deducir la existencia de una obligación de la entidad emisora frente al inversor, ya que éste adquirió los certificados a través del banco intermediario, tal y como ya he explicado.

Finalmente, llama poderosamente la atención que el TJUE atribuya al tribunal remitente la función de comprobar la existencia de una obligación libremente asumida por parte del emisor frente al inversor sin facilitar ningún tipo de guía o criterio de aplicación, ya que contraviene el principio de interpretación autónoma del concepto “materia contractual”, que ha venido defendiendo en su jurisprudencia como un elemento necesario para garantizar la aplicación uniforme del Reglamento en todos los Estados miembros (*vid.* STJ 14 marzo 2013, as. C-419/11: *Česká spořitelna*, ap. 46).

6. En cualquier caso, aún cuando pudiese probarse la existencia de una obligación entre las partes ello no siempre garantizaría la competencia del tribunal remitente salvo que, además, fuese el del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda. Ese “lugar” será el elegido por las partes en el contrato y, en su defecto, el designado por el Derecho aplicable al contrato de conformidad con las normas de Derecho internacional privado del tribunal que conoce del litigio. Así, con el fin de clarificar y unificar el criterio de aplicación de estos conceptos, el art. 5.1 b) del Reglamento incorpora una definición autónoma del término “lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda” en los contratos de compraventa de mercaderías y en los contratos de prestación de servicios.

En el supuesto que nos ocupa la emisión y comercialización de títulos o certificados a particulares constituye una prestación de servicios de inversión (la obligación que sirve de base a la demanda) por lo que, si fuese aplicable la regla del *forum executionis*, el lugar del cumplimiento de la obligación sería el Estado miembro en el que según el contrato la entidad emisora y la comercializadora debieren cumplir

la prestación antes señalada. Lógicamente, y en ausencia de pacto en el contrato, éste coincidirá con el lugar en el que las mencionadas entidades tengan su sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal. Resumiendo, en el caso del Barclays en Reino Unido y en el caso de la comercializadora, el banco Direktanlage.at, en Austria. Por consiguiente, si consideramos que el lugar donde se ha prestado el servicio coincide con el domicilio del emisor, tampoco la existencia de una obligación entre el inversor y el emisor garantizaría la aplicación del foro del domicilio de este último al amparo del art. 5.1º del Reglamento.

7. Excluida, igualmente, la existencia de una obligación de naturaleza contractual entre el emisor de los certificados y el inversor, solamente cabe considerar si el supuesto incumplimiento de las condiciones del folleto donde se facilitaba la información a los inversores, así como la supuesta falta de control en la gestión de los fondos a los que se vinculaba el valor de los certificados, podría dar lugar a una acción de responsabilidad contra el Barclays que tuviese encaje dentro del concepto de materia delictual o cuasidelictual en el sentido del art. 5.3º Reglamento Bruselas I (ahora art. 7.2º Reglamento Bruselas I bis). De ser así, el Sr. Kolassa podría demandar al emisor ante los tribunales de su domicilio, siempre y cuando fuese posible identificar el mismo con el lugar donde se hubiese producido el hecho dañoso.

Para ello hay que tener en cuenta que la “materia delictual o cuasidelictual”, a que se refiere el art. 5.3º Reglamento Bruselas I, comprende toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual”, en el sentido del art. 5.1º. a) de dicho Reglamento. Por otra parte, los daños sufridos por los inversores en el ámbito de la contratación de servicios financieros de inversión por el incumplimiento de las condiciones previstas en el folleto encajan en la “materia delictual o cuasidelictual” al objeto de aplicar la mencionada regla especial de competencia tal y como revela la doctrina del TJUE (*vid.* STJ 1 junio 2004, as. C-168/02: *Kronhofer*).

8. A su vez, la expresión “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” se refiere tanto al lugar del hecho causal que origina el daño cuanto al lugar donde se ha producido el daño. Por consiguiente, el inversor podrá demandar al emisor de los certificados ante los órganos jurisdiccionales de su domicilio en la medida en que pueda acreditarse que es allí donde se ha producido el hecho causal o el hecho dañoso. Ahora bien, este concepto ha de ser debidamente delimitado pues ha de presentar un vínculo de conexión particularmente estrecho con la controversia que justifique la atribución de competencia a dichos tribunales, no siendo suficiente que el inversor haya sufrido algún perjuicio económico en el Estado donde se encuentre domiciliado si, por ejemplo, tanto el hecho causal del daño cuanto la materialización del mismo se localizasen en otro Estado miembro.

No es este el caso, pues parece evidente que el hecho causal que origina el daño se debe localizar en el Reino Unido –domicilio de la entidad emisora– ya que se trata del lugar donde se decidieron las modalidades de inversión, el contenido del folleto y las condiciones generales de contratación con los inversores, así como del lugar de difusión del folleto, al menos, inicialmente. Por todo ello, el TJUE argumenta que no es posible localizar en el domicilio del inversor las acciones que dieron lugar al hecho causal. Empero, tanto el folleto cuanto las condiciones generales fueron notificadas también en Austria por lo que, en mi opinión, no debería descartarse la localización del hecho causal en el domicilio del inversor, a pesar de que las acciones u omisiones que originaron el incumplimiento por parte del banco emisor presentan un vínculo de conexión particularmente más estrecho con el Estado miembro donde tiene su sede estatutaria.

9. Curiosamente, el Abogado General en sus conclusiones utiliza el hecho de la publicación del folleto en Austria como un indicio para justificar la producción del hecho dañoso en el domicilio del demandante citando la doctrina del TJUE en sus asuntos *Shevill y otros* y *eDate Advertising y otros*, (*vid.* SSTJ 7 marzo 1995, as. C-68/93, ap. 33; y de 25 octubre 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ap. 52, respectivamente)

En mi opinión, la publicación del folleto en el Estado del domicilio del inversor podría ser considerado como un indicio para identificar ese territorio con el lugar en el que se ha producido el hecho causal, pero no con el lugar de localización del daño que ha de venir determinado por otros indicios más sólidos. Así, respecto a la materialización del daño parece evidente que el inversor sufrió las consecuencias económicas negativas en Austria, donde contrató con el banco Direktanlage.at y tiene su domicilio, si bien el TJUE enfatiza la importancia de concretar el daño causado al inversor en una cuenta bancaria abierta en una entidad financiera establecida en el territorio de los tribunales de su domicilio (lugar del daño económico). Esta vinculación que establece el TJUE entre el lugar de emplazamiento de la cuenta bancaria y el lugar en el que se materializa el daño puede parecer excesiva porque no siempre resultará apropiado identificar el lugar de localización del daño con el territorio donde se encuentre establecida la entidad financiera y la cuenta de la persona que ha sufrido el perjuicio económico. Por otra parte, esta situación podría inducir a los inversores a elegir la cuenta de la entidad financiera en función de su localización geográfica obligando así a la otra parte contratante a litigar en diversos estados y fomentando el *forum shopping*.

Lamentablemente, el TJUE no explora esta posibilidad ni se pronuncia de manera explícita sobre esta cuestión. Al contrario, plantea nuevos interrogantes ya que, por una parte, considera necesaria la conexión entre la localización del daño y la cuenta bancaria para determinar el foro competente y, por otra, reconoce que "... el emisor de un certificado que no cumple sus obligaciones legales relativas al folleto, cuando decide que se difunda el folleto relativo a este certificado en otros Estados miembros, debe esperar que inversores insuficientemente informados, domiciliados en otros Estados miembros, inviertan en este certificado y sufran el daño", obviando, en este caso, cualquier referencia a la situación de la cuenta bancaria del inversor.

10. Resulta evidente la interpretación restrictiva del "lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso", pues el TJUE estima que una interpretación más amplia podría generar incertidumbre en la determinación del tribunal competente y por ello se decanta por el sitio donde el inversor tiene su cuenta bancaria en lugar del domicilio del demandante en el que se localice el centro de su patrimonio.

No obstante, considero que esta interpretación restrictiva de los foros especiales en la que se escuda con relativa frecuencia el TJUE no puede ser mantenida a toda costa cuando ello suponga vaciarlos de contenido. Por el contrario, una interpretación "expansiva" de los foros especiales de competencia puede justificarse al amparo del propio Reglamento y, de manera especial de su Considerando nº 11 –el mismo texto que el TJUE emplea para justificar su interpretación restrictiva–, donde dispone: "La competencia judicial debe regirse siempre por este principio [domicilio del demandado], excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión".

En cualquier caso, parece evidente que el inversor, Sr. Kolassa podrá demandar ante los tribunales de su domicilio al emisor de los certificados por el perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de la inversión efectuada y con base al foro de competencia previsto en el art. 5.3º Reglamento Bruselas I en materia delictual o cuasidelictual, ya sea por haberse producido el hecho causante o la materialización del daño en el Estado miembro de su domicilio.

11. La última cuestión que se planteaba en este asunto se refiere a los hechos que ha de tomar en consideración el tribunal de instancia para verificar su competencia internacional. Así, cuando los criterios de conexión utilizados para determinar la competencia sirvan también para resolver el fondo del litigio –por ejemplo, el lugar del cumplimiento del contrato o el lugar de producción del daño– nos encontramos ante lo que se denomina "hechos con doble relevancia". En estos casos, el juez nacional ha de dilucidar su competencia con carácter previo a la resolución del fondo del litigio y, para ello, tendrá que decidir si lleva a cabo una práctica exhaustiva o, por el contrario, basta con dar veracidad a las alegaciones presentadas por la parte demandante.

El TJUE, da una respuesta que puede considerarse un tanto contradictoria ya que, por una parte, estima que el tribunal de instancia no está obligado a llevar a cabo una práctica exhaustiva de la prueba y, por otra, que debe examinar toda la información de que disponga en aras a una buena administración de la justicia. Para conjugar estas dos premisas procede recordar que el tribunal de instancia ha de poder determinar con facilidad su competencia con arreglo al Reglamento Bruselas I sin verse obligado a realizar un examen sobre el fondo del asunto pues tal exigencia podría afectar de manera negativa al principio básico de seguridad jurídica garantizado en dicha norma.

En definitiva, lo importante para justificar la competencia judicial será identificar los puntos de conexión con el Estado del foro y, en este sentido, bastaría que el tribunal remitente considerase únicamente las alegaciones aportadas por la parte demandante, *en lo que respecta a los requisitos de la responsabilidad delictual o cuasidelictual*. Pero esta situación puede plantear problemas si, tras analizar el fondo del asunto, el tribunal concluye que el hecho que sirvió para determinar su competencia no ha quedado probado –v.gr., la producción del daño– ya que en estos casos el tribunal no revisa su competencia sino que procede a adoptar una solución, en este caso absolutoria, que tiene efectos de cosa juzgada. Por este motivo, cuando el juez de instancia disponga de otros elementos que permitan valorar de forma más certera su competencia –v.gr., las alegaciones de la parte demandada– parece razonable que pueda o deba tomarlas en consideración a estos efectos. Todo ello en aras a la buena administración de justicia y al respeto de la autonomía de la ha de gozar el tribunal en el ejercicio de sus funciones, tal y como dispone el TJUE en su Sentencia.

2014-2015/24.- Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 28 enero 2015. Asunto C-375/13. Ponente: M. Safjan.

Competencia judicial en materia civil y mercantil.- Espacio de libertad, seguridad y justicia.- Reglamento (CE) nº 44/2001.- Contratos celebrados por los consumidores.- Consumidor, domiciliado en un Estado miembro, que ha adquirido títulos, emitidos por un banco establecido en otro Estado miembro, a través de un intermediario establecido en un tercer Estado miembro.- Competencia para conocer de las acciones contra el banco emisor de dichos títulos.

Normas aplicadas: Arts. 5.1º 1, letra a), y 3, y 15.1º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

[...]

33. Ciertamente, el Tribunal de Justicia ha señalado que el concepto de “otra parte contratante” utilizado en el art. 16, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que designa igualmente al cocontratante del operador con el que el consumidor haya celebrado dicho contrato (sentencia Maletic, ap. 32). No obstante, esta interpretación se basa en circunstancias concretas en las que el consumidor estaba de antemano vinculado contractualmente, de modo indisociable, a dos cocontratantes. Por otra parte, la exclusión del cocontratante establecido en el territorio del Estado miembro del consumidor del ámbito de aplicación de dicho art. 16 habría tenido como consecuencia que el tribunal que conocía de la acción de condena solidaria de los dos cocontratantes sólo habría sido competente respecto del operador establecido en otro Estado miembro.

34. Tal interpretación no puede aplicarse en las circunstancias del litigio principal, en las que no se ha celebrado en modo alguno un contrato con el profesional demandado.

35. De las consideraciones anteriores se desprende que el art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, el demandante que, como consumidor, ha adquirido un título de deuda al portador a un tercero profesional, sin que se haya celebrado un contrato entre dicho consumidor y el emisor de dicho título.- lo que corresponde comprobar al tribunal remitente.-, no puede invocar la competencia establecida en esa disposición

para interponer una acción frente a la entidad emisora del mencionado título de deuda basada en las condiciones del empréstito, en el incumplimiento de las obligaciones de información y de control y en la responsabilidad del folleto.

[...]

38. Contrariamente al requisito exigido en el art. 15, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001, la celebración de un contrato no es un requisito de aplicación del art. 5, punto 1, del mismo Reglamento, de modo que la exclusión de la competencia con arreglo a la primera disposición no prejuzga necesariamente la aplicabilidad de la segunda.

39. Sin embargo, si bien el art. 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001 no exige la celebración de un contrato, para que éste se aplique resulta indispensable identificar una obligación, dado que la competencia del órgano jurisdiccional nacional en virtud de esta disposición se determina en función del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirva de base a la demanda. De este modo, la aplicación de la regla de competencia especial prevista en materia contractual en dicha disposición presupone la determinación de una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante (véase la sentencia Česká spořitelna, aps. 46 y 47).

40. A este respecto, se desprende de la presentación sucinta de los hechos realizada por el tribunal remitente que en las circunstancias del litigio principal no existe tal obligación jurídica libremente consentida por Barclays Bank respecto del Sr. Kolassa, aunque, en virtud del Derecho nacional aplicable, Barclays Bank tenga ciertas obligaciones frente al Sr. Kolassa.

41. De las consideraciones precedentes se deduce que el art. 5, punto 1, letra a), del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, un demandante que ha adquirido un título de deuda al portador a un tercero, sin que su emisor haya asumido libremente una obligación frente a dicho demandante, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente, no puede invocar la competencia establecida en esta disposición a los fines de la acción interpuesta contra el mencionado emisor basada en las condiciones del empréstito, en el incumplimiento de las obligaciones de información y de control y en la responsabilidad del folleto.

[...]

56. El lugar de materialización del daño así identificado responde, en circunstancias como las recogidas en el ap. 51 de la presente sentencia, al objetivo del Reglamento nº 44/2001 dirigido a reforzar la protección jurídica de las personas establecidas en la Unión, permitiendo a la vez al demandante identificar fácilmente el tribunal al que puede acudir y al demandado prever razonablemente aquel ante el que puede ser demandado (véase, en este sentido, la sentencia Kronhofer, ap. 20), dado que el emisor de un certificado que no cumple sus obligaciones legales relativas al folleto, cuando decide que se difunda el folleto relativo a este certificado en otros Estados miembros, debe esperar que inversores insuficientemente informados, domiciliados en otros Estados miembros, inviertan en este certificado y sufran el daño.

57. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se aplica a una acción que tiene por objeto que se declare la responsabilidad del emisor de un certificado por el folleto relativo a éste y por el incumplimiento de otras obligaciones jurídicas de información que incumben a dicho emisor, siempre que esta responsabilidad no esté incluida en la materia contractual, en el sentido del art. 5, punto 1, de dicho Reglamento. En virtud del punto 3 del mismo art. 5, los tribunales del domicilio del demandante son competentes, en razón de la materialización del daño, para conocer de tal acción, en particular, cuando el daño alegado se materializa directamente en una cuenta bancaria que el demandante tiene en un banco establecido en el territorio de estos tribunales.

[...]

64. Por consiguiente, aunque el tribunal nacional que conoce del asunto no está obligado, en el supuesto de que el demandado refute las alegaciones del demandante, a llevar a cabo una práctica de la prueba en la fase de determinación de la competencia, ha de precisarse que tanto el objetivo de una

buena administración de la justicia, que subyace al Reglamento nº 44/2001, como el respeto debido a la autonomía del juez en el ejercicio de sus funciones exigen que el tribunal que conoce del asunto pueda examinar su competencia internacional a la luz de toda la información de la que dispone, incluidas, en su caso, las objeciones expuestas por el demandado.

65. Vistas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que, en el marco de la verificación de la competencia con arreglo al Reglamento nº 44/2001, no es preciso llevar a cabo una práctica exhaustiva de la prueba relativa a los hechos controvertidos que son relevantes tanto para determinar la competencia como para demostrar la existencia del derecho invocado. No obstante, el tribunal que conoce del asunto puede examinar su competencia internacional a la luz de toda la información de que dispone, incluidas, en su caso, las objeciones expuestas por el demandado.

[HARALD KOLASSA Y BARCLAYS BANK PLC]

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN CONTRATOS CELEBRADOS POR UN CONSUMIDOR

2014-2015/25.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vegésima, Sentencia nº 111/2015, de 24 marzo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez. JUR/2015\108483.

Competencia judicial internacional en orden civil.- Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.- Espacio judicial europeo.- Reclamación de honorarios por servicios jurídicos.- Indicios suficientes de que la entidad demandante tenía intención de comerciar con consumidores de otros Estado miembros.- Tareas y gestiones propias de su actividad profesional de prestación de servicios jurídicos en diferentes Estados, entre ellos el del domicilio del demandado.- Competencia de los tribunales del Estado del domicilio del demandado.

Normas aplicadas: Arts. 15 a 17 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

El Reglamento de Bruselas regula la competencia, estableciendo una regla general de atribución de competencia en el art. 2, al que antes nos hemos referido, así como unas normas de atribución o competencias especiales, que en lo que afecta al caso hacen referencia a la materia objeto de contrato (art. 5) y a los contratos celebrados con consumidores (arts. 15 ss).

Entiendo que la norma que debe tenerse en cuenta en el caso presente, para determinar la competencia judicial internacional, es la establecida en el art. 15, dado el carácter tuitivo y protector de la normativa de los consumidores, así como los términos imperativos de dicho artículo, frente a los optativos o facultativos que emplea el art. 5.

La determinación de la competencia en contratos celebrados por un consumidor, conforme a los arts. 16 y 17 del Reglamento de Bruselas requiere, a su vez que se trate de un tipo de contrato de los que se indican en el art. 15, y la relación jurídica aquí analizada, entiendo que se encuentra incluida dentro de los contratos a que se refiere dicho art. 15 en su letra c); es decir, contratos celebrados por el consumidor cuando la otra parte ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades. [...]

Partiendo de lo indicado, entiendo que en el caso presente, sí existen indicios suficientes que ponen de manifiesto que en la entidad demandante sí existía esa intención de comerciar con consumidores de

otros Estado miembros, en el sentido de que realizaba tareas y gestiones propias de su actividad profesional de prestación de servicios jurídicos en diferentes Estados, entre ellos el del domicilio del demandado, como se pone de manifiesto no solo por la existencia de la página web que se refleja en las comunicaciones mantenidas con el demandado, sino también por las propias manifestaciones que se formulan en la demanda, en relación al modo de ponerse en contacto las partes, el alcance de los trabajos encomendados, referidos a si era aplicable la ley española o la Suiza o la existencia de contactos, reuniones y gestiones en diferentes países con otros Abogados y Despachos; la experiencia que se atribuye el Letrado y administrador único de la demandante, como Relator de la Corte de Inglaterra y Gales, ponen de manifiesto que sí existe por su parte esa voluntad de celebrar contratos de prestación de servicios jurídicos en el extranjero y, por tanto, la relación jurídica que vincula a las partes sí se encuentra incluida, dentro de las indicadas en el art. 15.c) RB I y, en consecuencia es de aplicación el régimen de determinación de la competencia establecido en los art. 16 y 17.

Siendo aplicable lo establecido en el art. 16 del Reglamento, su ap. 2 dispone que la acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante solo podrá interponerse ante los tribunales del estado miembro en el que estuviera domiciliado el consumidor y si bien en el art. 17 hace prevalecer sobre ello, a los acuerdos atributivos de competencia, este precepto no es de aplicación al caso presente, por cuanto la sumisión que las partes aquí enfrentadas hicieron a favor de los tribunales de Madrid no puede considerarse válida, ni aplicable, en base a lo establecido en dicho art. 17, en cuyo ap. 3 señala que para que opere dicha preferencia es preciso, entre otras circunstancias, que la ley del Estado miembro al que se atribuye la competencia prohíba este tipo de acuerdos y atribuida ésta por acuerdo de las partes a los Juzgado de España, la LEC, aunque sienta el principio del carácter dispositivo de la competencia territorial, en el art. 54 no considera válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal, cauce procesal que, según indica la parte demandante, ha sido el elegido por razones de conveniencia procesal, por lo que no sería de aplicación dicho pacto de sumisión en el presente procedimiento por cuanto la Ley española no lo permite.

En consecuencia viniendo atribuida la competencia de los tribunales del Estado del domicilio del demandado, por aplicación del Reglamento de (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, el Juzgado debió haberse declarado incompetente y al no haber actuado así, el recurso debe estimarse.

[...]En cuanto a las costas causadas en primera instancia, la decisión adoptada conlleva que no proceda hacer pronunciamiento de condena sobre las costas allí causadas, al igual que tampoco procede imponer las causadas en esta alzada al haberse estimado el recurso, en aplicación de los arts. 394.1° y 398.2° ambos de la LEC.

TÉCNICA DE ACEPTACIÓN MEDIANTE UN “CLIC” DE LAS CONDICIONES GENERALES, QUE INCLUYEN UNA CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE COMPETENCIA, DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA CELEBRADO POR VÍA ELECTRÓNICA

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

1. El TJUE se pronuncia sobre la validez formal de las cláusulas de sumisión insertas en condiciones generales de contratos electrónicos interactivos que deben ser consultadas a través del correspondiente vínculo y se aceptan marcando con un *click* en la casilla indicada. Analiza, así, la viabilidad de la técnica conocida como *click-wrapping* para vincular al prestador de servicios de la sociedad de la información que predispone las condiciones y al usuario adherente, en lo que respecta a la cláusula que contiene una elección de tribunal.

* Profesora titular de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

2. El *Landgericht Krefeld* planteó la cuestión prejudicial al TJUE (¿cumple la técnica denominada “*click-wrapping*” los requisitos de una transmisión efectuada por medios electrónicos en el sentido del art. 23, ap. 2, del Reglamento 44/2001”) como consecuencia de la demanda presentada por el Sr. Jaouad El Majdoub, dueño de un concesionario de coches de Colonia, frente a la empresa titular de una web de venta de vehículos usados: *CarsOnTheWeb*. El demandante requiere la entrega del coche eléctrico que había adquirido, y que la vendedora se negó a entregar, alegando daños en el bien como consecuencia del transporte. El comprador desconfía de estas razones: piensa que la auténtica razón para rechazar la entrega es que la operación no resultaba suficientemente beneficiosa, habida cuenta del reducido precio de venta. La demandada impugna la competencia del tribunal alemán esgrimiendo una cláusula atributiva de competencia a favor de los tribunales belgas, inserta en las condiciones generales que el demandante habría aceptado expresamente, marcando con un *click* la correspondiente casilla de conformidad, antes de cerrar la operación. La contratación se habría celebrado con la mentada técnica del *click-wrapping*: las condiciones generales, entre las que se encontraba la cláusula de competencia, no se habrían desplegado antes de la celebración del contrato, salvo en el caso de que el adherente hubiese *clickado* en el vínculo específico. Por ello, en su condición de demandante, se opone a la excepción de incompetencia, alegando que no tuvo conocimiento de la cláusula (en concreto, que era “arbitraria e inesperada” (ap.14 de la Sentencia).

Interesa indicar, antes de exponer el razonamiento que conduce al TJUE a responder afirmativamente a la pregunta planteada, que los dos contratantes tenían sus respectivos establecimientos en Alemania; y que, por más que la empresa matriz de la vendedora estuviese domiciliada en Bélgica, la compraventa se celebró con la empresa filial, alemana. Si la cláusula reguladora de la competencia judicial internacional podía resultar eficaz es, por tanto, porque el contrato no era meramente interno, habida cuenta de que el pago de la mercancía debía realizarse en Bélgica.

3. Como es sabido, de las condiciones de validez de una cláusula atributiva de competencia, el Reglamento 44/2001 (RB I, sustituido por el RB I bis) regula únicamente la relativa a la forma. El ap. 1º del art. 23 RB I (art. 25 RB I bis) dispone tres posibles, entre las que se encuentra la forma escrita. Y el apartado siguiente acoge el principio de equivalencia funcional entre la forma escrita y la transmisión efectuada por medios electrónicos, estableciendo como requisito que la transmisión “proporcione un registro duradero” (del acuerdo): *vid.* arts. 23.2º RB I y 25.2º RB I bis. Así pues, si el intercambio electrónico de datos *permite* ese registro duradero, esto es, si la cláusula de elección de tribunal puede ser almacenada e impresa por quien contrata a través de Internet, se considerará recogida “por escrito” y, por consiguiente, será formalmente válida.

He enfatizado el verbo “permitir”, porque en él reside la clave de la viabilidad del *click-wrapping*, según el TJUE, para disponer cláusulas de sumisión en condiciones generales que resulten formalmente válidas. El problema que la técnica plantea es que esas condiciones generales, al no desplegarse de forma automática antes de la contratación (al exigir, por el contrario, que la realización de una acción, la de *clickar* en el correspondiente vínculo), podrían ser desconocidas por el adherente. ¿Ha de exigirse, pues, una mayor seguridad acerca de la existencia del conocimiento de las condiciones? ¿Es preciso que el registro duradero se haya efectuado? El TJUE lo niega, acudiendo a la interpretación literal (*vid.* § 33) y al “criterio genético” (*vid.* §§ 34 y 35) (sobre la interpretación del TJUE, *vid.* M. Requejo Isidro, “El DIPr y el Derecho procesal civil europeo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en este *Anuario*, *supra*, pp. 53-72).

En efecto, el precepto permite una interpretación literal, al menos en las versiones francesa, italiana y alemana, conforme a la cual no es preciso que la cláusula atributiva de competencia haya sido desplegada, impresa o almacenada. En todas esas versiones, el art. 23.2º RB I (25.2º RB I bis) contiene un término que, de alguna u otra manera, denota “posibilidad” (no así en español, portugués o inglés). Así, tal interpretación literal (al menos, según las indicadas versiones) conduce a afirmar que la mera posibilidad de registrar el acuerdo de forma duradera satisface el requisito de forma. Además, esta lectura se reforzaría por la interpretación histórica y la teleológica, que pueden hallarse tanto en el Informe Pocar como en la Propuesta de Reglamento Bruselas I. Según el primero, en efecto, basta con que sea “*possible* crear un

registro duradero de una comunicación electrónica imprimiéndola o salvando una copia en cinta o en disco o almacenándola de cualquier otra forma” (...) aunque ese registro duradero no se haya creado de hecho, de forma que el registro no se erige en condición necesaria para la validez formal o la existencia de la cláusula” (la cursiva es mía). Por su parte, el *telos* de la introducción de ese nuevo ap. (el 2º del art. 23 RB I, art. 25 RB I bis), no es otro que procurar que “la exigencia de un acuerdo *escrito* o de un acuerdo verbal con confirmación *escrita* no cuestione la validez de una cláusula de elección del foro convenida en un soporte no escrito pero cuyo contenido sea accesible a través de una pantalla”. Y una transmisión electrónica ofrece las mismas garantías que la forma escrita sólo con que resulte posible guardar e imprimir la información antes de la celebración del contrato (*vid.*, de nuevo, § 36 de la Sentencia), se haya consultado o no, registrado o no, dicha información en ese momento previo. Y no debe extrañar que así sea: la exigencia de forma escrita procura dotar al acto de la necesaria seguridad jurídica. Si esa forma se respeta, no cabe alegar desconocimiento de la cláusula y, por ende, falta de acuerdo real de voluntades. Si las condiciones generales pueden consultarse, y pueden guardarse e imprimirse, no cabe alegar su carácter sorpresivo, como el comprador en el Asunto controvertido. De hecho, que la ventana con las condiciones (y la cláusula de sumisión) se desplegara necesariamente antes de la aceptación, o que éstas fuesen imprimidas o guardadas antes de dicha aceptación, en realidad no comportaría tampoco ninguna garantía adicional de conocimiento de dichas condiciones y acuerdo real en lo que respecta a la sumisión expresa.

4. Esta lectura, que está en la línea de lo avanzado por la doctrina (*vid.*, entre otros, P. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 1014–1015; J. Suquet Capdevila, “Páginas WEB: cláusulas de sumisión en condiciones generales en el comercio internacional por Internet”, Pompeu Casanovas (ed.), *Internet y pluralismo jurídico: formas emergentes de regulación*, Granada, Comares, 2003, pp. 141–160, esp. pp. 148–149; y R. Arenas García, “Competencia judicial internacional y acuerdos de sumisión en la contratación electrónica internacional”, *Estudios sobre Consumo*, nº 85, 2008, pp. 45–60, esp. p. 49), no resulta contraria a la realizada por el propio TJUE en relación con la inviabilidad de la práctica en lo que respecta a los contratos celebrados por consumidores. En efecto, tal y como el TJUE recuerda en esta misma resolución (*vid.* § 37), en su anterior S 5 julio 2012, as. 49/11: *Content Services Ltd y Bundesarbeitskammer*, interpretó que la obligación dispuesta en el art. 5.1º de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144 de 4.6.1997), no se veía satisfecha con el empleo de *click-wrapping*. Tal obligación se refiere a la necesidad de *entrega* de información por parte del comerciante, que sólo se satisface cuando se transmite esa información al consumidor y éste la recibe; no, por tanto, si se le obliga a *clickar* en un vínculo para acceder a esa información. En los contratos celebrados a distancia por consumidores, la finalidad de esa disposición es, evidentemente, proteger a la parte débil; y esta finalidad no es, como se ha indicado, la perseguida por el art. 23.2º RB I/art. 25.2º RB I bis.

Para concluir, interesa recordar que en el asunto litigioso ambas partes actuaban en el ejercicio de su actividad profesional, por lo que no cabía considerar su contrato como celebrado por consumidor. Pero la interpretación del TJUE no habría cambiado de haber sido el comprador un consumidor conforme a lo dispuesto en el art. 15.1º. c) RB I / art. 17.1º. c) RB I bis, toda vez que la regulación del art. 23.2º RB I / art. 25.2º RB I bis es común para todo tipo de contrato. También las cláusulas de sumisión contenidas en condiciones generales de contratos electrónicos celebrados por consumidores según lo previsto en esos artículos [art. 15.1º. c) RB I / art. 17.1º. c) RB I bis] será consideradas formalmente válidas si se aceptan a través de un *click* en la casilla correspondiente, aunque no hayan sido *entregadas* conforme a lo requerido en el art. 5.1º de la Directiva 97/7/CE. Cuestión distinta es que esas cláusulas vayan a resultar eficaces. La regulación específica del régimen Bruselas sustituye a la de la Directiva, porque en aquél también se atiende a la protección de la parte débil, limitando la eficacia de las cláusulas (arts. 17 RB I y 19 RB I bis).

2014-2015/26.- Tribunal de Justicia, Sala Tercera, de 21 mayo 2015. Asunto C-322/14. Ponente: Sra. C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.- Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.- Reglamento (CE) nº 44/2001.- Art. 23.- Cláusula atributiva de competencia.- Requisitos de forma.- Transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo.- Concepto.- Condiciones generales de contratación que pueden consultarse e imprimirse desde un enlace que permite visualizarlas en una nueva ventana.- Técnica de aceptación mediante un “clic”.

Normas aplicadas: Art. 23.2º Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

35. Una interpretación histórica y teleológica del art. 23, ap. 2, del Reglamento Bruselas I confirma asimismo esta conclusión. En efecto, según la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento (CE) del Consejo sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentada por la Comisión en Bruselas el 14 julio 1999 [COM(1999) 348 final], la norma persigue que la exigencia de un acuerdo “escrito” o de un acuerdo verbal con confirmación “escrita” no cuestione la validez de una cláusula de elección del foro convenida en un soporte no escrito pero cuyo contenido sea accesible a través de una pantalla.

36. Por lo tanto, la finalidad de ese precepto es asimilar, al objeto de simplificar la celebración de contratos por medios electrónicos, determinadas modalidades de transmisión electrónica a la forma escrita, ya que los respectivos datos también se transmiten si se puede acceder a ellos a través de una pantalla. Para que este tipo de transmisión pueda ofrecer las mismas garantías, en particular en materia de prueba, basta con que sea “posible” guardar e imprimir la información antes de la celebración del contrato.

37. Es cierto que, al interpretar el art. 5, ap. 1, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, p. 19), según el cual el consumidor deberá “recibir” determinada información, “por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero”, el Tribunal de Justicia declaró, en el ap. 51 de la sentencia Content Services (C-49/11), que no cumple lo exigido por dicha disposición una práctica comercial que consiste en dar acceso a la información sólo mediante un hipervínculo a un sitio de Internet, ya que tal información no es ni “facilitada” por la empresa ni “recibida” por el consumidor, en el sentido de la norma, y que dicho sitio de Internet no puede considerarse un “soporte duradero” en el sentido del art. 5, ap. 1.

38. Sin embargo, debe señalarse que esta interpretación no puede aplicarse al art. 23, ap. 2, del Reglamento Bruselas I, dado que tanto el tenor literal del art. 5, ap. 1, de la Directiva 97/7, que exige expresamente la transmisión de la información a los consumidores sobre un soporte duradero, como su objeto específico, la protección de los consumidores, difieren de los del mencionado art. 23, ap. 2.

39. En el litigio principal, no se ha cuestionado que la técnica de aceptación mediante un “clic” permite imprimir y guardar el texto de las condiciones generales de que se trata antes de la celebración del contrato. Por lo tanto, el hecho de que la página de Internet que contiene esas condiciones no se abra automáticamente al registrarse en la misma ni con cada operación de compra, no obsta a la validez de la cláusula atributiva de competencia.

40. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el art. 23, ap. 2, del Reglamento Bruselas I debe interpretarse en el sentido de que la técnica de aceptación mediante un “clic” de las condiciones generales, que incluyen una cláusula atributiva de competencia, de un contrato de compraventa celebrado por vía electrónica, como el del litigio principal,

constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula, en el sentido de esta disposición, siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato.

[EL MAJDOUB]

**ACCIÓN CONTRA VARIOS DEMANDADOS DOMICILIADOS EN DIFERENTES
ESTADOS MIEMBROS QUE HAN PARTICIPADO EN UN CÁRTEL DECLARADO CON-
TRARIO AL DERECHO DE LA UNIÓN**

2014–2015/27.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 21 mayo 2015. Asunto C–352/13. Ponente: M. Safjan.

Competencia judicial en materia civil y mercantil.– Espacio de libertad, seguridad y justicia.– Reglamento (CE) n° 44/2001.– Competencias especiales.– Art. 6.1°.– Acción contra varios demandados domiciliados en diferentes Estados miembros que han participado en un cártel declarado contrario a los arts. 81 CE y 53 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo para su condena solidaria al pago de una indemnización y la presentación de informaciones.– Competencia del tribunal que conoce del asunto respecto a los codemandados.– Desistimiento frente al demandado domiciliado en el Estado miembro del tribunal que conoce del asunto.– Competencia en materia delictual o cuasidelictual.– Art. 5.3°.– Cláusulas atributivas de competencia.– Art. 23.– Aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles.

Normas aplicadas: Arts. 5.3°, 6.1° y 23 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

29. De ello se sigue que, ante demandas que al tiempo de su presentación son conexas en el sentido del art. 6, punto 1, del Reglamento n° 44/2001, el tribunal que conoce del asunto sólo puede apreciar una posible desviación de la regla de competencia enunciada en esa disposición si se aportan indicios probatorios que le permitan concluir que el demandante ha creado o mantenido de forma artificial las condiciones para la aplicación de esa disposición.

30. En el asunto principal algunas partes alegan que, antes de que se ejercitara la acción en ese litigio, se concluyó una transacción amistosa entre la demandante en éste y Evonik Degussa, cuyo domicilio social está en Alemania, y que estas dos partes aplazaron voluntariamente la conclusión formal de esa transacción amistosa hasta después de ejercitarse esa acción con la única finalidad de sustentar la competencia del tribunal que conocía del asunto respecto a las otras demandadas en el litigio principal.

31. Para que esa alegación pueda excluir la aplicabilidad de la regla de competencia enunciada en el art. 6, punto 1, del Reglamento n° 44/2001 debe estar acompañada de indicios probatorios de la existencia de una colusión de las partes interesadas para crear o mantener de forma artificial las condiciones de aplicación de esa disposición en el momento de presentarse la demanda.

32. Aunque corresponde al tribunal que conoce del litigio apreciar esos indicios, conviene precisar que el solo hecho de haber mantenido conversaciones con vistas a una posible transacción amistosa no puede acreditar esa colusión. En cambio, se habría producido ésta si se comprobara que esa transacción fue concluida efectivamente, pero fue ocultada para crear la apariencia de que concurrían las condiciones de aplicación del art. 6, punto 1, del Reglamento n° 44/2001.

33. Por cuanto precede se ha de responder a la primera cuestión que el art. 6, punto 1, del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la regla de concentración de competencias en caso de pluralidad de demandados que esa disposición establece puede aplicarse en el supuesto de una

acción para la condena solidaria al pago de una indemnización y para la presentación de informaciones en ese contexto contra empresas que han participado de forma diferente por la dimensión geográfica y temporal en una infracción única y continuada de la prohibición de cárteles prevista por el Derecho de la Unión, declarada por una decisión de la Comisión, y ello incluso si el demandante ha desistido de su acción frente al único codemandado domiciliado en el Estado miembro del tribunal que conoce del asunto, a menos que se acredite la existencia de una colusión entre el demandante y el referido codemandado para crear o mantener de forma artificial las condiciones de aplicación de esa disposición en el momento de ejercitarse la acción.

[...]

51. Como se ha recordado en el ap. 41 de esta sentencia, la identificación del lugar de la materialización del perjuicio debe permitir determinar la competencia del tribunal objetivamente mejor situado para apreciar si concurren los elementos constitutivos de la responsabilidad de la persona demandada.

52. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que el lugar de materialización del daño es el lugar donde el perjuicio alegado se manifiesta de forma concreta (véase la sentencia Zuid-Chemie, C-189/08, ap. 27). En el caso de un perjuicio consistente en los sobrecostos pagados a causa de un precio artificialmente elevado, como el del peróxido de hidrógeno objeto del cártel en cuestión en el litigio principal, ese lugar sólo es identificable en relación con cada una de las presuntas víctimas considerada de forma individualizada, y en principio corresponde al domicilio social de ella.

53. Ese lugar reúne todas las garantías para la eficaz sustanciación de un posible proceso ya que el enjuiciamiento de una demanda de reparación del perjuicio supuestamente causado a una empresa singular por un cártel ilícito, que ya ha constatado de forma vinculante la Comisión, depende en lo esencial de aspectos propios de la situación de esa empresa. Siendo así, el tribunal del lugar donde ésta tiene su domicilio social es evidentemente el mejor situado para conocer de esa demanda.

54. El tribunal así determinado es competente para conocer, en virtud de la totalidad del perjuicio causado a esa empresa por los sobrecostos que pagó para abastecerse de los productos objeto del referido cártel, de una acción ejercida contra cualquier autor del cártel o bien contra varios de sus autores.

55. En cambio, toda vez que la competencia del tribunal que conoce del asunto, en virtud de la materialización del daño, se limita al perjuicio sufrido por la empresa cuyo domicilio está en su territorio, un demandante como CDC, que agrupa, como cesionario, los créditos indemnizatorios cedidos por varias empresas, estaría obligado por tanto, conforme a la jurisprudencia recordada en el ap. 35 de esta sentencia, a presentar demandas separadas por el perjuicio sufrido por cada una de esas empresas ante los tribunales en cuyo territorio están sus respectivos domicilios.

56. Por cuanto antecede se ha de responder a la segunda cuestión que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una infracción única y continuada del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros en diferentes momentos y lugares, infracción que ha sido declarada por la Comisión, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente, y en virtud del citado art. 5, punto 3, cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel, o del lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado, o bien ante el tribunal del lugar de su propio domicilio social.

[...]

68. Une cláusula atributiva de competencia sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurídica determinada, lo que limita el alcance de un pacto atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula. Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de

aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia (véase, en ese sentido, sentencia Powell Duffryn, C-214/89 ap. 31).

69. Atendiendo a ese objetivo, el tribunal remitente deberá considerar en especial que una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito.

70. En efecto, toda vez que tal litigio no era razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía en ese momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en las relaciones contractuales. Por tanto, la referida cláusula no excluiría válidamente la competencia del tribunal remitente.

71. En cambio, ante una cláusula que hiciera referencia a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia y que designara a un tribunal de un Estado miembro diferente del Estado del tribunal remitente, éste debería declinar su propia competencia, incluso cuando esa cláusula lleve a excluir las reglas de competencia especiales previstas en los arts. 5 y/o 6 del Reglamento nº 44/2001.

72. Se ha de responder por tanto a la tercera cuestión que el art. 23, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de que se reclame judicialmente una indemnización a causa de una infracción del art. 101 TFUE y del art. 53 del Acuerdo EEE, permite tener en cuenta las cláusulas atributivas de competencia contenidas en contratos de suministro, incluso cuando su efecto sea excluir las reglas de competencia internacional previstas en los arts. 5, punto 3, y/o 6, punto 1, de ese Reglamento, siempre que esas cláusulas se refieran a las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia.

[CÁRTEL DAMAGE CLAIMS (CDC) HYDROGEN PEROXIDE SA Y AKZO NOBEL NV,
SOLVAY SA/NV, KEMIRA OYJ, FMC FORET, S.A.]

CONTRATOS

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

2014–2015/28.– Audiencia Provincial de Valencia, Sección Decimoprimer, Sentencia nº 31/2014, de 5 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alfonso Arolas Romero. JUR\2014\123309.

Compraventa internacional de mercancías.– Lex contractus: legislación alemana.– Acción de resolución contractual de una compraventa de mercaderías por vicios ocultos o inhabilidad de las mismas.– Aplicación de los plazos de prescripción de la acción resolutoria sean los del país que entrega la mercancía: prescripción.

Normas aplicadas: Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; arts. 3.1º, 4 y 10 Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

[...]

Primeramente, se ha de significar que la compraventa internacional de mercaderías de que se trata, realizada entre España y Alemania, se regula por el Convenio de las Naciones Unidas, hecho en Viena, 11 abril 1980 (CCIM), ratificado por España el 17 julio 1990 (BOE, 30–1–91), y en cuanto a las obligaciones y derechos derivados del contrato también por el Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

En segundo lugar, se ha de reseñar que es la lex contratus la que regula, de un lado, la validez del contrato, sus requisitos, su extinción, su modificación, su nulidad y su resolución; de otro, su contenido, sus obligaciones, sus efectos y su interpretación; y de otro, el cumplimiento de las obligaciones que genere, así como las consecuencias de su incumplimiento total o parcial, y las posibles acciones que le competen a la parte que haya cumplido su prestación frente a la parte incumplidora, su prescripción y caducidad; todo ello conforme a lo establecido en el art. 10.1. a), b), c) y d) del Convenio de Roma.

Ahora bien, para determinar la lex contratus hay que estar a lo dispuesto en el art. 3.1º y art. 4.1º del Convenio de Roma y a las presunciones de proximidad que establecen sus aps. 2º, 3º y 4º. Así, el art. 3.1º referido establece el criterio electivo, diciendo que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes”. Y cuando falle dicho fuero electivo, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 4.1º que establece que “el contrato se regirá por la ley del país con el que se presenten los vínculos más estrechos”, regulándose en los aps. siguientes una serie de presunciones concretadoras de la lex contractus; de entre las que merece especial atención la del ap. 2º que conduce a determinar como ley aplicable la del lugar donde la parte contractual que tenga a su cargo la prestación característica del contrato tenga su residencia habitual o su administración central, según se trate de una persona física o jurídica.

Sentado lo anterior, la problemática se cierne, pues, en clarificar en cada contrato cual es su prestación característica. Doctrinalmente el concepto de prestación característica hace referencia a aquella obligación del contrato que define o caracteriza el tipo de contrato y desvela su función económica y jurídica. Así, aunque el contrato de que se trata (compraventa) es bilateral y sinalagmático, con lo que las prestaciones recíprocas, de entrega de la cosa y de pago del precio, son características, la mayoría de la doctrina se inclina por considerar como prestación característica la prestación no dineraria, en la medida en que el pago de un precio, renta, honorarios... es común a la mayor parte de contratos, y no específicamente identificativo de un contrato. Por eso, se opina generalmente que en el contrato de compraventa la prestación característica no es el pago del precio, que puede concurrir en muchos contratos de diferente naturaleza, sino la entrega de la cosa. No obstante ello dependerá de las circunstancias concretas de cada caso. Partiendo de tales consideraciones, la Juez a quo aplicó al caso enjuiciado la ley española porque el pedido y la entrega de las mercancías tuvo lugar en España, que es el supuesto de hecho que contemplaba la Audiencia Provincial de Vizcaya en la sentencia de 5 noviembre 2003, en que aquélla fundamenta su decisión. Pero en el caso que se enjuicia en la presente no puede llegarse a la misma conclusión, ya que el supuesto es distinto, y, teniendo en cuenta lo expuesto se impone la aplicación de la legislación alemana. En primer lugar, porque si bien es cierto que los pedidos de género los hizo la demandante desde España, también lo es que la oferta de mercadería generadora del pedido y la aceptación del mismo confluyeron en la sede de la demandada en Wilhelmshaven (Alemania), con lo que fue en ésta donde se perfeccionó el contrato por concurso de la oferta y aceptación. En segundo término, porque se ha de entender que la entrega de las mercancías se produjo también en Alemania, pues siendo transportadas las mismas unas veces a portes debidos y otras veces a portes pagados, pero posteriormente cargados en factura a la actora, como así se infiere de la abundante documental obrante en autos, la conclusión a extraer no puede ser otra que la de que los portes fueron a cargo de la compradora-demandante, debiendo presumirse entonces que la entrega de la mercancía fue en el domicilio del vendedor, dado que fueron transportadas a cuenta y riesgo del comprador, como así reiteradamente tiene dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo [...]. En tercer lugar, porque a efectos de determinar la prestación característica, desde el punto de vista, ya no jurídico, sino económico, el prestador característico es la parte contractual productiva. Y finalmente, porque ejercitada una acción de resolución contractual de una compraventa de mercaderías por vicios ocultos o inhabilidad de las mismas, la lógica jurídica impone que los plazos de prescripción de la acción resolutoria sean los del país que entrega la mercancía.

Dicho todo lo cual, ha de estimarse la excepción de prescripción, habida cuenta del contenido de la legislación alemana sobre la materia, según certificado de ley debidamente apostillado [...].

[QUILINOX S.L. / GULBINAT MESSTECHNIK GMBH]

2014–2015/29.– Tribunal Supremo , Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 271/2014, de 5 junio 2014. Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel. RJ\2014\4221.

Compraventa internacional de mercancías.– Fuerza mayor: alcance.– Impedimentos que la constituyen: carácter definitivo o temporal.– Efectos: existencia.– Negativa de la compradora a recibir las mercancías y pagar el precio tras el incendio de su establecimiento.– Sentencia firme apreciando fuerza mayor en el incumplimiento de contrato de compraventa de productos lácteos.– Compradora cuyo establecimiento sufrió un incendio que impedía su producción y la recepción de nuevas mercancías.– Efecto vinculante en el posterior proceso sustanciado entre las misma partes en que la vendedora demandaba la resolución por incumplimiento y la indemnización del lucro cesante.

Normas aplicadas: Arts. 74 a 77 y 79 Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

[...]

El claro tenor de la norma del art. 79, ap. 3, de la Convención de las Naciones Unidas de 11 abril 1980 y consideraciones abstractas sobre los efectos temporales de la fuerza mayor, no bastan para negar que el supuesto de hecho sobre el que ha versado el segundo proceso ha sido el mismo que el del primero.

Hay que añadir, para completar la argumentación sobre el alcance de la exoneración, que la norma del ap. 5 del propio art. 79 la limita a la indemnización de daños y perjuicios. Pero dicha consecuencia del incumplimiento – una de las reclamadas en la demanda – fue la única que llegó a la segunda instancia – con el recurso de apelación de la demandada – y ha sido la única a la que, en aplicación del efecto positivo de la cosa juzgada, se ha referido la sentencia recurrida.

[...]

Ciertamente, el mencionado art. 61 –ap. 1, letra b– dispone que si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente convención, el vendedor podrá exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los arts. 74 a 77.

Pese a ello el motivo debe ser desestimado, porque en él se vinculan consecuencias jurídicas a un supuesto de hecho que es distinto del afirmado en la sentencia recurrida – como consecuencia del efecto positivo de la cosa juzgada respecto de la exoneración de responsabilidad de la compradora–.

[...]

[ST. PAUL N.V. / FREIGEL FOODSOLUTIONS, S.L.]

2014–2015/30.– Tribunal Supremo , Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 359/2014, de 9 julio 2014. Ponente: Excmo Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel. RJ\2014\4523.

Compraventa internacional de mercancías: incumplimiento de la vendedora: existencia.– Venta de pimentón rojo para incorporación a productos alimentarios: presencia en una de las partidas de colorantes contaminantes prohibidos por la Unión Europea para el consumo humano.– Negligencia de la revendedora del producto por haber ignorado lo que hubiera podido conocer actuando con la diligencia exigible mediante la comprobación de la pureza del producto.– Imputabilidad a la vendedora: riesgo controlable y detectable con un actuar diligente.– Incumplimiento por la compradora del deber de mitigar el daño: inexistencia.– Desconocimiento por la compradora de un defecto que la vendedora debió diligentemente comprobar y advertir.

Normas aplicadas: Arts. 35, 38 a 40, 78 y 79 Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

[...]

El Tribunal de apelación relata, al fin, una ignorancia de la vendedora de lo que habría conocido de actuar con la diligencia exigible. Y esa negligencia elimina la posibilidad de que la vendedora invoque a su favor las consecuencias del incumplimiento por la compradora de la carga que le imponía el art. 39.

La aplicación del art. 40 – que, por lo expuesto, procedía – hace innecesario determinar si, en otro caso, el diligente examen por la compradora debía extenderse también a la realización de análisis especializados de la mercancía para comprobar si la pureza de la misma había quedado alterada por la influencia de agentes extraños que, de hecho, la contaminaran. Esto es, si el deber de diligencia exigible a la compradora llegaba a ese límite – lo que, en principio y dadas las circunstancias expuestas, parece excesivo –.

[...]

La exigencia de la oportuna denuncia de la falta de conformidad de la mercancía –arts. 39 y 38– responde a la necesidad de una actuación diligente por parte del comprador, al examinar aquella y, después, al emitir la protesta. Su incumplimiento determina las consecuencias específicas que el art. 39 establece: esto es, la pérdida del derecho a invocar los remedios establecidos para tal supuesto.

El deber de mitigar el daño –art. 77– responde a que se considera inadmisibles una actitud pasiva ante uno que razonablemente puede ser reducido. Su incumplimiento determina, en aplicación de las reglas de la causalidad, una disminución correlativa de la indemnización – esto es, en la medida en que debía haberse disminuido la pérdida –.

En la primera parte del motivo, la recurrente considera que la falta del examen inicial de la mercancía por la compradora significó, también, la omisión del deber de la misma de mitigar el daño.

Al establecer esa equiparación no tiene, sin embargo, en cuenta que el daño no había sido conocido, inicialmente, por la compradora y que, como se expuso antes, razonablemente tampoco le era exigible conocerlo –al contrario de lo que sucedió con ella–.

Ello sentado, a la vista del art. 77 carece de justificación extraer consecuencias, aunque sean respecto del quantum de la indemnización, de que no se minimice un daño por un contratante que no lo conocía ni debía haberlo conocido –tanto más si el otro contratante actuó, al respecto, negligentemente–.

En la segunda parte del motivo, la recurrente prescinde del hecho de que la condena a indemnizar daños se le ha impuesto sólo por la contaminación del pimentón rojo que integraba el primer lote – no los demás – y de que aquel superaba, en éste, el grado máximo permitido según las autoridades sanitarias a que se refiere.

El supuesto de hecho de que parte el motivo, en esta segunda parte, no coincide con el establecido como cierto en la sentencia recurrida, por lo que hay que entender que en ella se incurre en una petición de principio, al darse por cierto, como evidente, lo que no es.

[...]

2014–2015/31.– Audiencia Provincial de Palencia, Sección Primera, Sentencia nº 120/2014, de 9 septiembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mauricio Bugidos San José JUR\2014\262306.

Compraventa internacional de mercancías.– Acuerdo para la compra recíproca de café: incumplimiento contractual.– Novación modificativa o extintiva: extensión del plazo de duración del contrato.– Modificación esencial o sustancial.– Cláusulas de interpretación: acreditación.– Convención de Viena 1980.– Modificación leve del plazo de entregas: *animus novandi*. Aceptación tácita: validez.– Silencio de una parte a las propuestas de modificación de la otra: no supone aceptación: indemnización por daños y perjuicios.

Normas aplicadas: Arts. 18, 19, 74 y 75 Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

[...]

Lo argumentado por la parte recurrente podría hacer pensar en que la necesaria aplicación de la Convención de Viena, y el contenido de esta llevan a la conclusión de que en el caso, y a salvo una manifestación expresa de Prosol en relación a la aceptación de la modificación del contrato en su día celebrado entre las partes litigantes, no podríamos considerar, a pesar de haber deducido en razón a hechos suficientemente estudiados y demostrados la conformidad de esta última a la modificación contractual alegada por Kruger y por ende que ésta pudiera tener efectos vinculantes para las partes, mas ello no es así. Es cierto el contenido del ap. 1º del art. 18 de la aludida Convención sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, pero el mismo artículo en su ap. 3 alegado por Kruger dice que “ no obstante, si en virtud de la oferta, de prácticas que las partes hayan establecido entre ellas o de los usos, el destinatario puede indicar su asentimiento ejecutando un acto relativo, por ejemplo, a la expedición de las mercaderías o al pago del precio, sin comunicación al oferente, la aceptación surte efecto en el momento en que se ejecute este acto “, y a mayor abundamiento el párrafo 1º del art. 9 de la aludida Convención también dice que “ las partes están obligadas por las prácticas que hayan establecido entre ellas... “, y en el caso los aspectos ya estudiados relativos a los diferentes correos electrónicos enviados, y la modificación que comportaban, y la actitud de las partes ante ellos, son significativos en la manera de actuar de dichas partes establecida en la práctica, pues no otra cosa significa, como venimos repitiendo de forma inexistente, la aceptación de que el volumen de café a entregar por PROSOL era de 500 t.m, la aceptación de la modificación de los plazos de entrega, y la propia entrega de café realizada parcialmente en el año 2011.

La interpretación que aquí damos es además conforme a sentencias internacionales aplicadoras del Convenio, y así citamos la resolución de la Corte de Nueva York en el caso nº 23 Clout que podemos interpretar diciendo que “ si bien, conforme al párrafo primero del art. 18 de la Convención el silencio no entraña generalmente aceptación, el tribunal determina que, de conformidad con el párrafo 3 del art. 18, el curso de las tratativas entre las partes crea un deber por parte del fabricante de formular prontamente sus objeciones y que su retraso en no hacerlo constituye aceptación de la oferta “, resolución que establece un criterio absolutamente concordante con el aquí expuesto, de igual manera que lo hace la Corte de Apelación de Grenoble (Francia), en el caso nº 313 Clout, en que se dicta resolución cuyo sentido es el de que “ si bien el vendedor negaba que existiera un contrato de compraventa e invocaba el art. 18.1º CIM, según el cual el silencio o la inacción por sí solos no constituyen aceptación, aunque no haya habido aceptación expresa del vendedor, el tribunal se remite a la práctica seguida entre las partes en años anteriores ”.

Estas resoluciones a las que nos referimos son citadas por la parte apelada, pero es que la propia parte apelante cita otras, y en concreto una de un tribunal alemán, Clout 193 que dice que “ por sí solos, el silencio o la inacción no constituyen aceptación, a menos que otros actos del oferente indiquen consentimiento o que el oferente efectúe un acto en este sentido “, y lo hace con cita e interpretando el art. 18 de la Convención de Viena, a la que insistentemente nos venimos refiriendo.

En suma aun apreciando las divergencias, fundamentalmente terminológicas, existentes entre el instituto de la novación tal y como viene regulado en el Código Civil, y la regulación que se hace en el Convenio de Viena en relación con las Compraventas internacionales de mercaderías y la posibilidad de modificación de lo acordado en un primer contrato, nos encontramos con que en el caso lo que es definitivo a efectos de entender si existió una modificación de las condiciones contractuales, y si esta es válida es la apreciación de si los actos de las partes, suficientemente probados e interpretados en su conjunto, indican cuál fue la voluntad de esta de modificar lo acordado; pregunta a la que entendemos ya hemos dado suficiente respuesta.

En razón a ello desestimamos el motivo de recurso aquí estudiado.

[...]

De otro lado tampoco puede objetarse a lo resuelto el art. 75 de la Convención de Viena que dice que “si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al art. 74”, pues dicho artículo lo que hace es regular la posibilidad de indemnización para el supuesto de existencia de compraventa de reemplazo, pero no sólo no impone que necesariamente así sea, sino que la remisión que hace al art. 74 habilita que la indemnización de daños y perjuicios que solicite y se conceda, se determine conforme a parámetro distinto.

En razón a lo dicho, los motivos de recursos estudiados en el presente fundamento, también deben desestimarse.

[...]

[PRODUCTOS SOLUBLES SOCIEDAD ANÓNIMA / KRUGER GMBH & CO. KG]

2014-2015/32.- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Sexta, Sentencia nº 569/2014, de 6 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Francisco Miguez Tabares. JUR\2014\277758.

Compraventa internacional de mercancías: reclamación de cantidad.- Contratación de seguro de transporte: indemnización por daños y perjuicios.- Acción subrogatoria de la aseguradora: venta en tránsito.- La inclusión de la mención “CF”: no implica la asunción del riesgo por la compradora.- Aplicabilidad del art. 68 de la Convención de Viena: imputación al vendedor de la negligencia relativa al estado defectuoso de la mercancía en el momento de la formalización del contrato.- Mercancía depositada en un contenedor precintado: presunción de que la mercancía se vende en correcto estado: moderación de la responsabilidad.

Normas aplicadas: Arts. 25, 35, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51 y 68 Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

[...]

Cuando se efectuó la venta el producto ya presentaba los vicios que la hacían inhábil para el consumo, resultando de aplicación la Convención de Viena 11 abril 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (...), que dio lugar al Instrumento de adhesión de 17 julio 1990 de España (publicado en BOE, 30-I- 1991). En la STS, Sala 1ª, de 17 enero 2008 se afirma que “El régimen del contenido obligacional de los contratos sometidos al ámbito de aplicación de la Convención se regula en su parte primera, cuyo capítulo primero se abre con la declaración contenida en el art. 25, conforme al cual, el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. El sistema de la Convención, que se acomoda a los principios inspiradores del common law, distingue entre el incumplimiento esencial y el incumplimiento que pudiera ser calificado como accesorio, que, o bien no produce perjuicios apreciables, o bien produce perjuicios que pueden resolverse con una reparación y subsanación de los defectos, con una indemnización o con una reducción del precio (arts. 25, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51).

El incumplimiento esencial responde a la regla, traída del Derecho anglosajón, del fundamental breach of contract, sin traducción exacta en los Derechos continentales, y de él deriva un sistema de responsabilidad contractual que gira en torno a un criterio de imputación de tipo objetivo, pero atenuado por excepciones –que se identifican con lo que en el Derecho interno conforman los supuestos de caso fortuito y la fuerza mayor– y por un parámetro de razonabilidad (art. 25, in fine). El régimen convencional se integra con las disposiciones relativas a las obligaciones del vendedor –entrega de las

mercaderías, arts. 31 ss, y saneamiento, art. 46 –, y del comprador –pago del precio y recepción de las mercaderías, arts. 53 ss–, con las referidas a los respectivos derechos y acciones en caso de cumplimiento por la parte contraria –arts. 45 ss, y 51 ss, respectivamente–, a su vez complementadas con las normas reguladoras del sistema de transmisión de riesgos –arts. 66 ss–, y con las disposiciones comunes a las obligaciones del vendedor y comprador contenidas en el capítulo V”.

En el presente caso no existe duda de que nos encontramos ante un incumplimiento esencial, ya que se ha producido la pérdida total de la cosa vendida. El art. 35.1º de la citada Convención afirma que el vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato; y el ap. 2 precisa que salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo. El art. 35.3º establece que el vendedor no será responsable, en virtud de los aps. a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato; por el contrario el art. 36.1º dispone que el vendedor será responsable, conforme al contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento.

La Convención regula la transmisión del riesgo en el Capítulo IV y así, con carácter general el art. 66 declara que la pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor.

Por lo tanto la asunción del riesgo por parte del comprador se produce cuando la pérdida de la mercancía tiene lugar tras su recepción; en el presente caso desde el momento en el que se llevó a cabo la compraventa en diciembre de 2006. Sin embargo la pérdida se había producido en el mes octubre 2006, con anterioridad pues a la formalización de la compraventa entre los litigantes. El ya citado art. 35.3º dispone que no responde el vendedor de la falta de conformidad de la mercancía vendida si el comprador conociera o no hubiera podido ignorar tal hecho en el momento de la celebración del contrato, circunstancias estas que no concurren en el presente supuesto. Como ya dijimos, el principio general viene establecido en el art. 36.1º, conforme al cual el vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento, lo que aquí sí acontece.

Como hemos señalado, la parte recurrente aduce que nos encontramos ante una venta en tránsito a la que resulta aplicable el art. 68 de la Convención; no obstante reiteramos que la venta se llevó a cabo cuando la mercancía se encontraba depositada en Rotterdam y aunque el destino final iba a ser inicialmente Manchester, según resulta de la documentación obrante en autos, lo cierto es que la entidad que figura en las certificaciones sanitarias de las autoridades de China como consignataria con sede en aquella ciudad, no fue finalmente la compradora que sufrió el perjuicio por la destrucción de la mercancía; de haberlo sido no existe duda de que sí se trataría una venta en tránsito. En todo caso procedemos a examinar la aplicabilidad del art. 68 citado, que dispone que “el riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato”. El precepto añade que, “no obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte”. Pero finaliza con la siguiente declaración: “Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor”. De lo expresado cabe concluir que, aun cuando sí nos encontrásemos ante una venta en tránsito, cabe imputar al vendedor la negligencia relativa al estado defectuoso de la mercancía en el momento de la formalización del contrato, ya que pudo tener conocimiento del mismo si hubiese desplegado una mínima diligencia en la comprobación de que el sistema de refrigeración funcionaba correctamente, ya que se

presume que la mercancía, como no puede ser de otra manera, se vende en correcto estado para el uso al que va a ser destinada, en este caso el consumo humano.

[...]

[ACHMEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V., HOOGENDIJK IMPORT EXPORT B.V. /
BLUEMARINE FISH INTERNATIONAL]

CONTRATO SERVICIOS DE ASESORAMIENTO PARA EL REGISTRO DE DETERMINADAS MARCAS EN CHINA Y EN HONG KONG

2014-2015/33.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo primera, Sentencia nº 99/2014, de 20 febrero 2014. Ponente: Ilma. Sra. María Almudena Cánovas del Castillo Pascual. JUR/2014/93760.

Arrendamiento de servicios.- Honorarios profesionales por asesoramiento y registro de marcas: estimación.- Realización gestiones encomendadas.- Aplicación de las normas de Hong Kong.- Prueba.- Afidávit.

Normas aplicadas: Art. 12.1º y 6º Cc; arts. 281.2º y 335.2º LEC; arts. 3 y 4.1º y 2º Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

[...]

Mantiene la parte apelante como primero de los motivos de su recurso de apelación que no era posible, pese a lo indicado en la sentencia dictada, que el Juzgador hubiera aplicado estrictamente el Derecho de Hong Kong y ello en tanto que no había podido conocer su contenido al no haber sido adecuadamente probado, conllevando la supuesta aplicación de las normas de Hong Kong una vulneración de nuestras normas procesales que exigen que el Derecho extranjero, como hecho, deba ser probado, sin que el afidávit al efecto por la actora acompañado con su demanda fuera suficiente al efecto, habiéndose vulnerado así por el Juzgador con lo dispuesto en el arts. 281.2º y 335.2º LEC, en tanto que el denominado afidávit no reunía las condiciones de todo dictamen pericial para poder dar la mismo valor.

Con carácter general y como se ha venido indicando por nuestro Tribunal Supremo la norma jurídica extranjera viene designada por el conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento jurídico que el Tribunal debe aplicar de oficio, como se dice en el art 12.6º Cc, de forma que, como recuerda nuestro Tribunal Supremo por ejemplo en sentencia de 1 abril 2011 (recurso de casación 1900/2007), el Derecho extranjero no tiene que ser alegado por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de él efectúa la norma de conflicto, resultando que lo que deben alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros se subsuman bajo la previsión de esta norma, bastando con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el Derecho extranjero en la misma designado, teniendo en cuenta que la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la legislación española, como se dice en el art 12.1º Cc .

En el supuesto concreto que nos ocupa, más que discutir las partes en litigio que la normativa aplicable sea el Derecho de Hong Kong, conforme a lo expresamente convenido entre ellas, ello al margen de que la prestación más característica del contrato convenido debe realizarse en dicho lugar y ello a los efectos previstos en los arts. 3 y 4.1º y 2º del Convenio de Roma, lo que plantea la parte apelante, y es a lo que debemos dar respuesta, es que el derecho de Hong Kong no ha sido suficientemente acreditado, partiendo al efecto de que el Derecho extranjero es una cuestión de hecho y que debe probarse él mismo y la exacta entidad del derecho vigente, no pudiendo olvidar la parte apelante que, en todo caso, cuando el Tribunal español no puede fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho

extranjero, habrá de estar y fallar con sujeción al Derecho español, en tanto que conforme a lo establecido en el art 1.7º Cc los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, como se ha venido a indicar por nuestro Alto Tribunal entre otras resoluciones en sentencia de 30 abril 2008 (recurso de casación 1832/2001).

Nuestro Tribunal Supremo igualmente ha venido señalando en numerosas resoluciones que no cabe confundir lo que es la prueba de la “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del Derecho” aplicable, concepto éste, como señala en sentencia de 24 junio 2010 (recurso de casación 1798/2006), referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que por demás es un hecho notorio en aquellos países en los que rige el common law.

Ahora bien los medios para probar el Derecho extranjero pueden ser varios, habiendo venido nuestro Tribunal Supremo admitiendo para demostrar la validez del Derecho extranjero los *afidávits* o declaraciones juradas tomando en cuenta su valor con otros medios de prueba, por ejemplo en Auto de fecha 20 enero 2004 (Exeuatúr131/2001) o en la sentencia de 24 junio 2010 (recurso de casación 1798/2006)...

En el supuesto que nos ocupa para acreditar el Derecho extranjero aplicable acompañó la parte actora en la litis con su demanda un *afidávit* o declaración de Kan Ka Choung Frederick, siendo Kan Ka socio senior de Fried Kar & Co, quien juró que podía emitir informe al ser Abogado desde 1978, relatando cual era la normativa de Hong Kong aplicable al conflicto planteado, tal y como se desprende del documento unido a los folios 419 ss y su correspondiente traducción a los folios 551 ss.

No viniendo la parte que insta la aplicación de un Derecho extranjero obligada a acreditar el vigente mediante prueba pericial, mal pudo infringir el Juzgador de instancia, pese a lo que se indica por la parte apelante en su escrito formalizando recurso de apelación, con las previsiones referidas a la prueba pericial y condiciones en que deben aportarse los informes periciales a las actuaciones, (art 335.2º LEC), siendo realmente del análisis del *afidávit* a que nos hemos referido del que debemos deducir si el derecho de Hong Kong resultó o no suficientemente acreditado, tratándose pues de cómo valoremos este documento en relación con el resto de las pruebas practicadas como concluiremos si tal Derecho ha quedado suficientemente acreditado o no.

Pues bien valorando el contenido de este documento, unido a los folios 419 ss de las actuaciones, en relación con el resto de los medios de prueba, siendo al efecto especialmente significativo que, pese a las alegaciones de carácter meramente formal la parte ahora apelante no ha tratado de acreditar que el derecho de Hong Kong no sea el recogido en dicho *afidávit*, visto el contenido de dicho Derecho, esencialmente similar al Derecho español, con excepción de lo referente a los plazos de prescripción para el ejercicio de una acción de reclamación como la que nos ocupa, entendemos que dicho derecho ha quedado acreditado en forma suficiente a través del referido *afidávit*, sin que, en cualquier caso, la solución a dar al caso que nos ocupa en relación al Derecho aplicable sea sustancialmente diferente apliquemos tal derecho o bien, caso de que consideráramos que aquél no se encontrara suficientemente probado, aplicáramos, conforme ya hemos indicado anteriormente deberíamos hacer, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art 1.7 Cc, el Derecho español.

En cualquier caso, entendemos, reiteramos, que del *afidávit* acompañado por la parte actora con su demanda (...) ha quedado acreditada la existencia del derecho de Hong Kong aplicable al supuesto de hecho que nos ocupa, siendo por ello por lo que no procede sino que desestimemos el primero de los motivos de impugnación de los alegados por la parte apelante contra la sentencia dictada en instancia.

**CONTRATO DE PRÉSTAMO CONCLUIDO EN CHINA ENTRE NACIONALES
DE ESE PAÍS SIN SOMETIMIENTO A LA LEGISLACIÓN DE OTRO**

2014-2015/34.- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 528/2014, de 14 octubre 2014. Ponente: Excmo. Sr. Sebastian Sastre Papiol. RJ/2015/2

Contrato de préstamo.- Contrato de préstamo concluido en China entre nacionales de ese país sin sometimiento a la legislación de otro: sujeción a la legislación china.- Acción de reclamación de cantidad sujeta en Derecho chino al plazo de dos años, que no había expirado al interponerse la demanda.- Prueba del Derecho extranjero: acreditación por cualquier medio y posible averiguación por el propio Tribunal: aplicación por el TS.

Normas aplicadas: Arts. 3, 10.5º y 12.6º Cc; art. 281.2º LEC; art. 21 LOPJ.

[...]

La prueba del Derecho extranjero

1. *El presente proceso es seguido en territorio nacional, sin que las partes hayan formulado reparo alguno en la extensión y límites a la jurisdicción española, conforme prevé el art. 3 LEC y el art. 21 de la LOPJ. Este último establece que : “los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”.*

El art. 12.6º Cc, cuyo párrafo segundo fue derogado por la Disposición derogatoria única, ap. 2.1º de la LEC 1/2000, establece que los “Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”. Como ha señalado esta Sala “la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio –art. 12.6º Cc–” (SSTS 1 abril 2011, 23 marzo 2010, y 10 junio 2005).

Por último el art. 281.2º LEC establece que el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su vigencia y contenido, “pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

2. *Por ello, el Juez o Tribunal puede investigar el Derecho extranjero aplicado en la instancia cuando una de las partes, la actora, ha alegado, en primera instancia y en el recurso de apelación, que el Derecho nacional chino ha sido incorrecta o deficientemente aplicado en las sentencias de instancia. En este caso, la actora trataba de probar que la “interrupción” de la prescripción, no ha sido tenido en cuenta en la resolución recurrida.*

De acuerdo con el art. 281.2º LEC, el Tribunal puede valerse de los medios de averiguación que estime necesarios, aunque haya precluido el plazo de proposición, lo que constituye un supuesto excepcional que matiza los principios dispositivos de aportación de parte y el de preclusión.

Por este motivo, en el caso enjuiciado, la parte recurrente aportó, entre otros documentos, un certificado de la Embajada de la República Popular China, sección Consular, que, de acuerdo con el art. 271.2º LEC quedó incorporado al Rollo del recurso, al objeto de que este Tribunal pueda resolver sobre la admisión y alcance de tales documentos.

Sentado cuanto antecede, debemos examinar los motivos que fundan los recursos extraordinarios de la actora, cumpliendo así esta Sala la función que le es propia que es la de comprobar la recta aplicación del ordenamiento jurídico al caso concreto.

[...]

1. *Cualquiera que sea la fundamentación que pretenda justificar la aplicación del derecho al caso enjuiciado, nos llevará a la aplicación del Derecho de la República Popular de China. Y por tanto, tratándose del Derecho nacional chino, analizaremos la vigencia y alcance del mismo y su adecuación al caso enjuiciado.*

En efecto, tratándose de obligaciones contractuales nacidas de contratos celebrados en el extranjero, el art. 10.5º Cc establece tres reglas para determinar la ley aplicable con el orden siguiente: 1º) a la que expresamente se haya sometido: 2º) a la ley nacional común, y, en último término, 3º) a la ley del lugar de celebración del contrato.

En el presente caso no se da la primera regla, pues, no se sometieron expresamente a ninguna ley nacional o extranjera. Por ello, en principio, debiera tenerse en cuenta el segundo y tercer criterio, esto es, la ley nacional común y el del lugar de celebración del contrato, que, en ambos casos, es la legislación china, que es el que la sentencia recurrida aplica.

2. En el presente caso, debe tenerse en cuenta la siguiente cronología: (1) el contrato fue suscrito en la República Popular China el 20 marzo 2007 ; (2) el vencimiento pactado es el 20 marzo 2008; (3) la prescripción de la acción de reclamación es de dos años, pero a contar desde su vencimiento, lo que tuvo lugar el 20 marzo 2010; y (4) la demanda se interpuso el 17 mayo 2011 .

En sede casacional, el recurrente aporta un certificado emitido por la Embajada de la República Popular China, sobre el contenido y vigencia de los arts. 140 y 145 de los Principios Generales del Derecho civil de la República Popular China, en el que se da cuenta de la interrupción de la prescripción por reclamación extrajudicial (por burofax) antes de dos años a contar desde el vencimiento del préstamo. Dice así: “Capítulo VII, art. 140, Prescripción: La prescripción se interrumpe si la parte presenta demanda o reclamaciones o cumplimiento de obligaciones.

“Se computará de nuevo de prescripción desde la interrupción de la prescripción”.

La Sala entiende que la información que proporcionan los documentos 12 y 13 son de mayor alcance, rigor y extensión que el aportado por el demandado, prueba que es admitida y aceptada por la Sala, como en otro supuesto ha aceptado (ATS 14 septiembre 2010).

LEY APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN DE LAS PARTES EN UN CONTRATO DE COMISIÓN DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

2014-2015/35.- Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 23 octubre 2014. Asunto C-305/13. Ponente: C. Toader.

Convenio de Roma relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales.- Art. 4.1º, 2º, 4º y 5º.- Ley aplicable a falta de elección de las partes.- Contrato de comisión de transporte.- Contrato de transporte de mercancías.

Normas aplicadas: Art. 4.1º, 2º, 4º y 5º Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

[...]

29. En el litigio principal, de la petición de decisión prejudicial se desprende que el órgano jurisdiccional remitente calificó de contratos de comisión de transporte los dos primeros contratos celebrados, por una parte, entre Va Tech y Safram y, por otra parte, entre Safram y Haeger & Schmidt. A fin de llevar a cabo el transporte por vía fluvial del transformador, Haeger & Schmidt celebró un contrato de transporte con el Sr. Lorio, propietario de la gabarra El-Diablo, la cual zozobró en el momento de estibar la mercancía.

30. De la petición de decisión prejudicial resulta asimismo que el objeto principal del contrato celebrado entre Safram y Haeger & Schmidt era “la organización global del transporte, y no la mera representación jurídica del mandante”, pues Haeger & Schmidt actuaba en calidad de intermediario, bajo su responsabilidad y en su propio nombre, pero por cuenta del mandante, con el fin de ejecutar los actos necesarios para el transporte del transformador de que se trata.

31. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente, al analizar el conjunto de las circunstancias específicas del litigio principal, a saber, las estipulaciones contractuales que reflejan la realidad económica y comercial de las relaciones existentes entre las partes y la finalidad del art. 4, ap. 4, del Convenio de Roma, verificar si.– y en qué medida.– el objeto principal del contrato de comisión de transporte en cuestión es el transporte propiamente dicho de la mercancía de que se trata.

32. Habida cuenta de las precedentes consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la última frase del art. 4, ap. 4, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición se aplica a un contrato de comisión de transporte únicamente cuando el objeto principal del contrato consiste en el transporte propiamente dicho de la mercancía de que se trate, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

[...]

38. En tales circunstancias, sería contrario tanto a la letra del art. 4, ap. 4, del Convenio de Roma como a una interpretación lógica de esta disposición aplicar la presunción del ap. 2 de ese mismo art. 4 a un contrato como el controvertido en el litigio principal si, al no concurrir los criterios que figuran en la segunda frase del citado ap. 4, se constatará que no puede aplicarse la presunción establecida en este apartado.

39. Por otra parte, la interpretación que dimana del apartado precedente de esta sentencia es conciliable asimismo con el tenor literal de las reglas de conflicto relativas a los contratos de transporte de mercancías previstas en el Reglamento nº 593/2008, Reglamento que, sin embargo, no resulta aplicable *ratione temporis* al litigio principal. En efecto, en lo que atañe a los contratos de esta naturaleza, el art. 5 del citado Reglamento excluye, cuando no concurren los criterios de conexión que figuran en el mismo, la aplicación de la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, disponiendo expresamente que, en tal caso, se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes.

40. De este modo, cuando no concurren los requisitos previstos en la segunda frase del art. 4, ap. 4, del Convenio de Roma, el juez nacional, para determinar la ley aplicable al contrato, no podrá basarse en la presunción del ap. 2 de ese mismo artículo, que quedará definitivamente descartada, sino que deberá aplicar el principio general de determinación de la ley aplicable fijado en la primera frase del ap. 1 de ese mismo art. 4, es decir, identificar el país con el que el contrato presente los lazos más estrechos.

41. En efecto, tal y como argumenta con fundamento el Gobierno francés en sus observaciones escritas, en la medida en que, en virtud del art. 4, ap. 5, del Convenio de Roma, el juez nacional debe aplicar la ley del país con el que el contrato presente los lazos más estrechos y excluir como ley aplicable la determinada sobre la base de las presunciones establecidas en los aps. 2 a 4 del propio art. 4, con mayor razón aún ese mismo juez deberá aplicar, cuando el ap. 4 no permita designar la ley aplicable a un contrato de transporte de mercancías, la ley del país con el que el contrato en cuestión presente los lazos más estrechos, según lo previsto en el ap. 1 de ese art. 4 (véase, en este sentido, la sentencia ICF, aps. 63 y 64).

42. Habida cuenta de lo expuesto anteriormente, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 4, ap. 4, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, cuando la ley aplicable a un contrato de transporte de mercancías no pueda determinarse aplicando la segunda frase de dicha disposición, deberá determinarse en función de la regla general prevista en el ap. 1 de ese mismo art. 4, es decir, que la ley que rija el contrato será la ley del país con el que presente los lazos más estrechos.

[...]

48. De lo anterior se desprende que el juez deberá, en segundo lugar, determinar si, a la vista del conjunto de las circunstancias del litigio del que conoce, procede descartar o no la solución a la que haya llegado en aplicación del citado ap. 2. Con este fin, deberá proceder a comparar los lazos existentes entre el contrato y el país en el que la parte que realiza la prestación característica tenga su resi-

dencia habitual en el momento de la celebración del contrato, por un lado, y entre el contrato y el otro país con el que aquél presente lazos estrechos, por otro lado.

49. En efecto, el órgano jurisdiccional remitente debe llevar a cabo una apreciación global de la totalidad de los elementos objetivos que caracterizan la relación contractual y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos (véase, por analogía, la sentencia Schlecker, C-64/12, ap. 40). Tal como la Comisión ha puesto de relieve, entre los elementos significativos de conexión que han de tenerse en cuenta se incluye la existencia de lazos estrechos entre el contrato de que se trate y otro u otros contratos que, en su caso, formen parte de la misma cadena de contratos, así como el lugar de entrega de las mercancías.

50. Esta interpretación se ve fortalecida asimismo por el considerando 20 del Reglamento nº 593/2008, que prevé explícitamente, como criterio de conexión pertinente, la existencia de una cadena de contratos relacionados con el contrato de que se trate.

51. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 4, ap. 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que se alegue que un contrato presenta lazos más estrechos con un país que no sea el país cuya ley venga designada en virtud de la presunción que establece dicho ap., el juez nacional deberá comparar los lazos existentes entre el contrato y el país cuya ley venga designada en virtud de la presunción, por una parte, y entre el contrato y el otro país de que se trate, por otra. A tal efecto, el juez nacional deberá tener en cuenta todas las circunstancias que concurran, incluida la existencia de otros contratos relacionados con el contrato en cuestión.

[HAEGER & SCHMIDT GMBH CONTRA MUTUELLES DU MANS
ASSURANCES IARD (MMA IARD) Y OTROS]

APLICACIÓN DE LA LEY QUE PRESENTA VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS CON EL CONTRATO

2014–2015/36.– Audiencia Provincial de Ourense, Sección Primera, Sentencia nº 208/2015, de 9 junio 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. María José González Movilla. JUR\2015\166559.

Compraventa internacional de mercaderías.– Contrato de compraventa de maquinaria a una entidad mercantil portuguesa que debía ser trasladada a España e instalada en establecimiento de una entidad española.– Ley aplicable: ley que presenta los vínculos más estrechos.– Ámbito de aplicación de la ley del contrato.– Prueba del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 3 a 6, 10 y 12 Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; art. 281.2º LEC.

[...]

Tratándose de una compraventa internacional el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 junio 1980 establece en su art. 3 que los contratos se regirán por la Ley elegida por las partes y falta de elección el art. 5 señala que el contrato se regirá por la Ley del país con el que presenta los lazos más estrechos, presumiéndose según el ap. 2 de este precepto que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o no, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. A continuación se establecen otras presunciones para supuestos diferentes, finalizando el ap. 5 por disponer que no se aplicará el ap. 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica, y que deberán descartarse las presunciones de los aps. 2, 3 y 4 cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país.

Por otro lado, el art. 10 bajo la rúbrica “Ámbito de la Ley del Contrato” establece que la Ley aplicable al contrato en virtud de los arts. 3 a 6 y del art. 12 del Convenio, regirá en particular:

“a) Su interpretación;

b) La ejecución de las obligaciones que genere;

c) Dentro de los límites de los poderes atribuidos al tribunal por su ley de procedimiento, las consecuencias de la inexecución total o parcial de estas obligaciones, incluidas la evaluación del daño en la medida en que esas normas jurídicas las gobiernen;

d) Los diversos modos de extinción de las obligaciones, así como la percepción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo; e) Las consecuencias de la nulidad de un contrato”.

En lo que se refiere a las modalidades de ejecución defectuosa, habrá que referirse a la ley del país donde tenga lugar la ejecución.

Aplicando la normativa expuesta al presente caso no se comparte la conclusión contenida en la resolución apelada. Se trata de un contrato de compraventa de maquinaria a una entidad mercantil portuguesa que debía ser trasladada a España e instalada en establecimiento de la actora, una entidad española. La demandada debía realizar la entrega en España y proceder a la instalación de la máquina, entendiéndose así que el mayor vínculo o los lazos más estrechos del contrato existe con España y que, por ello, el cumplimiento del contrato ha de realizarse conforme a la ley española. Además, según el art. 10 anteriormente indicado las cuestiones surgidas en ejecución o cumplimiento del contrato han de regirse por la Ley del país en que tenga lugar la ejecución, que es España, por lo que conforme a nuestro ordenamiento jurídico ha de ser resuelta la cuestión debatida. Debe significarse además que conforme al art. 281.2º LEC, sobre el objeto y la necesidad de la prueba, el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, siendo preciso acreditar su alcance y su autorizada interpretación, de forma que según el Tribunal Supremo ha declarado de forma reiterada (SSTS 16 julio 1991, 23 octubre 1992, 31 diciembre 1994, y 9 febrero 1999, entre otras), en caso de que esa prueba no se aporte, habrá de aplicarse el Derecho español.

En el presente caso tal aportación no se ha producido; la parte actora ha aportado un dictamen en el que de forma fragmentaria, sin una estructuración sistemática precisa, se hace alusión a una serie de preceptos del Código civil portugués sobre venta de cosas defectuosas, sin que del mismo se pueda establecer una conclusión clara sobre las cuestiones relativas a la caducidad y a la prescripción de las acciones deducidas, máxime cuando en el recurso de apelación se hace referencia incluso a preceptos a los que no se alude en ese dictamen. En base a ello y a la interpretación anteriormente expuesta de la normativa contenida en el Convenio de Roma, se considera aplicable al caso, la legislación española, según seguidamente se establecerá.

[...]

[CANTERAS Y ASERRADEROS REBENTÓN S.L. / POEIRAS, MÁQUINAS E FERRAMENTAS, LDA.]

CONFUSIONES EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Eloy GAYÁN RODRÍGUEZ *.

1. “... (M) ire como se mire, no estamos ante un conflicto de normas”. Esta afirmación la realiza la Sentencia reseñada en su Fundamento de Derecho segundo. Tal contundencia es el resultado del conjunto de interpretaciones que se llevan a cabo, tanto de la alegación y prueba del Derecho extranjero, como del objeto y del contenido del Derecho internacional privado. El supuesto se centra en el recurso de

* Profesor titular de DIPr. Universidade da Coruña

apelación contra la sentencia dictada por el JPI nº 1 de Santiago de Compostela, pudiendo adelantar que la S AP acepta los fundamentos de derecho de la sentencia apelada. Los hechos se basan en una demanda presentada por una empresa domiciliada y con administración central en Portugal, contra empresa domiciliada en España, siendo condenada esta última al pago de 208.582,23 euros. La empresa española apela, alegando que se la ha condenado aplicando el Derecho español, obviándose el contenido del art. 12.6º Cc.: “Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”. Aparentemente, tanto el JPI como la AP ignoran el carácter internacional del supuesto al no aplicar la norma de conflicto e inclinarse por el Derecho español. Parecen confundir, como veremos más adelante, dos momentos diferentes: el mandato de aplicar de oficio la norma de conflicto, y la alegación y prueba del Derecho extranjero resultante de tal aplicación. La Audiencia afirma que: “es preciso señalar que la demandada, ahora recurrente, se personó en autos y contestó a la demanda, sin que en su escrito de contestación nada alegase sobre que la ley aplicable al contrato de compraventa objeto de litigio fuese la portuguesa”. Es evidente que aquí no ha tenido en cuenta la AP el art. 12.6º Cc. Continúa la sentencia señalando que: “[...] más aun, en los fundamentos de derecho, en los de índole procesal, precisa “nada que oponer a los correlativos de adverso, con las siguientes precisiones: a) Efectivamente, la competencia corresponde al Juzgado al cual nos dirigimos por ser el del lugar del domicilio de mi representada. b) Concorre la legitimación en las litigantes, pero a efectos meramente procesales, no sustantivos...”, sin que al abordar los de fondo aluda en momento alguno a la ley portuguesa sino que se constata que entra en el fondo del asunto”]. La AP considera abiertamente que no se ha alegado ni probado el Derecho portugués. Pero sorprende ver que sigue argumentando de forma poco clara, tal posibilidad, incluso refiriéndose a la sumisión tácita: “[...] al igual que en la fase de proposición de prueba y práctica de la misma, lo que haría entrar en juego lo dispuesto en el art. 56 LEC “Se entenderán sometidos tácitamente: 2.º El demandado, por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria”, que es lo que procesalmente, en el caso que nos ocupa, ha realizado la parte demandada”]. La AP parece no haber tenido en cuenta la normativa comunitaria: “...todo ello sin olvidar que los límites de la jurisdicción en el orden civil, se contemplan en el art. 22 LOPJ, cuyo nº 2 establece que “En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España “. Todo este argumento tenemos que encuadrarlo valorando las palabras de la propia AP y, dada su relevancia, es necesario recordarlas literalmente: “[Por todo ello, sin olvidar que la demandada ha aceptado, como ha quedado anteriormente expuesto, la competencia de los Tribunales españoles, no estaríamos ante un auténtico problema de conflicto de normas a nivel internacional, y aun cuando pudiese estimarse que existiera un auténtico conflicto de normas a nivel internacional, la alegación debe ser desestimada, puesto que el art. 10.5º Cc, en el párrafo primero, fija que “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”, es decir, como fuero principal el determinado por la voluntad de las partes y, como subsidiario, en defecto de este, la Ley nacional común a las partes, a falta de ella, la de la residencia habitual común, y en último término, la ley del lugar de celebración del contrato, lo que tuvo lugar en España, que unido a que el ap. 3 del art. 22 LOPJ indica la competencia de los tribunales españoles” en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España”, lo que acontece en el supuesto presente, y en todo caso la entrega de las mercancías adquiridas fueron puestas a disposición de la demandada en España; determina que, mire como se mire, no estamos ante un conflicto de normas”]. Sorprenden de nuevo, sin duda, los términos de DIPr que conjuga la AP, tanto la referencia al art. 22 LOPJ y a la sumisión tácita, como el obviar la normativa comunitaria e internacional. Debemos entender que la justificación para no aplicar el Derecho portugués, no se deriva exclusivamente de la falta de prueba por parte de la apelante, como determina la AP, sino que se debe también a que interpretan que no existe un supuesto de Derecho internacional privado, al no haber aplicado de oficio la norma de

conflicto. Aquí es donde debemos tener en cuenta que, si bien ninguna de las partes ha evidenciado o ha pretendido ocultar el elemento internacional, no obstante, el JPI podría haber apreciado de oficio que existía un elemento extranjero que puede interferir en la claridad y pretensión de las partes, pudiendo haberlo advertido en la audiencia previa al juicio (cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 139). Continúan los citados autores afirmando que el carácter imperativo de la norma de conflicto queda igualmente comprometido si se mantiene un régimen procesal dispositivo del Derecho extranjero. La práctica jurisprudencial española ha venido manteniendo el principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes, limitando, en la práctica, la posibilidad de una participación activa del juez en dicha prueba. Si el Derecho extranjero no resulta alegado ni probado por las partes, la solución más acreditada consiste en aplicar, en su defecto, el Derecho español, lo que indica *de facto* que la imperatividad de la norma de conflicto sólo es tal cuando remite al Derecho español. Si la norma de conflicto apunta a un Derecho extranjero, las normas procesales pueden conducir a una posibilidad real de elección entre el Derecho extranjero y el Derecho español.

2. La AP resalta que la demandada ha aceptado la competencia de los Tribunales españoles, y por ello “no estaríamos ante un auténtico conflicto de normas a nivel internacional”. Es más, se atreve a especular, y así dispone, para el caso de encontrarnos ante un conflicto de normas: “...y aún cuando pudiera estimarse que existiera un auténtico conflicto de normas, la alegación debería ser desestimada puesto que el art. 10.5º Cc...”. No sólo pretende aplicar tal precepto y obviar la normativa comunitaria, sino que incluso, afirma que la ley del lugar de celebración del contrato, como fuero principal, la ley española, unido al art. 22.3º LOPJ, determina la competencia de los tribunales españoles, y por todo ello, “mire como se mire, no estamos ante un conflicto de normas”.

De todo lo señalado parece deducirse que, tanto la Audiencia como las partes, no valoran objetivamente la internacionalidad del supuesto, pareciendo que por el hecho de ser competentes los tribunales españoles, la internacionalidad desde el punto de vista del Derecho aplicable, aparentemente existente por los datos que se aportan en la sentencia, desaparece. La falta de concreción por parte del tribunal se deduce de su propia afirmación: “...y aún cuando pudiera estimarse que existiera un auténtico conflicto de normas...”. La parte apelante también confunde términos, al considerar que sí existe un conflicto de normas al ser aplicables dos leyes: la española, como lugar del domicilio social de la demandada; y la portuguesa, lugar de la administración central de la actora, siendo aplicable la normativa en materia contractual (art. 4.1º Reglamento 593/2008). Pretende, así, la aplicación del Derecho portugués, si bien tal y como parece deducirse de los términos de la sentencia, no ha cumplido el contenido de los arts. 281 y 282 LEC, aunque debería haberse aplicado la norma de conflicto. Así, la recurrente se personó en autos y contestó a la demanda sin que en su escrito de contestación nada alegase sobre que la ley aplicable al contrato de compraventa fuese la portuguesa. Dispone la AP que: [“aunque la apelante invocó que la actora estaba domiciliada en Portugal, por lo que la ley aplicable es la portuguesa, y que para poder aplicar el Derecho extranjero ha de ser probado por la parte a quién interese, por lo que la falta de prueba, por la parte actora, del Derecho portugués impide al tribunal aplicarlo aunque sea el derecho que ha de resolver la cuestión objeto de litigio. El motivo se desestima porque no mencionó, y sigue sin mencionar norma o precepto alguno, y sabido es, conforme a reiterada jurisprudencia... que la aplicación del Derecho extranjero ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca...”]. Resulta evidente que la parte apelante invoca la aplicación del Derecho extranjero sin poner en marcha el procedimiento pertinente. Ahora bien, existe cierta confusión sobre si tanto el JPI como la AP no alcanzan a entender adecuadamente el mecanismo propio de una situación privada internacional. Parece deducirse que al ser competentes los tribunales españoles, la internacionalidad del supuesto desaparece o, al menos disminuye. Es evidente que ante un supuesto internacional, y decretada la competencia de los tribunales españoles, igualmente, la parte interesada no ha sabido conjugar las normas de Derecho aplicable para que el supuesto fuera resuelto correctamente.

2014-2015/37.- Audiencia Provincial de A Coruña, Sección Sexta, Sentencia nº 168/2015, de 15 junio 2015. Ponente: Ilma. Sra. Carmen Martelo Pérez. JUR/2015/174767.

Compraventa internacional de mercancías.- Ley aplicable.- Jurisdicción competente.- Confusión de los marcos reguladores.- Aplicación y prueba del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Art. 12.6º Cc; art. 22.3º LOPJ.

[...]

Sentado lo que antecede, en lo que se refiere a la alegación por la apelante de que invocó que la actora estaba domiciliada en Portugal por lo que la ley aplicable era la portuguesa, y que para poder aplicar el Derecho extranjero ha de ser probado por la parte a quien interese, por lo que la falta de prueba, por la parte actora, del Derecho portugués impide al Tribunal aplicarlo aunque éste sea el derecho que ha de resolver la cuestión objeto de litigio. El motivo se desestima, tanto porque es la demandada/apelante quien nada alegó en la contestación a la demanda sobre que la Ley aplicable era la portuguesa como porque no mencionó, y sigue sin mencionar, norma o precepto alguno, y sabido es, conforme a reiterada jurisprudencia, que la aplicación del Derecho extranjero es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada y probada por la parte que lo invoca (es la parte que lo invoca la que debe acreditar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y autorizada interpretación, mediante la documentación fehaciente, de manera que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles), pues, como dice el art. 12.6º Cc "Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español. La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas", así resulta de reiteradas SS TS 7 septiembre 1990, con cita de las sentencias del mismo Tribunal de 28 octubre 1968, 4 octubre 1982, 15 marzo 1984, 12 de enero y 11 mayo 1989, 3 febrero 1973 y 30 junio 1962, y de la STS de 31 diciembre 1994 que dice "(...) b) La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración (sentencias, entre otras, de 3 febrero 1975 y 9 enero 1936) que quien invoca el Derecho extranjero debe acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma, y su aplicación al caso litigioso", sin que nada de lo expuesto haya promovido la recurrente, ni nada haya aportado, lo que, como queda razonado, se estima imprescindible para llegar a la aplicación del Derecho extranjero, siendo, por lo demás, que, lo que el último párrafo del art. 12.6º Cc contempla es una facultad del juez de carácter complementario, que no una obligación, así la sentencia del TS de 10 marzo 1993, dice "la posibilidad que en el referido párrafo del art. 12 Cc, se otorga a los tribunales para inquirir a través de cuantos instrumentos de averiguación estime necesarios, tales efectos, no es en realidad otra cosa que eso, una posibilidad, cuyo desarrollo o ejercicio por parte de los mismos tiene un carácter complementario de la directamente atribuida por el precepto a los que invoquen la aplicación del Derecho extranjero, que son los directamente obligados a ello", con lo cual queda claro que el Derecho extranjero, necesariamente han de alegarse oportunamente y probarse por la parte que lo invoca.

Por todo ello, sin olvidar que la demandada ha aceptado, como ha quedado anteriormente expuesto, la competencia de los Tribunales españoles, no estaríamos ante un auténtico problema de conflicto de normas a nivel internacional, y aun cuando pudiese estimarse que existiera un auténtico conflicto de normas a nivel internacional, la alegación debe ser desestimada, puesto que el art. 10.5º Cc, en el párrafo primero, fija que "Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato", es decir, como fuero principal el determinado por la voluntad de las partes y, como subsidiario, en defecto de este, la Ley nacional común a las partes, a falta de ella, la de la residencia habitual común, y en último término, la ley del lugar de celebración del contrato, lo que tuvo lugar en España, que unido a que el ap. 3 del art. 22 LOPJ indica la competencia

de los tribunales españoles “en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España”, lo que acontece en el supuesto presente, y en todo caso la entrega de las mercancías adquiridas fueron puestas a disposición de la demandada en España; determina que, mire como se mire, no estamos ante un conflicto de normas.

[...]

[SOCIEDAD INDUSTRIAL DE TREFILARIA S.A. FRENTE A PREFABRICADOS RODIÑAS S.L.]

DERECHO DEL TRABAJO

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL ORDEN SOCIAL

2014-2015/38.– Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Sexta, Sentencia nº 488/2014, de 9 junio 2014. AS\2014\2302. Ponente: Ilmo. Sr. D. Benedicto Cea Ayala.

Competencia judicial internacional en el orden social.– Incompetencia de los juzgados y tribunales españoles.– Demanda interpuesta por una trabajadora española frente a una empresa domiciliada en el Reino Unido.– Falta de constancia de que el contrato se suscribiese en España.– Oferta y aceptación realizada en Londres.– Servicios a prestaren Inglaterra.– Grupo de empresas.– Falta de concurrencia de los requisitos precisos para declarar su existencia a efectos laborales.– Sucursal de banco español en Londres.

Normas aplicadas: Art. 28 Reglamento (CE) nº 44/2001 Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

En el 1º de ellos, el 11º, la recurrente denuncia la infracción del art. 28 Reglamento CE 44/2001, que aborda el supuesto de demandas conexas que estuvieren pendientes ante tribunales de Estados miembros diferentes. Aduce en esencia la recurrente que la Sucursal del Banco en Londres carece de personalidad jurídica, por lo que el Banco Santander S.A. debe ser igualmente condenado. Y para el supuesto de que se entendiese que se trata de dos entidades diferentes –el Banco y la Sucursal–, ambas conforman un grupo de empresas con trascendencia laboral, del que también deriva la responsabilidad solidaria de las dos. En todo caso, aduce asimismo la recurrente, la prestación de servicios ha sido siempre para el Banco, y por ello es la jurisdicción española la competente. Pero, y como advierte la recurrida en su impugnación, la normativa que se dice infringida nada tiene que ver con la controversia relativa a los grupos de empresas y a la unidad empresarial; mientras que, y en relación a la excepción de falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la demanda formulada, que fue invocada por la demandada en el curso del juicio y ha sido desestimada en la instancia, hay que estar a lo ya resuelto sobre este extremo a propósito del recurso formalizado por la empresa, dada la insuficiente articulación del motivo, al haberse éste limitado a citar el artículo del Reglamento sobre conexión de demandas –y sus efectos– que penden ante estados miembros diferentes. Por todo ello se impone la desestimación de este motivo.

[...]

2014–2015/39.– Juzgado de lo Social de Valencia Sentencia nº 316/2014, de 24 septiembre 2014.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Beltrán Aleu. AS\2014\2849.

Competencia judicial internacional en el orden social.– Servicios prestados en el extranjero por españoles para empresa española.– Contrato de trabajo.– Prestación de servicios de tras cese como consejero delegado: desestimación.– Despido improcedente: determinación de su cuantía.– Aplicación y prueba del Derecho extranjero.– Requisitos: acreditación del Derecho extranjero: carga de la prueba.– Separación *forum / ius*.– Aplicación residual del Derecho del foro.

Normas aplicadas: Arts. 2.1º y 14 a 21 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); arts. 3.3º y 6.2º Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; art. 21 y 25 LOPJ.

[...]

*Y para resolver la primera de las cuestiones debemos reseñar que se confunde por las partes en sus alegaciones dos cuestiones de ámbito diferentes como son la en primer lugar determinar desde la perspectiva de la aplicación de nuestro sistema de Derecho internacional privado, como primera cuestión, cuáles son los Tribunales internacionalmente competentes para conocer del litigio en el que un español, que suscribe con fecha 5 septiembre 2012 en Lima, Perú, contrato de trabajo con una mercantil domiciliada en España, a través de su sucursal del Perú, prestando servicios en tal lugar donde tiene fijada la residencia hasta el momento de su cese mediante notificación extintiva que se lleva a efecto en 30 junio 2013 (hecho este de la fecha del cese no discutido). Por ello lo que procede es diferenciar dos dimensiones diferentes, obviadas por las partes, por un lado, la competencia judicial internacional, y por otro, la de la Ley aplicable. Se trata en suma de diferenciar el *forum* y el *ius*, problema este que ha centrado y ha sido estudiado en las STS de fechas 17 julio 1998 y 29 septiembre 1998 así como la mas reciente de 30 diciembre 2013, distinguiéndose pues entre los dos planos, confirmándose en las primeras la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales no así en la ultima. Así es necesario distinguir la competencia judicial internacional, que implica la determinación de si deben conocer de un asunto los Jueces españoles o los extranjeros, y es por tanto una cuestión de extensión y límites de la Jurisdicción española, y de otra parte la determinación de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, aspecto que, evidentemente, es distinto y lógicamente posterior al problema de decidir qué jurisdicción nacional es la competente para conocer del asunto. El Juez nacional que resulte competente habrá de resolver el litigio aplicando su Derecho nacional propio, o el extranjero que proceda, según las normas de Derecho internacional privado. [...]*

Pues bien el art. 2.1º del repetido Reglamento 44/01 dispone que las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. El fuero general es el del domicilio del demandado y esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en que se justifique otro criterio de vinculación, y que no guardan relación con este litigio (párrafo 11 del preámbulo y arts. 5 y 6). A esta misma conclusión llegó la STS 12 junio 2003 en aplicación del Convenio de Bruselas, de semejante contenido, declarando lo siguiente: “el citado fuero general se impone necesariamente en su ámbito, cualesquiera que sean los elementos de extranjería que confluyan en la controversia. El TJCE lo ha interpretado ya así en relación con la nacionalidad y el domicilio del demandante en un país no comunitario, en sus sentencias de 27 enero 2000, nº C–8/1998 (ap. 19) y 13 julio 2000, nº C–412/1998 (aps. 43, 54 y 55). Y otro tanto cabe afirmar respecto del lugar de celebración del contrato o de prestación de servicios”.

En cuanto a los contratos individuales de trabajo, los arts. 18–21 del Reglamento 44/01 parten del mismo criterio o mero del domicilio del empresario demandado (art. 19.1º) si bien permiten también, a elección del demandante, que el litigio se lleve ante el tribunal del lugar de ejecución del trabajo, con precisiones que no son de interés aquí (art. 19.2º a y b). Y por lo que se refiere a los pactos de sumisión

expresa o acuerdos atributivos de competencia, solamente se les reconoce eficacia si son posteriores al nacimiento del litigio o si permiten al trabajador formular demanda ante otros tribunales distintos de los indicados (art. 21) por lo que los pactos contenidos en el contrato suscrito carece de relevancia al no quedar comprendidos en ninguno de tales supuestos.

No cabe acudir al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (BOE, 19-VII-93 y BOE, 6-IV-99) pues su materia (Ley aplicable a las obligaciones contractuales) es distinta y posterior al problema de decidir qué jurisdicción nacional es la competente para conocer del asunto (forum). El Convenio de Romas (especialmente los arts. 3.3º y 6.2º), no derogan lo dispuesto en la LOPJ por referirse a materias distintas, puesto que los arts. 21 ss LOPJ regulan la competencia de los Jueces y Tribunales españoles, mientras que el Convenio de Roma tiene por objeto la determinación de la Ley material aplicable (ni siquiera la literalidad del art 3.3º) pues el Convenio de Roma no regula, se insiste, en qué casos y con qué condiciones o alcance se puede pactar una cláusula de sometimiento a un Tribunal extranjero, ya que este problema es objeto de los Convenios de Bruselas (actualmente Reglamento 44/01) y el Convenio de Lugano, por lo que no cabe entender que el Convenio de Roma deroguen los arts. 21 y 25 LOPJ y permitan la cláusula de sumisión expresa a los Tribunales extranjeros,

Así llegados a este punto, resulta ociosa cualquier mención a nuestra normativa de fuente interna, debido a la incorporación del Convenio de Bruselas de 1968 así como el Reglamento 44/01 a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art 96 de la Constitución . Y en el supuesto sometido a consideración el domicilio de la demandada, en España como hecho no controvertido, supone admisible la aplicación del foro general de domicilio del demandado, razón por la que de conformidad con las normas establecidas se atribuye la competencia judicial internacional a favor de los Juzgados y Tribunales Españoles, en relación a la demanda por despido presentada por el trabajador contra la citada empresa, sin que sea admisible el pacto contenido de sometimiento a tribunales o árbitros de otros países por las razones expuestas (necesidad que sean pactos posteriores al nacimiento del litigio o si el trabajador los invoca ante otros Tribunales distintos del Tribunal del domicilio del demandado, lo que no es el caso). Es mas este foro general está igualmente contemplado en el art. 25.1º LOPJ, que en el orden social, concluye la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles, cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español, o cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o de celebración del contrato de trabajo, supuestos ambos, que concurren, a mayor abundamiento, en el supuesto que se somete a la consideración del juzgado, pues la empresa (sin perjuicio de apertura de sucursales en el extranjero) tiene su domicilio en territorio Español, y ambas partes ostentan la nacionalidad española (hecho no discutido).

Así en conclusión el Criterio de atribución de competencia, el del domicilio de la demandada, que aun en el hipotético supuesto de que no fuera de prioritaria aplicación el Convenio de Bruselas o el reglamento 44/01, por inexistencia de normativa convencional, se contempla igualmente, se insiste, en el art. 25.1º LOPJ, por lo que procede desestimar la excepción de incompetencia territorial alegada por la parte demandada.

Resuelta la cuestión competencial procede analizar la cuestión relativa a la legislación aplicable al conflicto, debiendo para ello partir de la doctrina expuesta en las referidas STS 29 septiembre 1998, 20 noviembre 1998, 9 junio 2003, 20 julio 2007 entre otras y recogida también entre otras en STSJ Madrid de 16 noviembre 2004 .

En virtud de la citada doctrina el juez nacional que resulte competente, habrá de resolver el litigio determinando el ius aplicable, según las normas de Derecho internacional privado entre las que se encuentra el citado Convenio de Roma. El Tribunal Supremo en las referidas sentencias viene a exponer que el Convenio de Roma –vigente en España, a partir de su publicación en el BOE de 19 julio 1993 con carácter universal determina la Ley que ha de regir una relación jurídica que tiene puntos de conexión con legislaciones de diferentes Estados. Esta regulación, conforme a su art. 2, es de aplicación preferente, incluso si la Ley designada por el mismo es la de un Estado no contratante, de modo que, las normas de Derecho internacional privado contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, pasan a tener un carácter residual y solamente son aplicables a las modalidades contractuales no

comprendidas en el Convenio de Roma (art. 19) y los contratos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor. De este modo y manera el convenio establece, entre otras, normas generales sobre la Ley aplicable al fondo del contrato, Ley elegida por las partes o, en su defecto, la Ley del país con el que presenta vínculos más estrechos (arts. 3 y 4), sobre la forma (art. 9), y una norma específica relativa al contrato de trabajo (Ley de elección, y, en su defecto, Ley del país en el que habitualmente realice normalmente su trabajo, o, subsidiariamente, Ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador (art. 6). En definitiva, el contenido y objeto del convenio es determinar en una relación jurídica obligacional, cuyos elementos están dispersos en el espacio, dónde se encuentra el centro de gravedad de la relación y la Ley que debe ser aplicada, lo cual como hemos expuesto nada tiene que ver con la jurisdicción que debe conocer y aplicar la Ley así elegida.

De este modo el Convenio de Roma como norma universal de conflicto en la medida en que su art. 2 establece que “la Ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal Ley es la de un Estado no contratante”, es preferente al sistema interno integrado por el art. 10.6º del Código Civil y el art. 1.4º del Estatuto de los Trabajadores. El sistema europeo tiene preferencia aplicativa y a él ha de estarse. Este sistema parte del principio de elección de la Ley aplicable por las partes con ciertas limitaciones en función de la garantía de la aplicación de las disposiciones imperativas (art. 3), y en el presente caso si existe elección, y es mas en todo caso serian de aplicación las previsiones subsidiarias de Derecho aplicativo del art 6 puesto que en relación al contrato de trabajo será de aplicación la ley del país en el que habitualmente realice normalmente su trabajo, o subsidiariamente, Ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador que en este caso es Perú. De este modo el pacto de aplicación de la normativa peruana en el contrato de trabajo posee plena validez y en aplicación de su previsiones se debe resolver la cuestión litigiosa puesto que en modo alguno cabe entender como pretende la parte actora que la firma del citado contrato sea un contrato de trabajo instrumental o al menos que si lo es lo fuese por voluntad de los nuevos partícipes de la mercantil Kalitas Project Management S.L. puesto que el citado contrato fue redactado en favor del actor cuando el mismo era consejero delegado de la mista entidad, y por medio de una sucursal creada por el mismo actor, y de la declaración testimonial llevada a efecto y de los documentos aportados aparece que la prestación de servicios del actor en el extranjero, en concreto en Perú, son una realidad y no una mera declaración con la finalidad de aplicar una legislación extranjera, actuación que en todo caso seria imputable al propio actor (que contrata como trabajador de una sucursal cuando es consejero delegado de la sociedad) y que no puede pretender su inaplicación cuando sus propios actos son los que llevan a tal situación, estando ante una situación de disponibilidad para ello, y sin que el pacto sea contrario al orden publico.

De este modo para resolver la cuestión litigiosa debemos acudir al Derecho extranjero, partiendo para ello de la base recogida en STS 4 noviembre 2004 sobre la carga de la prueba de la legislación extranjera y consecuencia de su no prueba en los casos en que la norma de conflicto remita a una señala que esta legislación es la que debe aplicarse. Como expone la referida sentencia se trata de un problema jurídico no sencillo, en el que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya se había pronunciado en su sentencia de 19 febrero 1990, en la que se venía a sostener que la “falta de alegación y prueba no puede conducir, como pretende el recurrente en el motivo séptimo, a la aplicación de la Ley española, pues ello equivaldría al absurdo de sancionar la omisión de prueba deliberadamente querida de la norma extranjera, con la aplicación de la Ley española, cuando se considerase que ésta era más beneficiosa”. Así se recuerda en una sentencia más reciente, dictada en Sala General, de 22 mayo 2001 en la que, aunque se desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción entre las sentencia comparadas, dada la importancia del asunto se venía a sentar la misma doctrina anterior de 19 febrero 1990, insistiendo en que la ausencia de prueba del Derecho extranjero ha de conducir a la desestimación de la pretensión pues en tales casos “... no se trata de la aportación de un hecho al proceso, cuya falta de prueba perjudica a la parte que fundaba en él su pretensión o su resistencia, sino de una norma o un conjunto de normas que han de ser aplicadas al caso, porque así lo dispone una regla que es imperativa. Por ello, no puede decirse que el Derecho nacional se aplica si no se prueba el Derecho extranjero por la parte que está interesada

en esa aplicación. Por el contrario, lo que sucede es que, si el Derecho aplicable es el extranjero, la parte que formula la pretensión tiene que alegar y probar ese Derecho para que su pretensión sea acogida”.

Esta doctrina, reiterada en STS 25 mayo 2001 aunque también en un supuesto en que se desestimó el recurso por falta de contradicción, vino a dejar sin efecto la opuesta doctrina anterior de la Sala de 16 de marzo 1999 en la que, a su vez, se recogía la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 11 mayo 1989, 21 mayo 1989, 23 marzo 1994, 25 enero 1999, 5 junio 2000 y 13 diciembre 2000.

Tal nueva doctrina viene avalado por la del Tribunal Constitucional que ha analizado también el problema en STC 10/2000, de 17 de enero, STC 155/2001, de 2 de julio STC 33/2002, de 11 de febrero reseñando que viene a entender que en defecto de prueba del Derecho extranjero invocado en el proceso, procedería la aplicación del Derecho español y no la desestimación de la demanda pues es más respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva aplicar el Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero. De esta forma ante la falta de prueba del Derecho extranjero no cabe optar por no resolver sobre la pretensión deducida por la actora sino que debe aplicarse la *lex fori*, y especialmente en supuestos en que frente a la *lex fori* insta la parte demandada la aplicación del Derecho extranjero conforme a lo dispuesto en el entonces vigente art. 12.6º Cc (hoy sustituido por la normativa establecida en el art. 281 LEC/2000).

De este modo no se estima constitucionalmente aceptable que el Tribunal del Orden Jurisdiccional Social no lleve a cabo un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditada la legislación extranjera, en caso de que la norma de conflicto la señala como aplicable, pues en tal caso ha de aplicarse subsidiariamente la *lex fori*, la legislación laboral española. Y es por esta razón por la cual la STS 4 noviembre 2004 procede a rectificar la doctrina y ajustaría a los razonamientos del TC, de modo que ante la ausencia de prueba del Derecho extranjero procedería aplicar supletoriamente la legislación laboral española, ante la falta de prueba sobre la realidad y vigencia del Derecho extranjero, para resolver el caso controvertido.

En el caso de autos debemos entender que por la parte actora se acredite la realidad y vigencia del Derecho extranjero, mediante la aportación de documental cuya realidad no es desvirtuada por la parte actora con aportación del TUO del Decreto Legislativo 728 aprobado por D.S. Nº 003-97-TR, donde se regula la extinción de la relación laboral.

[...]

2014-2015/40.- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 360/2015, de 24 abril 2015. Ponente: Ilma. Sra. Virginia García Alarcón. JUR\2015\154575.

Competencia judicial internacional en el orden social.- Contrato de trabajo.- Precontrato de trabajo entre nacional español y empresa alemana domiciliada en Brasil.- Despido.- Reclamación.- Consideración extracontractual de la relación: improcedencia.- Aplicación del Reglamento Bruselas I.

Normas aplicadas: Art. 25 LOPJ; Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

Consta acreditado que, si bien los servicios se han prestado en Brasil para una filial de la empresa alemana matriz que suscribe el precontrato y el contrato, ésta es, según consta en éste, la empleadora, en tanto se pacta su facultad de acordar en cualquier momento la modificación del lugar de la actividad, de donde resulta que podía destinar al trabajador a Brasil o al cualquier lugar, siendo por tanto la

prestación en dicho país meramente accidental, por lo que hemos de estar al domicilio de la empresa en Alemania, conforme al cual es de aplicación el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, al pertenecer tanto la empresa como el trabajador a estados miembros de la Comunidad Europea (...).

Doctrina conforme a la cual hemos de estar a lo pactado por las partes en el contrato de trabajo transcrito en el hecho probado segundo, esto es que el lugar de cumplimiento de todas las obligaciones mutuas es España y, consecuentemente esto da opción al trabajador de demandar en nuestro país o hacerlo en Alemania donde tiene su domicilio la entidad demandada, lo que se corrobora por la finalidad del preámbulo antes transcrito del Reglamento 44/2001 CE, de protección de la parte más débil del contrato de trabajo, mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales, habiendo ejercitado el trabajador la primera opción que determina la competencia de los tribunales españoles, por lo que el motivo ha de desestimarse confirmando-se la declaración de competencia que contiene la resolución impugnada, aunque sea por distintos fundamentos.

[...]

2014–2015/41.– Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sección Primera Sentencia nº 777/2015, de 14 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gómez Ruiz JUR\2015\167509.

Competencia judicial internacional en el orden social.– Competencia de los tribunales españoles.– Vinculación del contrato de trabajo con España.

Normas aplicadas: Art. 19 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); art. 8 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 25 LOPJ.

[...]

Y en los Fundamentos de derecho de la sentencia de instancia se razona que en este sentido tanto el contenido del art. 19 del Reglamento CE 44/2001, como el art. 8 Reglamento (CE) 593/2008, sobre aplicación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, señalan la competencia de los tribunales italianos como los competentes para el conocimiento de la reclamación del actor, y ello atendiendo a la falta de elección de ley aplicable al contrato, el domicilio de los demandados en Italia, así como la carencia de establecimiento en España de los demandados, la prestación de servicios en Italia y Marruecos, y sin prestación de servicios en territorio español. Todas estas circunstancias determinan la carencia de vinculación del contrato con España, y el cumplimiento de los requisitos de atribución de competencia de los Tribunales italianos y por ello declara la falta de jurisdicción de este tribunal para el conocimiento de la reclamación del actor, debiendo el actor plantear su reclamación ante el órgano jurisdiccional italiano correspondiente.

Sin embargo, como se ha indicado, el art. 25 LOPJ atribuye, en el orden social, la competencia a los Juzgados y Tribunales españoles: 1º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español, y consta de forma intacta en los hechos probados que “La relación fue concertada verbalmente con la persona de Jacinto en España”, a cuyos hechos probados llegó la magistrada de instancia en base a la valoración de la prueba practicada, de la documental, valorado dicho medio de prueba como autorizan los arts. 319 y 326 LEC, así como de la aplicación del contenido del art. 91.2º LRJS, sobre el modo y lugar de la concertación del contrato, y sus condiciones, y siendo ello así, habiéndose concertado el contrato de trabajo en España aún de forma verbal, corresponde a los Juzgados y Tribunales

españoles la competencia, al cumplirse uno de los presupuestos que les atribuyen la competencia establecido en el precepto orgánico indicado.

En consecuencia, debe por ello ser estimado el recurso de suplicación y anulada la sentencia de instancia que ha declarado la falta de jurisdicción, con devolución de las actuaciones al Juzgado para que dicte nueva sentencia en la que se entre a conocer y resolver sobre el fondo del asunto.

**APLICACIÓN DE LAS LEYES LABORALES DEL PAÍS DONDE EN QUE PRESTA
SERVICIOS EL PERSONAL DE EMBAJADAS, CONSULADOS, LEGACIONES,
INSTITUTOS CULTURALES Y ORGANISMOS INTERNACIONALES**

2014-2014/42.- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Cuarta, Sentencia nº 548/2014, de 18 junio 2014. Ponente: Ilma. Sra. Concepción Rosario Ureste García. AS\2014\2012.

Personal que presta servicios en Embajadas, Consulados, Legaciones, Institutos Culturales y Organismos Internacionales en Italia.- Ley aplicable: aplicación de la normativa italiana.- Derecho a vale comida para el personal que efectúa un horario laboral superior a seis horas.- Prueba del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 8.1º y 10.6º Cc; art. 281.2º LEC.

[...]

El último motivo de suplicación –ex art. 193 c) LRJS– pide se examine la infracción de la Premisa, art. 1 y art. 9 de la Disciplina señalada, que regulan el derecho postulado en demanda, además de estar afiliados los actores al sindicato firmante de la Disciplina.

Acaba de señalarse en el motivo anterior que opera como antecedente lógico, como elemento condicionante o prejudicial, el criterio ya adoptado por esta misma Sala relativo a la cobertura de aquel conjunto normativo.

Así mismo, habremos de transcribir la fundamentación contenida en precedentes pronunciamientos de la Sala, ya firmes, que analizan el siguiente extremo debatido.

En la sentencia de fecha 24 octubre 2012) se decía lo que sigue: El art. 281.2º LEC, establece que será objeto de prueba el Derecho extranjero, y se transcribe su literalidad, y que “El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.”

Y el art. 10.6º Cc, establece y se transcribe igualmente su literalidad, que “A las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, en defecto de sometimiento expreso de las partes y sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 1 art. 8, les será de aplicación la Ley del lugar donde se presten los servicios”.

Sentado lo que antecede, consta debidamente acreditado el contenido y vigencia del Derecho extranjero de aplicación al supuesto que se somete a la consideración de la Sala, esto es, el art. 9 de la Disciplina para las relaciones laborales de los empleados de Embajadas, Consulados, Legaciones, Institutos Culturales y Organismos Internacionales en Italia de fecha 11 abril /2007, que establece y se transcribe su literalidad, que “Los empleados que efectúen un horario laboral superior a las seis horas tendrán derecho a una pausa de un mínimo de treinta minutos para su recuperación psico-física, y un vale para la comida de importe no inferior a 5,29 €.”.

La citada norma parte de la siguiente premisa, cuya literalidad se transcribe a continuación

“Las relaciones laborales entre las Embajadas, Consulados, Legaciones, Institutos Culturales y Organismos Internacionales y sus empleados italianos o extranjeros residentes en Italia, son reglamentadas por la presente disciplina laboral nacional.

Ésta acoge de forma orgánica las normas laborales contempladas por las Leyes vigentes en Italia y por la negociación colectiva de Derecho público y privado.”

Y la parte actora también acreditó el contenido y vigencia del art. 2948.4º del Código Civil italiano, que establece un plazo de prescripción de 5 años, de todo aquello que tiene que ser pagado periódicamente durante años o períodos más cortos.

Y si bien es cierto que el art. 2955.2 del Código Civil italiano, establece un plazo de prescripción de un año, para los proveedores que trabajan por salarios pagados a un período no superior a un mes (dei prestatori di lavoro, per le retribuzioni corrisposte a periodi non superiori al mese (2099), no lo es menos que éste ha sido declarado ilegítimo por la Corte costituzionale della Repubblica italiana, sin que este Tribunal conozca el alcance de la citada declaración, y que en cualquier caso el devengo de las cantidades objeto de reclamación en las actuaciones marginalmente referenciadas es mensual, y no diario, tal y como se pretende en esta sede de recurso por la Abogacía del Estado.

A mayor abundamiento, se ha de señalar por la Sala que la carga probatoria de la normativa foránea corresponde a quien la invoca en amparo de las pretensiones ejercitadas en sede judicial, si, como motivo de oposición a ellas, considera la Abogacía del Estado que resulta de aplicación otro marco normativo, la carga procesal establecida en el art. 281.2º LEC viene atribuida en este caso a quien hace valer tal motivo de defensa.

No podemos obviar que corresponde al demandado la carga de probar los hechos –y el Derecho extranjero lo es– que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, conforme a lo dispuesto en el art. 217.3º LEC, por lo tanto, si la Abogacía del Estado aduce que el plazo prescriptivo en el concreto supuesto que se somete a la consideración de la Sala, es de una año, le incumbe expresamente la prueba del contenido y vigencia del artículo del Código Civil italiano, cuya aplicación se pretende, sin que ello suponga en ningún caso el desplazamiento indebido del onus probandi.

[...]

LEY APLICABLE AL CONTRATO DE EMBARQUE

2014–2015/43.– Juzgado de lo Social de Bilbao, Comunidad Autónoma del País Vasco, Sentencia nº 294/2014 de 29 septiembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. María Ángeles González González. AS\2014\2923.

Contrato de trabajo.– Relaciones *forum / ius*.– Contrato de embarque.– Trabajos prestados por trabajador contratado en España para buque con bandera extranjera.– Ley aplicable.– Ley del pabellón: improcedencia.– Aplicación de la ley española.– Vínculos más estrechos.

Normas aplicadas: Art. 8 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 25 LOPJ.

[...]

Por lo tanto, dado que la jurisprudencia ha considerado domiciliada en España una empresa que tiene en territorio español cualquier agencia, sucursal, delegación o representación, y dado que Ibernor verifica todos los trámites necesarios para el alistamiento del actor (contratación, solicitud de permisos, abono de los salarios y realización de trámites administrativos), cometidos estos que corresponden en apariencia a la propia actividad de quien haya de operar como receptora del servicio, al referirse a aspectos esenciales de la relación obligatoria (concertación, seguimiento y extinción de la relación laboral), procede declarar la competencia de los tribunales españoles para conocer del litigio planteado.

Determinada la competencia de los tribunales españoles la siguiente cuestión es determinar la legislación sustantiva aplicable a dicho conflicto.

[...]

En el caso de autos el contrato está suscrito por una empresa extranjera Seawind Crew Management, Inc., para prestar servicios en un Buque Mattheos I con bandera de Chipre, iniciándose la prestación de servicios en el extranjero – Quincy (USA). Ahora bien, la agencia de gestión de tripulación – clásicas en este tipo de negocio y cuyo cometido consiste en realizar cuantos trámites son necesarios para la contratación, seguimiento y gestión de vicisitudes propias del contrato– tiene su domicilio en España, Bilbao (Ibneror).

Así, las mencionadas agencias realizan de forma efectiva aquellas gestiones que, en puridad, habrían de corresponder a quienes formalmente figuran como tales, pero que en realidad no llegan a operar más que como centros artificiales de imputación normativa bajo el artificio de la “ley del pabellón” (Seawind, en este caso, con domicilio en Panamá). Por tanto, el recurso a agencias españolas, reclama un vínculo significativo que acaba derivando hacia la coincidencia entre forum y ius.

Establecidos tales patrones de referencia ex art. 8.4º Roma I, resta comprobar si los puntos de conexión ordinarios (aps. 2 y 3) apuntan a legislaciones distintas. Tales resultados, de asentarse sobre elementos formales y, de suyo, fácilmente manipulables, deberán verse condicionados por el conjunto de vínculos materiales a que acaba de hacerse referencia.

El ordinal 2 del art. 8 Roma I se basa en la conocida como lex loci laboris (la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente), y en caso de prestaciones en el mar resulta inoperante de no acudir a la ficción de la ley del pabellón. Por tanto, sólo de aplicarse tal norma con sostén en esa ficción, la legislación aplicable sería la Chipriota, resultado que se muestra contrario al que se deriva de aplicar la regla de los vínculos mas estrechos (siempre estructurales y nunca determinados por opciones de conveniencia, siendo las banderas de barcos una típica manifestación de aquéllas).

El ordinal 3º del art. 8 Roma I remite a la lex loci delegationis (la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador); escenario que, de tomar como referencia la apariencia formal que documenta el contrato, remitiría a Panamá (Seawind). Ahora bien, resulta asimismo evidente que tal entidad fue representada por otra con domicilio en España, y sobre las que recayó todo el peso en la gestión del contrato del actor (Ibneror).

Por tanto, sólo reclamando la ficción de la “Ley del Pabellón” para ponerla al servicio del tenor literal del art. 8.2º de Roma I sería de aplicación al caso la Ley Chipriota. De modo que no cabría imputar el estudio del caso a ese Derecho de no recurrir a una construcción formalista, basada en que la ejecución del trabajo se hizo en Chipre por ser esa la bandera que ostentaba el buque. Precisamente, en orden a contener resultados contradictorios con todo un conjunto de elementos estructurales – preferibles por ser poco manipulables desde la libre voluntad del contratante más fuerte– el art. 8.4º de Roma I cierra sus normas de contención sobre la autonomía de la voluntad reclamando al ius que señalen esos factores estructurales o vínculos más estrechos, los que por lo ya dicho señalan en este caso a la normativa española.

[...]

[E. / MARFLET MARINE S.A., MARFLET S.A., MOREVEST SHIPPING COMPANY LIMITED,
CONSULTORES DE NAVEGACION S.A. Y SEAWIND CREW MANAGEMENT INC.]

COMPETENCIA JUDICIAL EN LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE ÁMBITO INTERNACIONAL

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

1. La STS de 20 abril 2015 tiene por objeto un conflicto colectivo por modificación de circunstancias de trabajo promovido por un sindicato frente a una empresa domiciliada en Mérida. Se plantea como problema esencial el relativo a la competencia funcional entre la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura (correspondiente a la sede de la empresa) o la Audiencia Nacional (considerando que de la plantilla afectada, 900 trabajadores, 6 de ellos desempeñan su trabajo en otros Estados, en concreto, en Bélgica y Portugal). El marco normativo en el que se encuadra la discusión es la aplicación de los arts. 7.a) y 8.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Social en relación con la competencia, respectivamente, del TSJ o de la Audiencia Nacional.

En instancia, la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura declaró su incompetencia funcional previniendo al demandante que podría usar su derecho a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. TS casa la Sentencia del TSJ considerando que la falta de previsión expresa sobre la competencia de un órgano jurisdiccional sobre un conflicto colectivo de carácter internacional implica el tratamiento de la situación como interna limitada al ámbito de la Comunidad Autónoma extremeña. Cabe anticipar ya nuestra posición crítica con este planteamiento ya que, como claramente de evidencia en el FJ 5º de la Sentencia, el TS entremezcla los conceptos de jurisdicción, competencia judicial internacional y competencia funcional que conducen a un fallo cuyo resultado es cuestionable.

2. Los conflictos colectivos en materia laboral quedan incluidos en el ámbito de aplicación material de los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis, a pesar de la indefinición que muestra el TS en este punto [FJ 5º, ap. E)]. Tratándose de litigios en materia civil y mercantil, que no tengan por objeto el ejercicio del poder público, tales instrumentos deben entenderse aplicables a los litigios en el orden social. Cuestión diferente es que, por sus características, no se beneficien del régimen especial del foro de protección para los litigios sobre contratos individuales de trabajo, como claramente se deriva de la propia rúbrica de la sección 5ª del Capítulo II de Bruselas I bis [P. Mankowski, en Th. Rauscher (coord.), *Europäisches Zivilprozessrecht- und Kollisions recht EuZPR/EuIPR Kommentar*, Múnich, Sellier, 2011, p. 425). El planteamiento parece lógico en la medida en que la tutela judicial específica se brinda al trabajador que, a título individual, vaya a litigar y cuya debilidad procesal se presume. Esto supone, por tanto, el sometimiento a las reglas generales de competencia del Reglamento Bruselas I bis que, salvo, supuestos de sumisión, resultarán aplicables a los conflictos colectivos que afecten a un empresario demandado domiciliado en España. Solo en casos de empresarios demandados domiciliados en terceros Estados, podrá aplicarse el criterio de competencia previsto en el art. 25.2º LOPJ que parte de la competencia de nuestros tribunales para conflictos colectivos promovidos en territorio español.

3. Desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, los conflictos colectivos quedarían sometidos al foro general del domicilio del demandado (art. 2 Reglamento Bruselas I; art. 4 Reglamento Bruselas I bis). Dado que estos litigios quedan fuera de la Sección específica en materia de contratos individuales de trabajo es irrelevante la jurisprudencia que se cita en la Sentencia en el F.J. 4º, aps. 3, 4 y 5 relativa a litigios sobre contratación en España para trabajo en el extranjero, trabajadores a bordo de buques y contratos desarrollados en el extranjero con pacto de sumisión. A falta de un foro especial para los conflictos colectivos en el Reglamento Bruselas I bis, se plantearía en este caso la cuestión de la calificación contractual o extracontractual de este tipo de litigios, a los efectos de su inclusión en los aps. 1) o 2) del art. 7. No debería entenderse como obstáculo insuperable a una calificación contractual la circunstancia de que el demandante sea un sindicato siempre que el objeto del proceso verse, como

* Profesora titular (Catedrática acreditada) de Derecho internacional privado.

parece el caso, sobre las condiciones laborales pactadas que afecta una plantilla de trabajadores. El ejercicio de una acción colectiva, en ejercicio de una legitimación extraordinaria, no debería en todos los casos variar la calificación contractual a pesar de que, formalmente, la organización sindical no es parte en la relación contractual (*vid.*, al respecto, en relación con las demandas interpuestas por asociaciones de consumidores, P. Jiménez Blanco, “El tratamiento de las acciones colectivas en materia de consumidores en el Convenio de Bruselas”, *La Ley: Unión Europea*, nº 5709, de 31-I-2003, pp. 1 ss., esp. pp. 2-3). Como criterio adicional, también habría que entender aplicable, en su caso, el foro especial en materia responsabilidad extracontractual del art. 7.2º del Reglamento Bruselas I bis cuando el litigio no verse sobre los contratos de trabajo (al respecto, *vid.*, por ejemplo, la STJUE en el asunto C-18/02: *DFDS Torline*). La calificación extracontractual está presente en el sector del Derecho aplicable en relación con los hechos dañosos derivados de acciones de conflicto colectivo (art. 9 del Reglamento Roma II) vinculados a huelgas o a cierres patronales (véanse, en este sentido, los aps. 27 y 28 del Preámbulo del Reglamento).

En el presente supuesto, no plantea duda la competencia de los tribunales españoles en la medida en que la empresa demandada tiene su domicilio en nuestro territorio. A diferencia de los foros especiales por razón de la materia, el foro general del domicilio del demandado de los Reglamentos Bruselas I y Bruselas I bis solo funciona como norma de competencia judicial internacional, por lo que sobre esta base deberá determinarse posteriormente, conforme a los criterios de la legislación española, el tribunal territorial y funcionalmente competente.

3. Los criterios de competencia internos en esta materia son los establecidos en el art. 7.a) y 8.1 de la LRJS, de los que se deriva la competencia de la AN respecto de conflictos cuyo ámbito territorial sobrepasa el de una Comunidad Autónoma. Es cierto que las normas de competencia judicial internacional (tanto el art. 2 Reglamento Bruselas I bis como el art. 25 LOPJ) no determinan el tribunal competente a nivel interno. También es cierto que, en este caso, las normas de competencia funcional en el orden social no contemplan expresamente el elemento de internacionalidad como matiz que module la aplicación de los criterios de competencia interna. En este punto, el TS considera relevante que no exista una previsión expresa sobre la competencia cuando existen, como ocurre en el caso, trabajadores que desempeñan su trabajo en el extranjero y entiende que lo que procede es “neutralizar” el elemento de internacionalidad, de modo que “el juez natural de un conflicto con proyección internacional es el mismo que lo sería si los efectos se desplegasen solo dentro de las fronteras del Estado” (FJ 5º). De hecho, toma como fundamento de su conclusión la ausencia formal de órgano competente para conocer de un conflicto colectivo cuyos efectos se extiendan más allá de las fronteras del Estado español [*vid.* en este sentido los desarrollos del ap. C) del FJ 5º]. A juicio del TS, no resultaría equiparable el supuesto de una empresa con varios centros de trabajo en diferentes Comunidades Autónomas con la situación de aquella empresa que está establecida en una única Comunidad y tiene delegaciones internacionales.

Tal conclusión no puede compartirse. En el contexto ya indicado de competencia judicial internacional de los tribunales españoles, procede interpretar y aplicar las disposiciones sobre competencia territorial y funcional de la LRJS sin entrar a cuestionar la competencia de nuestros tribunales. Una vez determinada la competencia judicial internacional, el elemento de internacional presente en la relación (los 6 trabajadores que desempeñan su labor en otros Estados) no puede utilizarse ya para cuestionar la competencia de los “tribunales españoles”, pero sí puede utilizarse para la interpretación de los criterios de competencia funcional. La expresa contemplación del elemento de internacional en una norma de competencia interna puede resultar conveniente, sobre todo para evitar problemas de inadaptación entre la competencia internacional y la competencia interna, tal y como se incluyó en el art. 52 LEC 1/2000, pero no resulta imprescindible. Por esta razón, la no mención expresa del elemento de internacionalidad en una norma de competencia interna no supone que dicha elemento deba obviarse, sino que deberá ser considerado en la interpretación y aplicación de la norma. A la vista de la solución dada a la regla de competencia funcional, podría compartirse la irrelevancia de que el conflicto colectivo afecte al territorio de varias Comunidades Autónomas o que afecte a una única Comunidad Autónoma y a otros Estados: el legislador interno no ha establecido expresamente ninguna diferencia en el tratamiento de ambas situa-

ciones. Pero la presencia del impacto internacional no podría justificar la ficción de territorialidad “intra-comunitaria” cuando los efectos claramente desbordan ese territorio.

Desde esta perspectiva, interpretado literalmente el criterio del art. 8.1º LRJS, en un conflicto como el presente que “sobrepasa el territorio español” está claro que también “sobrepasa el territorio de una Comunidad Autónoma” y, por tanto, la presencia de trabajadores en Lisboa o Bruselas debería merecer el mismo tratamiento, a estos efectos, que la presencia de trabajadores en Madrid o en Barcelona. A la misma conclusión nos llevaría una interpretación teleológica del precepto: se trata de establecer una competencia en función de criterios de proximidad, que se perdería si existen elementos fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma ya sea por presencia en otra Comunidad o por presencia en otro Estado. Lo relevante para la competencia funcional es que realmente el conflicto colectivo produzca efectos fuera del ámbito autonómico, aunque cuantitativamente estos efectos no tengan un impacto significativo [S. Rodríguez Escanciano, en J.L. Moreneo Pérez (ed.), *La Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Granada, Comares, 2013, pp. 101–102]. Por tanto, lo importante en este punto es que, tal y como indica el Ministerio Fiscal en su informe, no se haya acreditado que las modificaciones de las condiciones de trabajo que se impugnan no afecten también a los trabajadores que desempeñan su actividad fuera; dicha afectación se deriva, a juicio del TS, de las manifestaciones del sindicato demandante y de la empresa demandada.

4. En consecuencia, cabe entender que en este caso quedaría justificada la competencia funcional de la Audiencia Nacional, dado que el conflicto sobrepasa el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Una adecuada delimitación entre jurisdicción, competencia judicial internacional y competencia interna conducen a tal resultado.

2014–2015/44.– Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia de 20 abril 2015. Ponente: Excmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro. JUR\2015\146719.

Competencia judicial internacional en conflictos colectivos.– Ámbito territorial del conflicto colectivo dentro de las fronteras españolas.– Existencia de trabajadores destacados en otros países: no altera la competencia judicial de los tribunales españoles.

Normas aplicadas: Art. 25 LOPJ; art. 19 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

La resolución última del debate suscitado ante esta Sala Cuarta se basa en las siguientes premisas: 1º) La competencia para conocer los conflictos colectivos corre paralela a su ámbito geográfico. 2º) Las normas procesales que atribuyen la competencia jurisdiccional ignoran la dimensión internacional del conflicto. 3º) Ningún órgano jurisdiccional español posee expresa competencia respecto de conflictos colectivos que trasciendan nuestras fronteras. 4º) El juez natural del conflicto con proyección internacional es el mismo que lo sería si careciera de ella. 5º) El Convenio de Bruselas y los Reglamentos Comunitarios que lo han sustituido no alteran el resultado anterior.

A) Competencia para conocer de los conflictos colectivos.

[...]

B) Competencia jurisdiccional en conflictos internacionales.

La potestad jurisdiccional, dada su inserción en el ámbito de la propia soberanía del estado, se asienta sobre el principio de territorialidad. Por eso, “la jurisdicción se extiende a todas las personas, a

todas las materias y a todo el territorio español, en la forma establecida en la Constitución y en las leyes”.

En concordancia con ello, el art. 25 LOPJ, bien que solo aplicable cuando no entran en juego los Reglamentos Comunitarios, traza un cuadro de conexiones competenciales de los juzgados y tribunales de lo social, cuyo común denominador es la aplicación del principio de territorialidad. Conforme al mismo, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes sobre las pretensiones derivadas de conflictos colectivos de trabajo promovidos en territorio español.

En el presente caso el conflicto colectivo frente a GPEX se promovió dentro del territorio español, pero extiende sus efectos más allá de las fronteras. Eso quiere decir, al margen de cuanto pueda derivarse de normas internacionales o comunitarias, que aunque haya seis empleados “fuera del territorio nacional” (HP Primero de la sentencia de instancia) no debe descartarse la competencia de los tribunales españoles para conocer del conflicto por esa circunstancia.

C) Ausencia formal de órgano competente en el conflicto colectivo internacional.

La mera lectura de los preceptos reproducidos en los párrafos precedentes arroja una clara conclusión: en ninguno de ellos se asigna competencia para resolver un conflicto colectivo cuyos efectos se extiendan más allá de las fronteras del Estado español.

No se trata de una omisión o problema de redacción, sino de posición concordante con la evidencia de que la soberanía y la jurisdicción solo pueden ejercerse dentro de los límites territoriales de España. El art. 124.1º de la Constitución así lo aclara respecto de nuestras propias funciones cuando prescribe que el Tribunal Supremo actúa “con jurisdicción en toda España”.

Partiendo del carácter internacional del conflicto que afecta a GEPEX, es claro que ni siquiera este Tribunal podría conocerlo si la dimensión territorial de sus competencias se entendieran al modo en que lo ha hecho la sentencia de instancia. Si examinamos las normas sobre competencia, ningún órgano jurisdiccional es competente para conocer, en instancia o recurso, de un conflicto colectivo que extienda sus efectos fuera del Estado; sin embargo, si se atiende al ámbito de la jurisdicción española las leyes procesales sí admiten que los tribunales nacionales puedan resolver ese tipo de litigios. ¿Cómo resolver, entonces, esa aparente contradicción?

La sentencia recurrida considera que el conflicto posee ámbito superior al de una Comunidad Autónoma y entiende que, de conformidad, con los expuestos preceptos de la LRJS, el asunto compete a la Audiencia Nacional. Sin embargo, lo cierto es que el art. 8.1º LRJS le atribuye la competencia respecto de conflictos cuyo ámbito territorial sobre pasa el de una Comunidad Autónoma, silenciando cualquier referencia a los efectos de un conflicto que sobrepase los límites del Estado.

El art. 62 LOPJ confirma esta apreciación cuando prescribe que “la Audiencia Nacional con sede en la villa de Madrid, tiene jurisdicción en toda España”. De este modo, cuando el art. 67.2º LOPJ dispone que la Sala de lo Social de dicho Tribunal conoce en única instancia “de los procesos sobre conflictos colectivos cuya resolución haya de surtir efecto en un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma” es claro que ha de concordarse con el anterior y entenderse como que asume la competencia respecto de conflictos cuyos efectos se extienden más allá de una Comunidad pero en los límites marcados por el más genérico art. 62.

La misma conclusión podría obtenerse a partir de las previsiones de los arts. 1º, 2.1 y concordantes de la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

D) Órgano competente

El último pasaje de nuestro razonamiento va dirigido a justificar la razón de que la competencia para conocer sobre el conflicto colectivo planteado por CCOO frente a GPEX corresponde a la Sala de lo Social de TSJ de Extremadura, incluso aun cuando extienda sus efectos a los seis trabajadores que están prestando sus servicios fuera de España.

Puesto que las normas orgánicas sobre competencia jurisdiccional no atribuyen de forma expresa la misma a ningún tribunal español en casos como el presente, lo lógico es neutralizar el elemento de internacionalidad que el ordenamiento ignora. De este modo, el juez natural de un conflicto con proyección internacional es el mismo que lo sería si los efectos se desplegasen solo dentro de las fronteras del Estado.

En consecuencia: 1) Las normas procesales solo determinan la competencia judicial en función del ámbito territorial del conflicto colectivo dentro de las fronteras españolas. 2) La existencia de trabajadores destacados en otros países comunitarios no puede alterar la competencia judicial. 3) No es equiparable la situación de la empresa que posee centros de trabajo en varias Comunidades Autónomas con la de aquella que solo está establecida en una Comunidad y tiene delegaciones internacionales.

E) La legislación comunitaria.

El Reglamento CE 44/2001, de 22 diciembre, regula la competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo y dispone que los empresarios domiciliados en un estado miembro podrán ser demandados ante los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados (art. 19).

Por tanto, esta regla (de aplicación prioritaria) no afecta al razonamiento seguido porque: a) Si se considera que el tipo de conflicto suscitado ante GPEX se subsume entre los que el Reglamento considera como atinentes a contratos individuales, los tribunales españoles son competentes. b) Si los conflictos colectivos quedan al margen del Reglamento en cuestión, tampoco puede verse en él norma alguna sobre competencia internacional.

[...]

DERECHO MARÍTIMO

LEY APPLICABLE AL TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

2014-2015/45.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 15/2015, de 22 enero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Lluís Forgas Folch. JUR\2015\70412.

Transporte marítimo internacional.- Reclama de los gastos generados por la falta de retirada de la mercancía en el puerto de destino: gastos por demora, por ocupación de los tres contenedores y generados diariamente.- Incoterm “Coste y flete, puerto de destino convenido”.- Contenido.

Normas aplicadas: Convención de Viena de 11 abril 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

[...]

2.2.- Las siglas C&F (acrónimo del término en inglés Cost and Freight, “Coste y flete, puerto de destino convenido”) se refieren a un Incoterm o término de comercio internacional que se utiliza en las operaciones de compraventa, en que el transporte de la mercancía se realiza por barco, tanto por vía marítima como por vías de navegación interior. Se debe utilizar siempre seguido de un puerto de destino. La Convención sobre contratos para la venta internacional de mercancías de las Naciones Unidas (en inglés, CISG, U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods) en su Parte III “Venta de las mercancías” (arts. 25-88) describe el momento en que el riesgo sobre la mercancía se transfiere del vendedor (fabricante o no) al comprador (sea este el usuario final o no), pero reconoce que, en la práctica, la mayoría de las transacciones internacionales se rigen de acuerdo con las obligaciones reflejadas en los Incoterms, lo que les da un valor añadido a la hora de regular los contratos de

compraventa internacional. En la cláusula Incoterm, Cost and Freight, el vendedor pagará todos los gastos y el flete necesarios para hacer llegar la mercancía al puerto de destino convenido, si bien el riesgo de pérdida o daño de la mercancía se transfiere del vendedor al comprador cuando la mercancía traspasa la borda del buque en el puerto de embarque. De ahí se deriva que, entre otras, son obligaciones del vendedor: (i) Contratar el transporte de la mercancía al puerto de destino designado; (ii) Asumir los costes, incluido el transporte principal, hasta que la mercancía llegue al puerto de destino; (iii) Entregar la mercancía a bordo del buque, en el puerto de embarque, en la fecha o dentro del plazo estipulados; (iv) Asumir todos los riesgos de pérdida o daño de la mercancía hasta el momento en que haya sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque y (v) pagar todos los gastos relativos a la mercancía hasta que haya sido entregada, incluidos los de cargar la mercancía a bordo y cualesquier gasto que por descargarla en el puerto de destino puedan ser exigidos por las líneas regulares de navegación cuando concluyen el contrato de transporte.

De esa regulación del Incoterm, aunque referida al contrato de compraventa [relación ésta sobre la que no se fundamenta la demanda sino que ésta lo está sobre la relación del transporte marítimo], ya se concluye la legitimación de la demandante para reclamar los gastos que justifican su demanda pues de aquélla se advierte que la parte vendedora debe hacerse cargo de todos los gastos derivados directamente del transporte hasta que la mercancía sea entregada. En el caso no se hizo por lo que aquélla debe de responder frente a la porteadora marítima que tuvo que pechar con esos gastos.

3.— No sólo ello sino que en el propio Bill of Lading (B/L) o conocimiento de embarque (doc. 4º de la demanda) emitido para el transporte marítimo del que trae causa la presente reclamación se estipuló que “el comerciante (the Shipper que en el conocimiento de embarque es Euroconcultrading S.L.) será responsable de pagar todos los gastos de almacenaje y/o gastos de demoras en relación con los contenedores transportados y no recogidos por la destinataria” (cláusula 12ª.4ª) y, en otra —cláusula 25ª—, también se estipuló que “los gastos después de la descarga incluyendo los gastos de descarga, estibadores, manipulación, sobre estadías, gastos de muelle almacenaje etc. serán pagaderos por el comerciante contra la entrega”.

De ahí que no solo de la propia cláusula incoterms se puede deducir que la demandada debe pechar con los gastos reclamados sino que, dado que la relación jurídica que justifica la demanda lo es entre la cargadora (demandada) y la porteadora marítima (demandante), las cláusulas del conocimiento de embarque deben reputarse trascendentes y éstas tampoco dejan lugar a dudas sobre la pertinencia de la reclamación de gastos a la cargadora. Apuntar al respecto que el argumento de la sentencia de la primera instancia en realidad solo hace referencia al traslado de los riesgos en el contrato de compraventa, lo que no incide para nada en los términos en los que se ha planteado el presente procedimiento, esto es, dentro de las relaciones jurídicas derivadas del contrato de transporte marítimo entre la cargadora y la porteadora. Por todo ello se debe concluir que la parte demandante sí tiene legitimación para reclamar a la demandada los gastos objeto de la presente litis.

4.— Dicho lo anterior la parte demandada alegó que no se había acreditado la no entrega de la mercancía y que no se había acreditado su quantum. En cuanto a lo primero, los docs. 12 y 13 de la demanda y docs. 2.1 y 2.2 presentados por la parte actora en la audiencia previa acreditan bien a las claras que la mercancía no fue retirada y que los contenedores siguen llenos y sin retirar a fecha 8 octubre 2013. En cuanto a lo segundo, debemos decir que el importe de las demoras por día y contenedor ya se indica en el conocimiento de embarque y para su liquidación solo basta unas simples operaciones aritméticas siguiendo los parámetros establecidos en el propio Bill of lading o conocimiento de embarque que obra doc. 4 de la demanda.

Todo lo anterior lleva a estimar la demanda y el recurso. Por último debemos precisar que la condena al pago de los gastos generados diariamente por la estadía por importe de 26,73 euros/día deben limitarse, ante la absoluta falta de concreción de la demandante, a los ocasionados hasta el momento de formular la presente demanda.

[...]

[ARKAS SPAIN S.A. / EUROCONCULTRADING S.L.]

2014-2015/46.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 92/2015, de 15 abril 2015. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Blanca Torrubia Chalmeta. AC\2015\746.

Transporte marítimo internacional.- Sea waybill: concepto, naturaleza jurídica.- Diferenciación con el conocimiento de embarque.- Reclamación de pago del flete y gastos de demora del transporte: procedencia.- Mercancía no retirada por el consignatario que figuraba en la carta de porte.- Mercancía declarada en situación de abandono por las autoridades mexicanas debido al tiempo transcurrido.- Prescripción inexistente: aplicación del art. 951 CCom.

Normas aplicadas: Art. 10.5º Cc; arts. 1.b y 10 Convenio de Bruselas de 25 agosto 1924, modificado por el Protocolo de 23 febrero 1968 y el Acuerdo de 21 febrero 1979 (Reglas de La Haya-Visby).

[...]

En primer lugar, por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del sea waybill (SWB), debe señalarse que, en el ámbito del comercio marítimo internacional, se utiliza esta modalidad de carta de porte cuando se prevé que la mercancía transportada no se venderá durante el trayecto. El sea waybill, a diferencia del conocimiento de embarque, carece de las propiedades que definen a los títulos valores, por no estar destinado a la circulación. No obstante, constituye un medio de prueba del contrato de transporte marítimo celebrado y de las condiciones del mismo.

Esta Sección ha tenido oportunidad de abordar la naturaleza jurídica del sea waybill en sentencia de 15 mayo 2007, en cuyo fundamento jurídico cuarto, se señala lo siguiente: [...]

Pues bien, en el caso que nos ocupa, es claro que la condición de cargadora de Transnatur, S.A. resulta del sea waybill, que como se ha dicho, tiene carácter probatorio del contrato de transporte marítimo. Y ello, al margen de que la mercantil actuara en concepto de transitaria o de comisionista, puesto que, en cualquier caso, actuó en su propio nombre, asumiendo con ello, los derechos y obligaciones derivados de contrato de transporte.

Entre las obligaciones asumidas se hallan el pago al porteador del flete y de los daños y perjuicios causados por la demora en la retirada de la carga, importe, éste último, que figuraba publicado en la página web de Hapad Lloyd, a la que se remitía el sea waybill.

8. En este contexto, ningún valor obstativo de las obligaciones de la cargadora representa la cláusula Ex Works utilizada en la compraventa previa al transporte y por virtud de la que resulta como única obligación del vendedor la de poner la mercancía objeto de contrato a disposición del comprador en la fábrica (la carga de las mercancías incumbe al comprador, así como los gastos y el riesgo del transporte de las mismas, desde la fábrica hasta el lugar de destino). Como se ha señalado, la posición de cargadora deriva del contrato de transporte y conforme a él se han de resolver las cuestiones relativas a este contrato.

Por lo que se refiere a la cláusula, Freight Collect, ésta sí propia del contrato de transporte, tampoco representa ningún impedimento para las obligaciones exigibles a la cargadora.

En efecto, esta cláusula inserta en el contrato que nos ocupa significa que la mercancía viajaba “a portes debidos” con lo que, naturalmente, debería haber pagado el flete el consignatario o receptor de la carga. No obstante, cuando éste no recibe la carta, la obligación de abono recae sobre el cargador, máxime cuando el sea waybill no tiene la condición de título de tradición o representativo de las mercancías.

A este respecto, el art. 37 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (LCTTM), (Ley que deroga la anterior regulación del contrato de transporte contenida en el Código de Comercio) y aplicable al caso por analogía y por razones temporales, señala lo siguiente:

“1. Cuando nada se haya pactado expresamente, se entenderá que la obligación del pago del precio del transporte y demás gastos corresponde al cargador.

2. Cuando se haya pactado el pago del precio del transporte y los gastos por el destinatario, éste asumirá dicha obligación al aceptar las mercancías.

No obstante, el cargador responderá subsidiariamente en caso de que el destinatario no pague”.

Por su parte, el actual art. 235 LNM establece:

1. El fletador está obligado a pagar el flete en las condiciones pactadas.

2. No obstante, podrá pactarse que el flete sea pagadero por el destinatario de las mercancías haciéndolo constar así en el conocimiento de embarque o en la carta de porte. En este caso, el destinatario estará obligado a pagar el flete si acepta o retira aquéllas en destino. Si el destinatario rehúsa o no retira las mercancías deberá abonar el flete el contratante del transporte. Este deberá también abonar la parte del flete que el porteador no hubiera percibido del destinatario a pesar de haber ejercitado los derechos de retención o depósito que le otorga el art. 237.

Y, los arts. 241.2º LNM lo siguiente:

El fletador abonará la cantidad fijada en el contrato por el tiempo de demora producido. Si su importe no se hubiera pactado, deberá pagarse una cantidad igual a la que se hubiera fijado atendiendo a los usos del tráfico para buques de características semejantes con un cargamento y viaje similares.

9. Por todo lo anterior, procede entrar a valorar la alegación, que con carácter subsidiario, formula la demandada en su oposición al recurso de apelación, a propósito de la caducidad y prescripción de la acción ejercitada por la demandante.

La demandada en su contestación opuso la caducidad de la acción, conforme a lo establecido en el art. 3.6º del Convenio de Bruselas (Reglas de la Haya-Visby), que prevé el plazo de un año para ejercitar las acciones relacionadas con el conocimiento de embarque; en caso de no ser aplicable el anterior Convenio, la caducidad de la acción por aplicación de la Ley 22 diciembre 1949, de unificación de reglas en los conocimientos de embarque en buques mercantes (vigente hasta el 25 septiembre 2014 y derogada por la actual LNM), que también preveía un año para el ejercicio de las acciones derivadas del conocimiento de embarque; y, finalmente, la prescripción de la acción conforme al art. 951Ccom.

A este respecto, conviene señalar previamente de una parte, que como se ha señalado no resulta de aplicación al sea waybill el Convenio de Bruselas (Reglas de la Haya-Visby) y, de otra, que el art. 22 de la Ley de 1949 resulta aplicable a las acciones dirigidas contra el porteador, no así a las dirigidas contra el cargador, a las que les resulta aplicable el art. 951Ccom (STS 28/10/2002).

[...]

[HAPAD LLOYD AG / TRANSNATUR S.A.]

2014-2015/47.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo octava, Sentencia nº 145/2014, de 5 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González. JUR\2014\247897.

Transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque.- Reglas de Rotterdam: reclamación de cantidad a la destinataria de la mercancía.- Pago a un tercero ajeno intermediario.- Agente marítimo: endoso del conocimiento de embarque a un tercero.- Necesidad de la notificación de la cesión al porteador.- Firma del destinatario en el reverso: no constituye una cesión de derechos y obligaciones derivados del título.- Responsabilidad solidaria de todos los incluidos en el apartado de comerciantes.

Normas aplicadas: Convenio de Bruselas de 25 agosto 1924, modificado por el Protocolo de 23 febrero 1968 y el Acuerdo de 21 febrero 1979 (Reglas de La Haya-Visby); Convenio de Rotterdam de 11 diciembre 2008 sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente (Reglas de Rotterdam).

[...]

El tercero de los motivos del recurso se refiere a la normativa aplicable y, tras reproducir un párrafo de la sentencia relativo a la aplicación del Convenio de Bruselas de 25 agosto 1924, modificado por el Protocolo de 23 febrero 1968 y el Acuerdo de 21 febrero 1979, ratificado por España el 16 noviembre 1991 (Reglas de La Haya-Visby), continúa en estos términos:

“¿Qué pasa con el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo firmado en Rotterdam el 11 diciembre 2008, conocido como Reglas de Rotterdam, ratificado por nuestro país el día 26 enero 2011, ¿es que esta normativa no es del agrado del sentenciador de instancia [...]”

La Sala no puede aceptar de ningún modo los términos que emplea la recurrente en su escrito al referirse al Ilmo Sr. Magistrado a quo. La sentencia recurrida se encuentra perfectamente motivada y cualquier discrepancia que se haga valer a través de los correspondientes recursos exige que ello se efectúe con un mínimo respeto, no en términos impropios de un escrito forense.

El motivo no es más que reproducción de los argumentos ya expuestos por la recurrente.

Por otra parte la alegación relativa a las Reglas de Rotterdam constituye un argumento que se introduce ex novo en trámite de apelación. En la contestación a la demanda se aludía a las Reglas de Hamburgo.

Hemos de añadir que dicho Convenio no se encuentra en vigor. Confunde la recurrente la ratificación por España, que además no se efectuó hasta el 19 enero 2011 (con posterioridad al transporte objeto de las actuaciones), con la entrada en vigor del Convenio. Se requiere el depósito de 20 instrumentos para que el convenio entre en vigor. Hasta el momento solo ha sido ratificado por España y Togo.

Lo más sorprendente es que la recurrente acabe por reprochar al Ilmo. Sr. Magistrado a quo que tan solo se limitase “a reproducir las alegaciones de una parte sin tomarse la molestia de analizarlas ni confrontarlas con las alegaciones y pruebas aportadas al proceso y, lo que es peor, sin encuadrarlas en las normas jurídicas que regulan el derecho marítimo y terrestre”.

Tras referirse el recurso a la Ley de 22 diciembre 1949 y a los Incoterms, considera que la demanda debió ser desestimada en aplicación del art. 5 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías .

Hemos de añadir que Barlow Cargo Madrid, S.L. no puede considerarse aquí comisionista o freight forwarder, es decir, quien asume la posición de porteador al contratar el transporte con el cargador. Su relación con Comercio Primavera, S.L., como destinatario, es ajena por completo al porteador o a su agente.

Al margen de remitirnos a lo ya expuesto sobre la obligación que deriva de los conocimientos de embarque, es evidente que no es aplicable la Ley del contrato de transporte terrestre a un transporte marítimo internacional.

[...]

[CHINA SHIPPING AGENCY, S.A. / COMERCIO PRIMAVERA, S.L.]

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LEY APLICABLE AL DIVORCIO

2014–2015/48.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 147/2014, de 27 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón JUR\2014\84873.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad guineana.– Legislación aplicable.– Aplicación de la ley española cuando la ley extranjera no reconoce el divorcio en forma contenciosa.– Alimentos de los hijos.– Reducción de la cuantía: procedencia.– Situación de precariedad económica del padre.

Normas aplicadas: Art. 107.2º.c) Cc; art. 281.2º LEC.

La pretensión del demandado mantenida en la fase expositiva del proceso de primera instancia, sobre la aplicación de la ley personal común de las partes, de nacionalidad guineana, lo que determinaba la aplicación del Derecho de la República de Guinea, que a su entender determina imprescindiblemente el consentimiento de ambos esposos para la declaración judicial del divorcio del matrimonio, ha de ser plenamente desatendida, con la consecuencia de tenerse en cuenta el Código Civil español, a tenor de las prescripciones del art. 107.2º.c) de tal texto legal.

Si la ley guineana no admite el divorcio en forma contenciosa, por inexistencia de acuerdo entre los cónyuges para la disolución del matrimonio celebrado entre ellos, como aduce el demandado en la primera instancia y en sede de la presente alzada procedimental, sin aportar su contenido y vigencia, tal como determina el art. 281.2º LEC, era procedente aplicar, tal como ha efectuado el órgano judicial de la primera instancia, el Código civil español, y en concreto el art. 107.2 c), pues si la ley extranjera no reconoce el divorcio de manera contenciosa, y a instancia de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de proceso consensuado, ha de estarse a la ley española que sí lo hace.

[...]

2014-2015/49.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 260/2014, de 8 abril 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2014\134837.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad marroquí.- Divorcio consentido por ambos cónyuges.- Legislación aplicable.- Aplicación de la ley española cuando la ley extranjera no reconoce el divorcio en forma contenciosa.- Pensión compensatoria: aplicación del Derecho catalán.- Competencia de los tribunales españoles.

Normas aplicadas: Art. 107.2º Cc; art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 ^{noviembre} 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental ((Bruselas II bis); Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III); Protocolo de La Haya de 23 ^{noviembre} 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; art. 107.2º Cc.

[...]

Visto que la sentencia apelada no examina la competencia de los tribunales españoles, como procede hacer de oficio según el art. 38 LEC, ni la ley aplicable a los temas objeto del procedimiento, debe señalarse que ambos litigantes tienen la nacionalidad marroquí y son residentes en Cataluña.

Atendida la fecha de la demanda, 1 septiembre 2011, a tenor del art. 3 del Reglamento CE 2201/2003, son competentes los tribunales españoles por residencia de los litigantes para resolver la acción de divorcio, y a tenor del art. 3.b) del Reglamento CE 4/2009, en cuanto a la pensión, asimilada internacionalmente a los alimentos.

No estando en vigor todavía a la fecha de la demanda el Reglamento UE 1259/2010, la norma de conflicto de leyes para el divorcio viene determinada por el art. 107.2º Cc estatal, que por razón de la nacionalidad común es la marroquí. Por la que atañe a la pensión, el art. 3.1º del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español, debe aplicarse el Derecho civil catalán a las medidas de divorcio en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º del Estatut d'Autonomia de Catalunya

y 111.3.1 del Codi Civil de Catalunya (CCC), concretamente el CCC, vigente ya en el momento de la demanda.

La sentencia apelada aplica el derecho correcto a la cuestión de la pensión, en tanto que no lo hace a la acción de divorcio, que al ser cuestión de orden público debe ser reexaminada en esta alzada. El divorcio debe confirmarse porque, no oponiéndose el demandado a la demanda en ese extremo, según el art. 114 de Código de familia de Marruecos (Al Mudawana) y concordantes cabe el divorcio consentido por ambos.

Procede, no obstante, su subsanación en cuanto dispone la comunicación de la sentencia firme al Consulado de Marruecos en España, sin fundamentarlo legalmente, en tanto omite lo procedente. Dado que el matrimonio se celebró en el extranjero (Marruecos), el oficio debe ser remitido al Registro Civil Central, con testimonio de la sentencia y de la documentación acreditativa del matrimonio, para que se practique la inscripción del matrimonio como soporte a la del divorcio (arts. 15.2º y 18.1º LRC.

[...]

2014-2015/50.- Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, Auto nº 298/2014, de 6 junio 2014.
JUR/2014/256761.

Disolución del vínculo matrimonial por divorcio.- Competencia judicial internacional.- Competencia de los tribunales españoles: procedencia.- Fuero alternativo: residencia habitual del demandante.- Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003.- Falta de competencia para el conocimiento de la pretensión relativa a la modificación de la pensión.- Determinación de la ley aplicable.

Normas aplicadas: Art. 3.1º.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); art. 8 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III).

[...]

En primer lugar, la determinación de la competencia de los Tribunales españoles en materia de nulidad, separación o divorcio cuando alguno o los dos cónyuges posean nacionalidad o residencia en algún país extranjero, como es el caso que nos ocupa, ya que la demandada reside en Francia, donde precisamente tuvieron el último domicilio conyugal, se regula a través del, Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, de obligada aplicación desde el 1 marzo 2005, de forma preferente al Derecho interno español. Y dicho reglamento en su art. 3.1º.a) establece los fueros exclusivos, objetivos y alternativos, a que debe atenderse para fijar la competencia para el conocimiento en la materia indicada. Uno de esos fueros, que repito son alternativos, es el de la residencia habitual del demandante con residencia allí durante un año antes (circunstancia 5a) y otro el de la residencia habitual del demandante, con residencia anterior a seis meses si es nacional (circunstancia 6a) que es por el fuero que se ha optado. Ya que el Sr. Gómez estableció su residencia en nuestra localidad, como mínimo, con fecha de 10 enero 2012 como se acredita con el documento 3 de la demanda. Y esta se ha presentado el 4 octubre 2012, habiendo transcurrido, por tanto, el período de residencia mencionado en el art. Indicado.

Por todo ello, en definitiva, los Tribunales españoles son competentes para conocer de la pretensión de Divorcio que se plantea. Cuestión diversa es la Ley aplicable a dicha pretensión, que desde el 21 junio 2012 se rige por el Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre, que en su art. 8 establece una escala de conexiones, habiendo optado; el actor por la legislación española y no oponiéndose a ello la parte demandada, para el caso de que se considere competente este Juzgado.

Ahora bien, para lo que no son competentes es para el conocimiento de la pretensión relativa a la modificación de la pensión, ya que la competencia para su conocimiento se fija en el Reglamento 4/2009, de obligada aplicación desde el 18 junio 2011, sin que la residencia del actor se encuentre entre ninguno de los fueros que señala, al no haber! habido una sumisión expresa ni tácita a los Tribunales españoles por parte de la demandada (no puede haberla a los de la residencia común, porque] no existe desde la separación) y ser el resto de los que podrían aplicarse, referentes a la residencia habitual del demandado o del acreedor, en este caso la Sra. [...], que como he dicho, reside en Burdeos (Francia). Una vez determinada la competencia, otra cuestión sería, al igual que en: el pronunciamiento del divorcio, la Ley aplicable al fondo del asunto, que; en el caso de pensiones alimenticias o compensatorias, se rige por el Reglamento citado—en este apartado.

Por lo expuesto en definitiva, la Jurisdicción de los Tribunales Españoles y de este Juzgado, queda delimitada a la pretensión de divorcio.

2014-2015/51.— Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera, Sentencia nº 147/2014, de 10 julio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. JUR\2014\294955.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad rumana.— Determinación de la ley aplicable.— Falta de acreditación del contenido de la ley extranjera: carga de la prueba.— Aplicación de la legislación española.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 107.2º Cc; art. 281.2º LEC.

[...]

Antes de entrar a resolver sobre los concretos motivos de recurso, hemos de destacar que ambos cónyuges son de nacionalidad rumana y contrajeron matrimonio en su país de origen. Según la norma de conflicto internacional regulada en el art. 9.2º Cc se remite a su art. 107.2º, en lo que ahora nos interesa, que el divorcio se regirá por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda . Con arreglo al art. 281.2º LEC “el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia”.

Si bien corresponde alegar y probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero a la parte que lo invoca, el art. 281.2º LEC autoriza al tribunal a valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero. En este caso ni las partes ni la sentencia mencionan siquiera el Derecho rumano, menos aún han tratado de probar su contenido, vid nuestras sentencias de 14 diciembre 2005, 27 noviembre 2007 y 31 enero 2012. La Sala, con los medios a su alcance, tampoco ha podido averiguar cual es el derecho rumano vigente en materia de divorcio. El contenido de la página web contenida en la extranet de jueces y magistrados del Consejo General del Poder Judicial correspondiente al Derecho extranjero, señala que rige la materia el Código de Familia que entró en vigor el 4 enero 1954, con numerosas modificaciones, e indica que 2010 entrará en vigor un nuevo Código sobre el que no da razón alguna. En cualquier caso, no recoge cuales son los preceptos, sino que da una explicación o resumen sobre el derecho pero sin precisar el texto de la ley, por lo que no podemos resolver el litigio con arreglo al Derecho extranjero. La jurisprudencia admite la aplicación de la legislación española cuando el Derecho extranjero no ha sido probado (sentencias, por ejemplo, de 25 enero 1999 y 5 junio 2000), lo que no es incompatible con el régimen establecido en el art. 107 Cc .

[...]

2014-2015/52.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 665/2014, de 30 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón. JUR\2015\20674.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad boliviana y residencia en España.- Competencia judicial internacional de los tribunales españoles.- Aplicación de la ley boliviana: le de la nacionalidad común de los cónyuges.- Excepción por falta de legitimación activa de los abuelos paternos a los que se les ha concedido la atribución de la guarda y custodia de la menor desde los tres meses. Aplicación de la *lex fori*.- Guarda y custodia de los hijos a favor de la madre: improcedencia.

Normas aplicadas: Arts. 3.1º a) y 12.4º Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Convenio de la Haya de 23 noviembre 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia; Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; art. 107 Cc.

Prima facie es de reseñar para dilucidar las cuestiones relativas a la competencia internacional y la ley aplicable, que los sujetos del proceso de divorcio tienen la nacionalidad boliviana y su residencia en España, estando domiciliada la hija común Camila en Bolivia con los abuelos paternos.

A tenor de lo dispuesto en el art. 36 LEC, la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la LOPJ y en los tratados y convenciones internacionales en los que España sea parte. La falta de competencia internacional es apreciable de oficio o a instancia de parte, en base a lo dispuesto en los arts. 38 y 39 LEC .

La competencia para conocer jurisdiccionalmente la disolución por divorcio del vínculo matrimonial existente entre las partes en litigio, corresponde a los tribunales españoles, según el art. 3.1 a) del Reglamento (CE) 2201/2003 (Bruselas II bis). La decisión adoptada sobre tal materia en la sentencia de primera instancia, coincidente con la reseñada en esta nuestra sentencia, ha de ser pues plenamente confirmada.

Tal competencia internacional de los tribunales españoles se prorroga a la materia propia de la responsabilidad parental, según dispone el art. 12 del Reglamento mencionado. Efectivamente tal precepto permite la acumulación indicada si concurren tres condiciones: a) que al menos uno de los progenitores ejerza la responsabilidad parental, que en el caso enjuiciado es de apreciar porque el progenitor la desarrolla a través de los abuelos paternos, con los que reside la menor en Bolivia; b) la existencia de sumisión expresa o de cualquier otra forma inequívoca, que también se muestra concurrente en el proceso, pues la demandada no ha planteado, en debida forma, declaratoria de jurisdicción internacional, y; c) que la competencia del tribunal que conoce del divorcio responda al interés del menor, que en el litigio en cuestión también se observa, dado que el art. 12.4º del Reglamento establece la presunción de que se da ese interés cuando el Estado no miembro de la Unión Europea, en este caso Bolivia, no es parte del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 .

Finalmente y en lo relativo a los alimentos de la menor Camila, también son competentes los tribunales españoles, por acumulación, según proclama el art. 3.d) del Reglamento (CE) 4/2009.

En lo que respecta a la ley aplicable a la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre las partes, de nacionalidad boliviana, dada la presentación de la demanda que dio curso al proceso el 20 octubre 2011, el Reglamento (UE) 1259/2010 (Roma III), que aplica la sentencia del primer grado jurisdiccional para la declaración del divorcio, no había entrado todavía en vigor

en tal momento histórico, pues tiene vigencia desde el 21 junio 2012, y por ello la ley de aplicación al divorcio, según dispone el art. 107 Cc español, es la boliviana por ser la nacionalidad común de los sujetos del litigio.

Sentada tal consideración ha de ser objeto de aplicación el art. 131 del Código de Familia de Bolivia de 1972, que además de las causas descritas en el art. 130, se admite el divorcio instado por cualquiera de los cónyuges, por separación de hecho libremente consentida y continuada por más de dos años, con independencia de la causa que la hubiere motivado. En el caso enjuiciado se ha acreditado la duración y continuidad de la separación de hecho, lo que no ha sido objeto de controversia entre las partes, más allá de si el cese de la convivencia se produjo en el año 2005 o 2007.

La disolución del matrimonio declarada en la sentencia por causa de divorcio debe de ser confirmada, con aplicación de las normas explicitadas en esta nuestra sentencia.

Sí es preciso subsanar la sentencia de primera instancia, en cuanto dispone en su parte dispositiva, in fine, la remisión de testimonio al Registro Civil en el que conste inscrito el matrimonio para su anotación marginal. Dada la celebración del matrimonio en Buenos Aires, capital de la República Argentina, el 8 febrero 2002, según certificación obrante en las actuaciones, el oficio debe de ser remitido al Registro Civil Central, con testimonio de la sentencia y de la acreditación documentada del matrimonio, para que se practique la inscripción del matrimonio como soporte a la de divorcio, según disponen los arts. 15.2º y 18.1º LRC.

La ley de aplicación a las cuestiones de responsabilidad parental y alimentos es la boliviana, tal como acertadamente dispone la fundamentación jurídica de la sentencia de divorcio, por lo dispuesto en el art. 17 del convenio de La Haya de 19 octubre 1996, y en el art. 3 del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, respectivamente.

[...]

2014-2015/53.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimo segunda, Sentencia nº 798/2014, de 18 diciembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz. JUR/2015/62738.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad extranjera.- Competencia jurisdiccional para el divorcio y la responsabilidad parental.- Reglamento Roma III: aplicación *erga omnes*.- Guarda y custodia: suspensión de las estancias, visitas y relación de la madre con los dos hijos menores.- Cuantía de la contribución materna a los alimentos.

Normas aplicadas: Art. 21 LOPJ; arts. 9, 106 y 107 Cc; Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); art. 4 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III); art. 15 Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias; art. 107 Cc.

[...]

Pese a la nacionalidad extranjera que ostentan ambos litigantes, ninguna de las partes ni el Ministerio Fiscal ha suscitado en la alzada cuestionamiento alguno sobre la competencia judicial ni respecto a ley aplicable, que tampoco han sido clarificadas en la primera instancia en base a la consideración de que existe un sometimiento tácito a los tribunales españoles; más al tratarse de materias de orden público (la competencia ha de ser examinada de oficio tal como establecen los arts. 21 LOPJ y 770.4º LEC) y estar acreditado que los cónyuges ostentan ambos la nacionalidad filipina, es necesario realizar un control jurisdiccional de las referidas cuestiones.

Por lo que se refiere a la competencia jurisdiccional para el divorcio y la responsabilidad parental, el Reglamento (CE) 2201/2003 establece como criterio de vinculación competencial el de la última residencia común de la familia. Por lo que se refiere a la ley aplicable al divorcio es de aplicación al caso de autos el art. 4 Reglamento (UE) n° 1259/2010 que entró en vigor el 21 junio 2012, en fecha anterior a la de la presentación de la demanda, con proyección de su regulación a relaciones erga omnes, incluso entre personas nacionales de estados extra comunitarios. En cuanto a las prestaciones alimenticias que se discuten es de aplicación el Reglamento (CE) 4/2009 en cuanto a la competencia, con la remisión al protocolo de la Haya de 2007 en lo que se refiere a la ley aplicable,

El criterio de vinculación a la jurisdicción española para las acción de divorcio ejercitada es el de la última residencia habitual, que en este caso radicó en Barcelona, donde nacieron y residen los dos hijos menores (los otros dos hijos mayores de edad nacieron en Filipinas). La norma relativa a las relaciones parentales y a los alimentos de los menores resultante de la aplicación conjunta de los referidos reglamentos, es la que resulta de la residencia habitual de los hijos, por lo que es el CCCat en virtud del principio de territorialidad establecido en el artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Catalunya y de lo establecido en el art. 111-3.1 del CCCat, así como de las normas aplicables de conflicto de leyes (arts. 9, 107 y 16 Cc español), que también remiten al mismo ordenamiento civil propio de Catalunya.

Entrando a conocer de la controversia que han planteado los litigantes en la alzada, se focaliza en primer lugar en el régimen de comunicación, estancias y visitas de la madre (progenitor no custodio), que ha pasado a residir en Canadá, mientras el padre permanece en España con los hijos menores.

La sentencia que se recurre deja en suspenso el régimen de visitas en virtud de lo solicitado por el Ministerio Fiscal, siendo de destacar que la representación del actor, al que se le otorga la custodia de los hijos, no opuso objeción alguna a la relación de la madre con los hijos.

Se ha de atender al respecto que las relaciones entre los progenitores y sus hijos son materia de orden público y especial protección. Las restricciones o la suspensión de tales relaciones han de estar debidamente motivadas. En el caso de autos la única razón por la que se suspenden tales relaciones en la sentencia de primera instancia es por la petición del fiscal que, a su vez, argumenta su petición en que la madre ha establecido su residencia en Canadá. No se alega ni se prueba que el mantenimiento de las relaciones pueda generar algún perjuicio para los hijos menores.

En consecuencia con lo anterior y de conformidad con lo que establece el art. 236-10 del CCCat, lo que resulta procedente es asignar al padre el ejercicio exclusivo de la potestad parental, por causa de la ausencia del otro progenitor, pero se han de mantener y fomentar las relaciones de la madre con los hijos estableciendo un régimen abierto consistente en prever comunicaciones semanales por medio de videoconferencias, llamadas telefónicas y comunicación postal, así como las estancias en los periodos vacacionales, siempre que la madre preavise con dos meses de antelación, que consistirán en un mes y medio durante las vacaciones escolares de verano (con la posibilidad de que los hijos viajen al extranjero), y la mitad de los restantes periodos vacacionales. La madre también podrá tener consigo a los hijos los fines de semana cuando se desplace a España, preavisando con al menos 15 días de antelación.

Por lo que se refiere a la cuantía de la contribución materna a los alimentos de los hijos menores, es de aplicación la ley de la residencia habitual del acreedor por la remisión que realiza el art. 15 Reglamento (CE) 4/2009 al Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007.

Los arts. 237-1 y 237-2 del CCCat establecen la obligación inderogable de contribuir a los alimentos de los hijos derivada del vínculo de la filiación, en proporción a las posibilidades y medios económicos. El padre obtiene ingresos por su trabajo como ayudante de cocina, y la madre ha trasladado su residencia al Canadá, para convivir con una hija mayor de edad, por razo-

nes también de carácter económico, sin que exista causa por la que esté justificado que sea exonerada de contribuir a los alimentos de sus hijos menores.

Los argumentos desarrollados por la demandada para sostener su recurso no son admisibles por cuanto la obligación de alimentos derivada de la paternidad o la maternidad pertenece a la esfera del orden público y ha de ser cumplida según los criterios ponderados de las necesidades de los hijos y de las posibilidades de ambos progenitores.

En el caso de autos la cantidad fijada de 160 € mensuales es el mínimo vital con el que debe contribuir la madre, por lo que el recurso debe ser desestimado en este punto.

2014-2015/54.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 22/2015, de 20 enero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Elena Farre Trepat. JUR\2015\77548.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad colombiana.- Competencia judicial internacional de los tribunales españoles.- Ley aplicable: art. 107 Cc.- Aplicación del Derecho colombiano.

Normas aplicadas: Art. 3.1º.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); art. 107 Cc.

En este procedimiento se formuló demanda de divorcio del matrimonio contraído por las partes implicadas en el mismo, de nacionalidad colombiana en la fecha de la presentación de la demanda, y cuya residencia se encuentra en Viladecans, según los datos que constan en el procedimiento. Por ello, los juzgados españoles, y en concreto en este caso el juzgado de Gavà, por razón del último domicilio del matrimonio, son competentes para el conocimiento de la demanda de divorcio en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.1º.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, en el que se establece que la competencia para la declaración de divorcio recae en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges, o bien, el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí.

Debido a que la demanda de divorcio se presentó el día 1 marzo 2012 no es aplicable a este caso el reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 107 Cc en el que se regula la ley aplicable al divorcio. Conforme dispone el referido precepto la ley que regirá el divorcio será en este caso la colombiana por ser la ley nacional común de ambos cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, sin que concurra ninguno de los supuestos previstos en el mismo precepto que conduzca a la aplicación de la ley española.

Como acertadamente se indica en la sentencia recurrida la norma de conflicto remite en este caso a la legislación colombiana y en el art. 164 Cc colombiano se establece que el matrimonio civil celebrado en Colombia, se regirá por la ley del domicilio conyugal y no producirá los efectos de disolución, sino a condición de que la causal respectiva sea admitida por la ley colombiana y de que el demandado haya sido notificado personalmente o emplazado según la ley de su domicilio. Con todo, cumpliendo los requisitos de notificación y emplazamiento, podrá surtir los efectos de la separación de cuerpos.

Del examen de las causales del divorcio previstas en el art. 154 Cc de Colombia se desprende que la condición exigida para el divorcio en el ordenamiento jurídico español, en los arts. 86 y 81.2º Cc, no se halla prevista en el Derecho colombiano. Sin embargo, entre las causas del divorcio previstas en el art. 154.8º se reconoce “la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años”.

En este caso no se rebate, en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la aplicación del derecho colombiano al supuesto que se plantea en este procedimiento, siendo la ley colombiana a la conduce la norma de conflicto prevista en el Derecho español, que es aplicable de oficio. El motivo del

recurso versa en relación con el hecho de que no se ha acreditado en la sentencia recurrida la vigencia del derecho colombiano que se aplica. Sin embargo, la parte recurrente no aporta ningún elemento de prueba que cuestione la vigencia del derecho aplicado, razón por la cual el motivo por el cual se recurre la sentencia debe ser desestimado.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, si bien en la fecha de la presentación de la demanda no concurrían los dos años previstos en el art. 154 Cc colombiano como causa de divorcio, en la actualidad este periodo de tiempo se ha cumplido sobradamente, por lo que puede estimarse la concurrencia de la causal del divorcio exigida en la legislación colombiana por cuanto que la separación de los cónyuges se sitúa en el día 14 octubre 2011 habiendo transcurrido más de dos años desde que tuvo lugar la misma. Por ello, procede la declaración del divorcio del matrimonio por apreciarse la concurrencia de la causa prevista en el art. 154.8º Cc de Colombia.

Procede, por ello, estimar el recurso formulado por la parte actora en este procedimiento y declarar el divorcio del matrimonio contraído en fecha 28 diciembre 2005 en la localidad de Pitalito–Huila (Colombia) por las partes implicadas en este procedimiento.

2014–2015/55.– Audiencia Provincial de León, Sección Primera, Sentencia nº 38/2015, de 27 febrero de 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Rodríguez López. JUR\2015\99505.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad portuguesa.– Competencia judicial y Derecho aplicable.– Pensión compensatoria de alimentos.

Normas aplicadas: Arts. 21 y 22.3º LOPJ; art. 107.2º Cc; art. 17 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); arts. 3 y 10 Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; art. 8 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III); Convenio de la Haya de 23 noviembre 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia; Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Competencia judicial internacional y Ley aplicable

En la sentencia recurrida se afirma, y no resulta contradictorio, que tanto el demandante como la demandada tienen nacionalidad portuguesa. Este elemento de extranjería nos lleva a analizar tanto la competencia judicial internacional de los tribunales españoles como el Derecho aplicable.

a) Competencia judicial internacional.

La sentencia recurrida proclama la competencia de los tribunales españoles aplicando lo dispuesto en el art. 22.3º LOPJ .

El art. 21 LOPJ establece que la competencia de los tribunales españoles, cuando concurre algún elemento de extranjería, debe determinarse conforme a lo dispuesto en la propia LOPJ, pero con la salvedad de lo dispuesto en los tratados internacionales.

El art. 288 TFUE establece: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”. El Derecho de la Unión Europea se incorpora como Derecho interno por la eficacia vinculante de los tratados (art. 96 CE y 1.5º Cc). Al existir un Reglamento de la Unión Europea que regula la competencia judicial internacional en relación con el divorcio debe de ser este, y no la norma de Derecho interno (art. 22.3º LOPJ), el que se aplique: Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 . Su aplicación debe de tener lugar

tanto por ser una norma posterior al art. 22.3º LOPJ (efecto derogatorio previsto en el art. 2.2º Cc), como por su eficacia vinculante para el Estado español y sus instituciones (art. 96 CE), como por el principio de prevalencia establecido por la jurisprudencia del TJUE.

En concreto, en el art. 3.1.a) del Reglamento precitado, y en relación con el divorcio, se determina la competencia de los tribunales del estado miembro “ en cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges”. En este caso, la residencia de ambos radica en territorio español y, por ello, son competentes los tribunales españoles y, en concreto, el Juzgado de 1ª Instancia que dictó la sentencia al ser la localidad de Las Ventas de Albares el último domicilio conyugal (art. 769.1º LEC).

Y en relación con la obligación de alimentos es de aplicación el Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. En su art. 3, y como norma general de competencia establece: “Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros: a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o [b)] el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o [c)] el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesorio de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o [d)] el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesorio de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes”. Todos estos supuestos confluirían en determinar la competencia de los tribunales españoles. En cualquier caso, el art. 5 del Reglamento introduce un precepto de sumisión tácita: “Con independencia de los casos en los que su competencia resultare de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que compareciere el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia”.

A tenor de la expuesto, y examinada la competencia judicial internacional conforme exigen los arts. 17 del Reglamento 2201/2003 y 10 del Reglamento 4/2009, la conclusión es la competencia de los tribunales españoles para conocer tanto de la acción referida al divorcio como para conocer de la pretensión de pago de pensión solicitada con la demanda. Añadimos a todo ello la sumisión expresa de las partes que no han formulado objeción alguna al respecto.

b) Ley aplicable.

Tal y como expusimos, la determinación de la Ley aplicable por conflicto de normas ha de efectuarse conforme a lo dispuesto en las normas del Derecho de la Unión Europea que prevalecen (y, en este caso, además, derogarían) sobre lo dispuesto en el Derecho interno; en concreto, en relación con lo establecido en el art. 107.2º Cc. Igual prevalencia respecto del Derecho interno se ha de atribuir a lo dispuesto en los Tratados Internacionales (art. 96 CE y 1.5º Cc).

La norma aplicable en relación con el divorcio y la separación del matrimonio viene determinada por el Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. Y la norma aplicable en relación con la obligación de alimentos es el Protocolo de La Haya, de 23 noviembre 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, incorporado al Derecho comunitario, y al de sus Estados miembros, por Decisión del Consejo, de 30 noviembre 2009, que acuerda la adhesión de la Comunidad Europea al citado convenio.

El art. 8 del Reglamento 1259/2010, en relación con la Ley aplicable a nulidad, separación y divorcio, establece: “Art. 8. Ley aplicable a falta de elección por las partes. –A falta de una elección según lo establecido en el art. 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado : a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto...”. Como quiera que los cónyuges no han suscrito pacto alguno sobre la Ley aplicable

(como el que se prevé en el art. 5 del Reglamento) y al tener ambos su última residencia en territorio español se habrá de aplicar la Ley española.

Por su parte, el art. 3 del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, al que remite el art. 15 del Reglamento nº 4/2009, del Consejo, en relación con la obligación de alimentos, establece: “ 1. Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa “. Además, salvo en relación con menores de edad, subyace un principio dispositivo (arts. 5, 6, 7 y 8) que convierte la Ley del foro en norma aplicable (con alguna matización).

Por lo tanto, es de aplicación la Ley española a la reclamación de pensión compensatoria.

c) Pensión compensatoria/pensión de alimentos.

La pensión compensatoria no tiene como finalidad ofrecer alimentos a uno de los cónyuges. Sin embargo, al no existir la posibilidad de alimentos entre cónyuges cuando se disuelve el matrimonio hemos de entender que la pensión compensatoria se incorpora en un sentido amplio en el concepto de obligación de alimentos previsto en el convenio internacional citado.[...]

A tal conclusión hemos de llegar si tenemos en cuenta que el Estado español está vinculado por los convenios antes indicados, y también por el Convenio de la Haya de 23 noviembre 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia. En todos ellos se contempla el supuesto de alimentos entre cónyuges, que en nuestro sistema jurídico no tendría sentido en caso de nulidad y divorcio, y muy residualmente en caso de separación, si entendiéramos que la pensión compensatoria no se puede equiparar a la obligación de alimentos entre cónyuges prevista en los reglamentos y convenios señalados. El rechazo de tal equiparación supondría, además, sustraer la posibilidad de que los acreedores de pensión compensatoria fijada en resoluciones judiciales de nuestros tribunales pudieran beneficiarse de la cooperación jurisdiccional internacional que se ofrece en dichos reglamentos y convenios, sustrayéndose, además, a las normas en ellos establecidos en una materia (pensión compensatoria) que aunque se ha construido con finalidad resarcitoria tiene también un claro componente asistencial y reequilibrador que no es completamente ajeno a una idea protectora del cónyuge en situación de desequilibrio, como se observa en la regla 8ª del art. 97 Cc, en la que se toma como parámetro para determinar y cuantificar la pensión compensatoria “[E]l caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. [...]

2014-2015/56.- Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, Sentencia nº 89/2015, de 22 abril 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez. JUR\2015\153332.

Divorcio de matrimonio celebrado en Suecia: únicamente.- Competencia judicial internacional.- Conocimiento de los Tribunales españoles.- Improcedencia en supuestos en que ninguno de los cónyuges sea nacional y además no residan en España.- Imposibilidad en supuestos en los que el demandante tenga la residencia en España por un período inferior a 6 meses o un año, dependiendo de que sea español o no, y siempre y cuando no se quieran someter ambos a la jurisdicción española.

Normas aplicadas: Arts. 21 y 22.2º y 3º Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

Examen de la competencia de este Tribunal

Cuando un ciudadano extranjero accede a los tribunales de justicia españoles pretendiendo una resolución judicial de separación matrimonial, nulidad o divorcio, hay que estar a lo dispuesto en el art. 36.1º LEC, que a su vez remite a lo establecido en la LOPJ y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.

Por su parte, el art. 21 LOPJ establece en su n° 1 que los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte. Además, establece en su art. 22, aps. 2 y 3, y en materia de familia, los correspondientes puntos de conexión a la materia de matrimonio (relaciones personales y patrimoniales y separación, nulidad y divorcio) y relaciones paternofiliales.

El sistema español de competencia judicial, no obstante, vino a ser alterado por la normativa comunitaria. Nos estamos refiriendo, en primer lugar, al Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que deroga –con efectos desde el 1 marzo 2005– el Reglamento 1347/2000. Por aplicación de este convenio hemos necesariamente a distinguir, para establecer la competencia, entre matrimonio y relaciones parentales.

En materia de matrimonio, el art. 3.1° del Reglamento atribuye competencia para resolver las cuestiones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad del matrimonio de los cónyuges, y de forma alternativa, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

En cuyo territorio se encuentre la residencia habitual de los cónyuges o

En cuyo territorio radique la última residencia habitual de los cónyuges, cuando uno de ellos todavía resida allí, o

En cuyo territorio se encuentre la residencia habitual del demandado, o

En cuyo territorio esté, en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o

En cuyo territorio radique la residencia habitual del demandante, si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o

En cuyo territorio se halle la residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y, o bien es nacional de dicho Estado, o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su domicilio, o

El Tribunal de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda el domicilio de ambos cónyuges.

Se toma como referencia principal la “residencia habitual”. La doctrina ha puesto de manifiesto que el Tribunal de Justicia Europeo ha dado en diversas ocasiones una definición de dicho concepto, en el sentido que significa “el lugar en que la persona ha fijado con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses, que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos”.

Hay que decir que son foros flexibles, realistas y adaptados al alto grado de movilidad de los cónyuges producido tras una crisis matrimonial. Generan un nivel suficiente de proximidad entre el litigio y la jurisdicción seleccionada.

Además, las competencias que se establecen son de carácter exclusivo, de forma que los cónyuges que tengan su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sean nacionales de un Estado miembro, sólo podrán ser demandados por su cónyuge para obtener la nulidad, separación o divorcio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro. Y no puede dejarse de tener en cuenta que si un Tribunal no se considera competente de conformidad con los foros establecidos (arts. 3, 4 y 5 del Reglamento) deberá, antes de acudir a sus propias normas nacionales, comprobar de oficio si existe otro órgano jurisdiccional comunitario competente en cuyo caso se declarará incompetente. De tal manera, las normas estatales sólo entrarán en juego tras comprobarse inviables los fueros previstos en el Reglamento.

El único problema sigue siendo la limitación de su ámbito de aplicación.

En suma, en esta materia, de nulidad, separación y divorcio, el juego de ambas normas lleva a la conclusión de que únicamente queda vetado al conocimiento de los Tribunales españoles los supuestos en que ninguno de los cónyuges sea nacional y además no residan en España, y aquellos otros en los que el demandante tenga la residencia en España por un período inferior a 6 meses o un año, dependiendo de que sea español o no, y siempre y cuando no se quieran someter ambos a la jurisdicción española. [...]

2014-2015/57.- Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia nº 43/2015, de 27 abril 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Horacio Badenes Puentes. JUR\2015\144746.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad rumana.- Competencia judicial internacional de los Tribunales españoles.- Derecho aplicable: aplicación del Derecho rumano.- Prueba del Derecho extranjero.- Guarda y custodia de los hijos compartida.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 107.2º Cc; art. 281.2º LEC; art. 3.1º.a) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); arts. 5 y 8 Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III).

[...]

En primer lugar, antes de entrar en el fondo del asunto, es necesario resolver la ley aplicable al presente procedimiento.

a).- *Por la Juzgadora de Instancia se ha acordado en su resolución: “Conforme al art. 107.2º Cc, en su redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, “la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si alguno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.*

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

a) *Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.*

b) *Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.*

c) *Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”.*

En el caso de autos, de la documental obrante en los mismos se desprende que demandante y demandado tienen nacionalidad rumana, así como la hija común, con lo que, de conformidad con el primer supuesto contemplado en el art. 107.2º, sería la ley rumana por la que se habría de regir tanto el divorcio como los efectos del mismo. Esa ley, conforme al art. 281.2º LEC, requiere ser probada en cuanto a su contenido vigencia. En el presente caso, ambas partes invocan la aplicación de ese derecho en sus respectivos escritos, pero nada han probado acerca de cuál sea el contenido del Derecho rumano vigente en esta materia a fecha de celebración del juicio, por lo que resulta imposible resolver conforme a ese Derecho, pues aunque la parte actora aporta unas fotocopias de un articulado parcial de lo que dice ser el Código de Familia Rumano, nada prueba fehacientemente que lo sea, ni de su vigencia a fecha del juicio. La parte demandada lo alega en su escrito de fecha 09 enero 2014 para luego manifestar en fase de conclusiones en juicio que la ley aplicable a este supuesto es la española.

(...) . Por tanto, a tenor de la doctrina anteriormente expuesta y ante la falta de prueba y vigencia del derecho rumano alegado por las partes, conforme al art. 281.2º LEC, ha de ser el Derecho español el que deba resultar de aplicación al presente supuesto, siendo competentes los Tribunales españoles en virtud del art. 3.1º.a), circunstancia 1ª, del Reglamento (CE) nº 2201 / 2003 del Consejo Europeo de 27 de noviembre, en asuntos relativos a nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando los cónyuges tienen su residencia habitual en España, con independencia de la nacionalidad de los esposos y lugar de celebración del matrimonio. En el mismo sentido arts. 21 y 22.3º LOPJ. ”

b).– Establece el art. 9.2º Cc que los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio. Asimismo establece el precitado artículo que la nulidad, separación y divorcio se regirán por la ley que determina el art. 107 Cc, el cual, a su vez, dispone en su ap. 2º que la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aun reside habitualmente en dicho Estado. Añade este artículo que, en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España: a) si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. b) si en la demanda presentada ante el Tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. c) si las leyes indicadas en el párrafo primero de este ap. no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

La falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero determina que la cuestión debatida se resuelva conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico (STS de 7 septiembre 1990 y 11 mayo 1989, 13 diciembre 2000 . Y ello, porque como precisa la STS de 17 julio 2001 “... esta Sala tiene reiteradamente declarado que cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio (entre otras, SSTs de 11 mayo 1989, 7 septiembre 1990, 16 julio 1991 y 23 marzo 1994, lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (por todas, SSTs de 4 octubre 1982 y 12 enero 1989 “.

c).– Pero en este supuesto estamos ante ciudadanos de la Unión Europea, invocándose por ambos la aplicación del Derecho civil rumano, habiéndose acreditado y aportado al procedimiento la correspondiente normativa aplicable [...].

En consecuencia, no puede concluirse, como ha hecho la Juzgadora de Instancia, que en la presente controversia no es aplicable el Código civil rumano. Dicha normativa ha sido alegada por las dos partes, y los dos litigantes son de nacionalidad rumana, y se ha acreditado el Derecho aplicable, aportando copias del articulado. A partir de esos datos, es el Juzgador, y el Tribunal, el que deberá acceder a la correspondiente normativa para su aplicación. Por lo tanto, no puede concluirse, en la forma que hace la Juzgadora, que el Derecho aplicable no es el rumano. De igual forma, no es admisible un cambio de reglas de juego por alguna de las partes. Si en un primer momento se mostraron conformes con la aplicación del Derecho rumano, no puede procederse a una posterior modificación de la petición.

Otra cosa es que las partes, de mutuo acuerdo, hubieran propuesto la aplicación del Derecho civil español de acuerdo con lo establecido en el Reglamento de la Unión Europea, nº 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley apli-

cable al divorcio y a la separación judicial. En dicho Reglamento se dice en su artículo primero, que los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: “.... a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 3, el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional. 3. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro.”

De igual forma, en el art. 8 del Reglamento se establece que: “Ley aplicable a falta de elección por las partes. A falta de una elección según lo establecido en el art. 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado : a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.”.

Por lo tanto, dicho Reglamento hay que armonizarlo con la ley nacional española, pero sin embargo, en el presente supuesto, no cabe duda sobre la aplicación del derecho rumano.

Sin embargo, la aplicación a este supuesto del Derecho civil rumano, no quiere decir, que el Derecho civil rumano impida o prohíba que se llegue a la determinación, que lo mejor para la hija, sea una guarda y custodia compartida, como posteriormente se dirá. La revisión del articulado del código civil rumano no prohíbe dicha forma de guarda y custodia, y sino lo prohíbe, puede acordarse, un establecimiento de un sistema similar de guarda y custodia compartida, igual al que se regula en el código civil español.

El art. 396 Cc rumano dice que el órgano judicial de tutela acordará, a la vez que declare el divorcio, respecto a las relaciones entre los padres divorciados y sus hijos menores de edad, teniendo en cuenta el interés superior de los niños, las conclusiones del informe de investigación social, y el acuerdo de los padres si lo hubiere. Y en este supuesto que ahora se enjuicia, esta Sala entiende que, en aplicación de ese superior interés de la hija, lo procedente en este supuesto concreto, es la atribución de una patria potestad por ambos padres, y la atribución a ambos, de lo que en Derecho civil español es una guarda y custodia compartida, ratificando con ello, la conclusión final a la que llega la Juzgadora de Instancia.

En el presente supuesto, si esta Sala tuviera que aplicar el Derecho civil valenciano, a la vista de las circunstancias que concurren en ambos progenitores, y en la hija común, acordaría sin más, el establecimiento de una guarda y custodia compartida, puesto que no hay ningún motivo para resolver en contrario [...].

Por lo demás, cada uno de los cónyuges podrá llevar el apellido habido con anterioridad al matrimonio en aplicación de acuerdo con lo establecido en el art. 383.3º Cc rumano.

De igual forma, estableciéndose un sistema de guarda y custodia compartida por los dos progenitores, no existe ningún inconveniente en acordar que la menor pueda salir del territorio español sin autorización expresa de ambos progenitores, para el caso de que la menor visite su país de origen, Rumanía, pero en todo caso, con conocimiento anticipado de ello al otro cónyuge de 10 días. [...]

DOCUMENTO EXTRANJERO

DETERMINACIÓN DE LA EDAD DEL EXTRANJERO A LOS EFECTOS DE ADOPTAR MEDIDAS DE PROTECCIÓN

2014-2015/58.— Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 534/2014, de 15 julio 2014. Ponente: Ilma. Sra. Mª José Pérez Tormo. JUR\2014\235039.

Documento extranjero: certificado de nacimiento de Ghana. Inexistencia de Convenio entre España y Ghana que le otorgue la consideración de documento público a efectos probatorios: documento no legalizado. Guarda y acogimiento de menores. Situación de desamparo: mayor de edad. Extranjero con certificado de nacimiento de Ghana: documento que no tiene la consideración de público. Inexistencia de Convenio entre España y Ghana sobre ello. Documento no legalizado: prueba pericial médica. Documento público: certificado de nacimiento de Ghana.

Normas aplicadas: Art. 323 LEC.

[...]

Respecto al certificado de nacimiento expedido en Ghana y al pasaporte debe reproducirse lo acordado por esta Sala en otras sentencias dictadas en casos similares.

Así en sentencia dictada el 21 junio 2012 (rollo 456/2012) se ha señalado que el art. 5 del Convenio de Relaciones Consulares de 1963, ninguna aplicación tiene en el presente caso a los efectos de autenticar el contenido del documento aportado; que no se trata en este procedimiento de pronunciarnos sobre la validez, nulidad, o falsedad del documento aportado, sino de valorar la eficacia probatoria de los mismos para determinar la edad del menor, de cuya circunstancia, como se ha señalado, se derivan importantes consecuencias jurídicas contempladas en la Ley de Extranjería.

“Y al respecto cabe citar el art. 323 LEC que señala que “se considerarán documentos públicos los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el art. 319 de esta Ley. Cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos:

1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2.º Que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.”

No existiendo tratado o convenio internacional con la República de Ghana, se requiere para que el documento tenga la consideración de público la correspondiente legalización. Por otro lado, cabe hacer referencia el informe de la UNICEF “la inscripción de nacimiento: un derecho para comenzar” emitido por el Centro de Investigación “Innocenti” y que trata de los problemas de la concordancia entre el Registro Civil y la realidad, del que se desprende que la Policía de Ghana no atiende al contenido de los documentos para acreditar la edad. De todo ello se desprende que el certificado de nacimiento expedido en Ghana no tiene la consideración de documento público, pues no hay Convenio y no está legalizado, y en consecuencia carece de la fuerza probatoria que a los documentos públicos atribuye el art. 319 LEC —no hace prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten—. Cabe también tener en consideración que el art. 752.2º LEC dispone que el tribunal no está vinculado, en los procesos a que se refiere este título, a las disposiciones de esta Ley en materia de fuerza probatoria de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos.

Quiere ello decir que deben valorarse por el Tribunal las circunstancias en que ha sido emitido el certificado de nacimiento en orden a determinar la eficacia del mismo en la concreción de la edad del actor”

En el presente caso la fecha de nacimiento del interesado es el 28 marzo 1994 y se le registró el 8 octubre 2010, dieciséis años después de la fecha que se recoge como de nacimiento, de forma inmediata a marchar de su país.

En estos casos se ha considerado que está justificada la prueba pericial médica para verificar si el demandante es mayor o menor, pues la normativa del Registro Civil – art. 90 del Reglamento– y la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 375 se remiten a los informes médicos para determinar la edad cuando no está inscrito el nacimiento en el Registro Civil.

[...]

EXTRANJERÍA

NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO SIN ACTIVIDAD ECONÓMICA QUE RESIDEN EN EL TERRITORIO DE OTRO ESTADO MIEMBRO

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

1. El asunto *Dano* vuelve a plantear la cuestión del acceso a las prestaciones sociales del Estado de acogida por parte de los ciudadanos de la Unión Europea. No obstante, el verdadero problema se encuentra en el limitado derecho de residencia de los ciudadanos europeos cuando no son económicamente activos y carecen manifiestamente de recursos económicos. En tales casos, la ciudadanía europea del art. 20 TFUE no legitima una residencia en el Estado de acogida basada en el “turismo social”.

Los datos más relevantes del supuesto son los siguientes: una mujer rumana y su hijo residen de forma intermitente en Alemania, siendo la fecha de la última entrada el 10 noviembre 2010. Obtuvieron en julio de 2011 un certificado de “residencia permanente” (*sic*) y la madre solicitó una prestación de seguro básico para demandantes de empleo con arreglo al SGB II y SGB XII alemán, que le fue denegada con base en disposiciones que permiten excluir de la ayuda social a extranjeros cuyo derecho de residencia solo se justifique por la búsqueda de un empleo. Establecen tales normas, por tanto, una regla clara de trato diferenciado en función de la nacionalidad del solicitante. Se da, además, la circunstancia de que la Sra. Dano no trabajó nunca en Alemania ni consta como demandante de empleo, habiendo sufragado su subsistencia, y la de su hijo, su hermana. Las dudas que originan la cuestión prejudicial ante el TJUE se producen por un presunto problema de compatibilidad entre tales disposiciones alemanas y la discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE), el derecho de residencia vinculado al estatuto de la ciudadanía UE (art. 20 TFUE) y el art. 4 del Reglamento (CE) nº 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

La respuesta del TJUE es clara: el art. 24.1º Directiva 2004/38/CE y el art. 4 Reglamento (CE) nº 883/2004 permiten excluir de su ámbito de aplicación a los nacionales de otro Estado miembro de la UE en la medida en que no disfruten de un derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38/CE en el Estado miembro de acogida.

La valoración de esta decisión requiere indagar si la Sra. Dano tenía, o no, un derecho de residencia “en virtud de la Directiva 2004/38” en Alemania; si su situación justifica la aplicación de unas normas del Derecho alemán que la excluyen de la cobertura social en un supuesto en el que sí la tendrían los

* Profesora titular (Catedrática acreditada) de DIPr. Universidad de Oviedo.

nacionales alemanes; y, finalmente, si cabría su expulsión de Alemania por carencia de recursos económicos. Debemos, por tanto, tratar de responder en las líneas que siguen a la delimitación del derecho de residencia y sus condiciones de acceso en la Directiva; al alcance posible del trato discriminatorio en el acceso a las prestaciones sociales en el Derecho de la UE; y a los supuestos en los que resulta legítima la expulsión de los ciudadanos de la UE. La Sentencia que comentamos solo incide en las dos primeras cuestiones, pero resulta imprescindible abordar la tercera para tener una visión de conjunto del impacto posible de esta decisión para el futuro de la jurisprudencia europea (*vid.* nuestro comentario más extenso de esta Sentencia en “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social”, *La Ley Unión Europea*, nº 22, enero de 2015, pp. 5 ss.).

2. El contenido del estatuto de la ciudadanía de la UE en relación con el derecho de residencia y el acceso a las prestaciones sociales se configura a partir de varias premisas.

La primera premisa es que el derecho de residencia UE está “económicamente” condicionado. Se reconoce a los ciudadanos de la Unión de los derechos de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 20 TFUE). Tal derecho sujeto “a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación” (art. 21.1º). Sobre esta base, la jurisprudencia del TJUE ha interpretado este derecho de residencia considerando que la ciudadanía europea introduce un derecho de residencia más amplio que el derivado de la libertad de circulación de trabajadores, incluyendo todo tipo de ciudadanos con independencia del ejercicio de su actividad económica (STJUE as. C-140/12: *Brey*). Pero ese derecho se encuentra limitado, en el Derecho vigente, por las condiciones establecidas en la Directiva 2004/38/CE. El período que exige un condicionamiento más estricto en la Directiva es el que abarca una residencia superior a tres meses hasta cinco años, dado que en este período se permite que los Estados miembros supediten el derecho de residencia del ciudadano europeo a la condición de trabajador o a la suficiencia de recursos económicos [art. 7, ap. 1, letra b), en relación con el art. 14.2º de la Directiva]. En el Derecho europeo comparado (en países como el Reino Unido o Alemania), es conocida ya ido generalizando el endurecimiento de las condiciones de residencia de los ciudadanos europeos. Lo mismo ha ocurrido en España con la reforma del art. 7 RD 240/2007, de 16 de febrero (operada por la DA 5ª del Real-Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril) que pasó de una residencia “incondicional” a la exigencia de la suficiencia de recursos. La idea es evitar lo que se ha denominado “turismo social”, a pesar de que aún no es un dato contrastado ni el impacto de la migración europea en el sistema social de los Estados de acogida ni la relación directa entre esta migración y el nivel de cobertura asistencial de los Estados de destino [*vid.* en este sentido, la Comunicación de la Comisión, de 25 noviembre 2013, “Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave”, Documento COM (2013), 837 final].

La segunda premisa es que es posible la discriminación por razón de nacionalidad en lo que queda fuera del ámbito material del Derecho de la UE. La prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE), cuyo alcance también está doblemente condicionado: por el ámbito material del Derecho de la UE y por las condiciones que el Derecho UE y las disposiciones específicas establezcan.

La tercera premisa es que el Derecho UE tiene competencias limitadas en el ámbito social (*vid.* al respecto M.A. Martín Vida, “La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y acceso a las prestaciones de asistencia social”, *RDCE*, nº 8, 2007, pp. 95 ss). Las prestaciones de Seguridad Social solo están coordinadas por el Derecho UE y la asistencia social (no contributiva) está fuera de su ámbito material. Cada Estado decide las prestaciones que establece y el nivel asistencial. La extensión de la asistencia social a los ciudadanos UE es variable dependiendo del tipo de ciudadano (trabajador o no) y de su vinculación con el Estado de acogida (residencia permanente o no, etc.).

Teniendo en cuenta estas premisas, el problema se plantea por la separación o independización entre el criterio de residencia de la ciudadanía (sobre el que la UE tiene plenas competencias) y la protección social (que queda en manos de los Estados miembros). Esto significa que tener reconocido un derecho de residencia no implica tener un “derecho al acceso a las prestaciones sociales” cuya universalidad no está reconocida ni en el ámbito del Derecho de la UE ni desde luego en el ámbito de los Derechos na-

cionales. Por eso, es posible que existan reglas restrictivas y discriminatorias en los Estados miembros en torno a la concesión de prestaciones sociales y asistencia social de los ciudadanos UE.

3. En el contexto descrito, la situación de la Sra. Dano, en cuanto ciudadana económicamente no activa, no la excluye por sí misma del derecho de residencia en la UE, pero esta residencia sí queda condicionada a la suficiencia de recursos para evitar que se convierta en una “carga excesiva” para el Estado de acogida. Si consigue, en estos términos, mantener la residencia, tendrá acceso a las prestaciones sociales en condiciones de igualdad a los nacionales del Estado de acogida (art. 24.1º Directiva 2004/38). Si se entiende que dicha residencia (y consiguiente acceso a la asistencia social) es una carga insoportable, perdería el derecho de residencia y, en la medida en que no es trabajadora ni demandante de empleo, no está blindada frente a la posible expulsión del Estado miembro de acogida.

La Sentencia *Dano* no es aplicable directamente a la determinación de las condiciones de residencia de un ciudadano UE ni a la pérdida de la misma. Su incidencia directa se manifiesta en la posible (y legítima) discriminación en el acceso a las prestaciones sociales por quien no reúne los presupuestos para la residencia conforme a la Directiva 2004/38/CE. En este contexto, el interrogante es si, detectada una insuficiencia de recursos del ciudadano UE que haga inviable su sostenimiento propio ello determina una pérdida inmediata en el derecho de residencia en el Estado de acogida y, en consecuencia, su posible expulsión del mismo.

La insuficiencia de recursos no tiene por “consecuencia automática” una medida de expulsión mientras no se conviertan en una “carga excesiva” para la asistencia social del Estado miembro de acogida (art. 14.3º en relación con el Considerando 16 de la Directiva 2004/38/CE). Antes de la expulsión deberá valorarse la proporcionalidad y necesidad de la medida sobre la base de la carga social para el Estado de acogida, tal y como se ha aplicado en la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Gzrelczyk* (C-184/99, aps. 44 y 45) y *Brey* (aps. 67 ss.). Ello supone que resulta incompatible con el Derecho UE la aplicación de reglas generales que generen una pérdida automática del derecho de residencia basada en el mero recurso a la asistencia social, como ocurría con la norma austríaca analizada en el asunto *Brey*. En este contexto, también sería contrario al Derecho UE la fijación de un importe de ingresos mínimos por debajo del cual se presume que un interesado no dispone de recursos suficientes sin valorar la situación concreta de cada interesado. El Derecho UE prohíbe los análisis generalizados y colectivos: la determinación de la “carga social” debe hacerse de forma individualizada, utilizando criterios tales como la temporalidad en la necesidad de recursos, el tiempo de residencia en el Estado de acogida, etc. En todo caso, esta imposición de un análisis individualizado tiene en la práctica un alcance relativo, porque la concesión a título individual de una prestación no puede ser discriminatoria en el ámbito interno: si se concede a una persona en unas circunstancias deberá concederse a los demás en las mismas circunstancias. Por ello, tal y como se indica en el asunto *Brey* (ap. 78) deberá considerarse la proporción de potenciales beneficiarios de dicha prestación para evaluar el impacto en las finanzas del Estado de acogida.

4. El elemento distintivo del asunto *Dano* reside en el modo de valorar la “sostenibilidad” de la residencia en el Estado de acogida. El TJUE parte en este caso de una presunción de insostenibilidad en atención al perfil de la solicitante, renunciando a utilizar el parámetro de la carga social en Alemania para valorar la denegación a las prestaciones a la ciudadana rumana, sin plantearse la proporcionalidad de la decisión adoptada. En la Sentencia *Dano*, el test basado examen individual no se realiza. El TJUE se refiere, lacónicamente, que “(e)n el asunto principal, según las comprobaciones realizadas por el tribunal remitente, los demandantes no disponen de recursos suficientes y, por ello, no pueden reclamar un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud de la Directiva 2004/38” (ap. 81). El motivo de este proceder no se encuentra explicitado en la Sentencia, aunque puede inferirse, a la vista de los razonamientos incluidos en la misma: la identificación del perfil de la solicitante como desempleada, que nunca ha buscado empleo en Alemania, y que se ha desplazado a este con la presunción (explicitada por el TJUE) de pretender aprovecharse del sistema asistencial alemán (ap. 78 de la Sentencia *Dano*). En estos casos, la imposibilidad de mantener el derecho de residencia por carencia de recursos económicos significaría posibilidad de expulsión basado precisamente en motivos de recursos económicos y en la negativa a “rescatar” al ciudadano con las prestaciones sociales del Estado de acogida.

Lo que diferencia esta Sentencia es que no se justifica la negativa a las prestaciones en la inasumible carga social que supondría para el Estado de acogida, sino que se rechaza directamente por no cumplir la solicitante las condiciones de residencia (así se desprende claramente de los aps. 80-81 de la Sentencia). En esta medida no solo se justifica expresamente la posibilidad de denegar, aun de forma discriminatoria respecto a sus propios nacionales, las prestaciones a los ciudadanos de otros Estados de la UE, sino que quedaría (implícita) la decisión de admitir la expulsión por la carencia de los presupuestos para “reclamar un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud de la Directiva 2004/38”.

5. La Sentencia *Dano* no supone ningún giro radical en la jurisprudencia del TJUE, pero sí introduce una respuesta contundente ante una situación extrema de una ciudadana europea carente manifiestamente de recursos económicos. Aunque el pronunciamiento versa, directamente, sobre el acceso a las prestaciones sociales del Estado de acogida, el principal mensaje de la Sentencia se sitúa en el marco del derecho de residencia: la ciudadanía europea no ampara un título de residencia universal, sino que está vinculado a la circulación y residencia de personas “económicamente sostenibles”.

Todo ello muestra las consecuencias de la falta de simetría en el reparto competencial entre la Unión Europea (sobre el estatuto de la ciudadanía europea) y los Estados miembros (sobre las prestaciones sociales): la libertad de residencia queda claramente condicionada por las limitaciones en la protección social impuestas por los Estados miembros. Esta genera un derecho de residencia de “primer nivel o rango” para quienes reúnan la condición de trabajador (expulsión excepcional, derecho a las prestaciones sociales en igualdad de condiciones) y un derecho de residencia “de segundo rango” para los ciudadanos económicamente inactivos (que pueden ser objeto de expulsión y quedar fuera de los recursos asistenciales del Estado de acogida). Con la claridad de criterio expuesto por el Tribunal de Justicia es evidente que la amenaza del turismo social, tan temida por diversos Estados miembros, se ha disipado.

No obstante, quedan abiertas incógnitas en torno al tratamiento de los ciudadanos económicamente no activos pero que sean demandantes de empleo. En estos casos, el régimen jurídico requiere mayores matizaciones derivadas del blindaje que tienen frente a la expulsión mientras sean demandantes “activos” de empleo [art. 14.4º.b) de la Directiva] y la vinculación previa que presenten con el Estado de acogida. Las respuestas que dé el TJUE en los asuntos pendientes *Alimanovic* (asunto C-67/14) y *García Nieto* (as. C-299/14) serán especialmente interesantes en esta materia.

2014-2015/59.- Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 11 noviembre 2014. Asunto C-333/13. Ponente: M. Berger.

Libre circulación de personas.- Ciudadanía de la Unión.- Igualdad de trato.- Nacionales de un Estado miembro sin actividad económica que residen en el territorio de otro Estado miembro.- Exclusión de estas personas de las prestaciones especiales en metálico no contributivas en virtud del Reglamento (CE) nº883/2004.- Directiva 2004/38/CE.- Derecho de residencia por un período superior a tres meses.- Arts. 7, ap. 1, letra b) y 24.- Requisito de recursos suficientes.

Normas aplicadas: Arts. 18 TFUE y 20 TFUE, ap. 2.1º.a) y 2º; arts. 1, 20 y 51 CDFUE; arts. 4 y 70 Reglamento (CE) nº883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada.

[...]

48. A este respecto, es preciso recordar, en primer lugar, que el art. 3 del Reglamento nº 883/2004 define el ámbito de aplicación material de este Reglamento manifestando expresamente, en su ap. 3, que dicho Reglamento “también se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el art. 70 [del referido Reglamento]”.

49. Por consiguiente, del tenor del art. 3 del Reglamento nº 883/2004 resulta claramente que dicho Reglamento se aplica a las prestaciones especiales en metálico no contributivas.

50. En segundo lugar, hay que puntualizar que el art. 70 del Reglamento nº 883/2004 establece en su ap. 3 que el art. 7 de ese mismo Reglamento, que regula la supresión de las cláusulas de residencia, y los demás capítulos del título III de dicho Reglamento, dedicado a las distintas categorías de prestaciones, no se aplican a las prestaciones especiales en metálico no contributivas.

51. Si bien es cierto, por lo tanto, que el art. 70, ap. 3, del Reglamento nº 883/2004 establece, excepcionalmente, que algunas disposiciones de este Reglamento resultan inaplicables a dichas prestaciones, el art. 4 de dicho Reglamento no figura entre tales disposiciones.

5.2 Por último, la interpretación de que el art. 4 del Reglamento nº 883/2004 se aplica a las prestaciones especiales en metálico no contributivas corresponde a la voluntad del legislador de la Unión, como resulta del tercer considerando del Reglamento nº 1247/92, por el que se modificó el Reglamento nº 1408/71 para introducir en éste disposiciones relativas a las prestaciones de ese tipo a fin de tener en cuenta la jurisprudencia al respecto.

53. En virtud del séptimo considerando, dichas prestaciones deberían concederse únicamente de conformidad con la legislación del Estado miembro en cuyo territorio residen la persona interesada o los miembros de su familia, totalizando, según las necesidades, los períodos de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro y sin discriminación alguna basada en la nacionalidad.

54. Por lo tanto, la disposición especial que el legislador de la Unión introdujo de este modo en el Reglamento nº 1408/71 mediante el Reglamento nº 1247/92 se caracteriza por la imposibilidad de exportar prestaciones especiales en metálico no contributivas a cambio de la igualdad de trato en el Estado de residencia.

55. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el Reglamento nº 883/2004 debe interpretarse en el sentido de que las “prestaciones especiales en metálico no contributivas” en el sentido de los arts. 3, ap. 3, y 70 de dicho Reglamento están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 4 de ese mismo Reglamento.

[...]

81. En el asunto principal, según las comprobaciones realizadas por el tribunal remitente, los demandantes no disponen de recursos suficientes y, por ello, no pueden reclamar un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud de la Directiva 2004/38. Por lo tanto, como se ha señalado en el ap. 69 de la presente sentencia, no pueden invocar el principio de no discriminación del art. 24, ap. 1, de dicha Directiva.

82. En estas circunstancias, el art. 24, ap. 1, de la Directiva 2004/38, en relación con el art. 7, ap. 1, letra b), de ésta, no se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal en la medida en que ésta excluye de la percepción de determinadas “prestaciones especiales en metálico no contributivas” en el sentido del art. 70, ap. 2, del Reglamento nº 883/2004, a los nacionales de otros Estados miembros que no disfrutaban del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida.

83. La misma conclusión se impone por lo que se refiere a la interpretación del art. 4 del Reglamento nº 883/2004. En efecto, las prestaciones de que se trata en el litigio principal, que constituyen “prestaciones especiales en metálico no contributivas” en el sentido del art. 70, ap. 2, de dicho Reglamento, únicamente se facilitan, en virtud del ap. 4 de este mismo artículo, en el Estado miembro en el que las personas interesadas residan, y de conformidad con su legislación. De ello se desprende que nada se opone a que la concesión de tales prestaciones a ciudadanos de la Unión que no ejercen actividades económicas esté supeditada a la exigencia de que éstos cumplan los requisitos para disponer del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida (véase, en este sentido, la sentencia Brey, ap. 44).

84. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera que el art. 24, ap. 1, de la Directiva 2004/38, en relación con el art. 7, ap. 1, letra b), de ésta, y el art. 4 del Reglamento nº 883/2004 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro en virtud de la cual se excluye a nacionales de otros Estados miembros de la percepción de determinadas “prestaciones especiales en metálico no contributivas” en el sentido del art.

70, ap. 2, del Reglamento nº 883/2004, siendo así que tales prestaciones se garantizan a los nacionales del Estado miembro de acogida que se encuentran en la misma situación, en la medida en que dichos nacionales de otros Estados miembros no disfruten del derecho de residencia en virtud de la Directiva 2004/38 en el Estado miembro de acogida.

[...]

87. A este respecto, el art. 51, ap. 1, de la Carta estipula que las disposiciones de ésta se dirigen “a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

88. Según el art. 6 TUE, ap. 1, las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Del mismo modo, con arreglo al art. 51, ap. 2, de la Carta, ésta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados (véanse la sentencia Åkerberg Fransson, C-617/10, aps. 17 y 23, y el auto Nagy, C-488/12 a C-491/12 y C-526/12, ap. 15).

89. Sobre este particular, es preciso señalar que, en el ap. 41 de la sentencia Brey, el Tribunal de Justicia confirmó que el objetivo del art. 70 del Reglamento nº 883/2004, que define el concepto de “prestaciones especiales en metálico no contributivas”, no es determinar los requisitos materiales para que exista el derecho a tales prestaciones. Por lo tanto, corresponde al legislador de cada Estado miembro determinar dichos requisitos.

90. Por consiguiente, en la medida en que los mencionados requisitos no resultan del Reglamento nº 883/2004, ni de la Directiva 2004/38, ni de otros actos del Derecho derivado de la Unión, siendo así competentes los Estados miembros para establecer los requisitos de concesión de tales prestaciones, también lo son —como señaló el Abogado General en el punto 146 de sus conclusiones— para definir el alcance de la cobertura social de este tipo de prestaciones.

91. En consecuencia, al establecer los requisitos y el alcance de la concesión de las prestaciones especiales en metálico no contributivas, los Estados miembros no aplican el Derecho de la Unión.

92. De lo anterior se desprende que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la cuarta cuestión prejudicial.

[ELISABETA DANO, FLORIN DANO Y JOBCENTER LEIPZIG]

GARANTÍAS

OPERACIONES DE CRÉDITO DOCUMENTARIO

2014-2015/60.- Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, Sentencia nº 28/2014, de 11 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ana de Pedro Puertas. JUR/2014\128660.

Crédito documentario.- Reglas Uniformes de Cobranzas de la Cámara de Comercio Internacional Deuda por remesas e instrucciones de cobranza.- Falta de acreditación del pago de la deuda a la entrega de esa documentación.

Normas aplicadas: Reglas Uniformes de Cobranzas de la Cámara de Comercio Internacional.

[...]

Pues bien, en cuanto al pago de la entidad Cajasur que legitima su acción y al margen de su obligación legal en el marco de la normativa internacional expuesta en la resolución recurrida, Reglas Uniformes de Cobranzas de la Cámara de Comercio Internacional – pues como exponemos, no es necesaria la existencia de esa obligación aún cuando en el presente caso exista dado que la entrega

se realiza en su oficina-, es un hecho que como señala la resolución de instancia consta plenamente acreditado a través del documento 10 y, si bien, referidos documentos no se aportan en idioma oficial a los efectos del art 144 LEC, no hay que olvidar que se trata de reflejo de una operación internacional de pago a través del sistema bancario de comunicación internacional, que fue objeto de mera impugnación formal en el acto de la audiencia previa “por no existir contrato entre las partes” sin que obre explicación alguna de esa mera impugnación, ni desde luego de su falta de traducción ni en la contestación a la demanda- no existente- ni en la audiencia previa, habiendo sido reiterado ese pago por los dos testigos en la vista, tal y como obra en soporte videográfico reproducido ante la Sala.

[...]

[FRUTOS SECOS ALARCÓN, S.L. / BBK BANK CAJASUR, S.A.U.]

2014-2015/61.- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Sexta, Sentencia nº 132/2014, de 28 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Carrera Ibarzábal. JUR\2014\212728.

Crédito documentario.- Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentario.- Compraventa.- Arrendamiento de obra.

Normas aplicadas: Arts. 4 y 18 Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentario.

[...]

Debe advertirse que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios, el crédito, por su naturaleza, es una operación independiente de la venta o de cualquier otro contrato en el que pueda estar basado. Y, de otro lado, que no cabe formular reparo alguno u objeción a las facturas comerciales cuyo reclamación es objeto de litis, en cuanto, tal y como exige el art. 18 de las citadas Reglas, han sido emitidas por el beneficiario (“Market Plus Hong Kong Limited”), a nombre del ordenante (“Power Wide Holdings Limited” y en la misma moneda del crédito (\$ USD).

[...]

El asunto a que se contrae la litis es la reclamación de una cantidad que la parte demandada debe como consecuencia del contrato de crédito documentario. Y tanto la existencia de esa obligación como el impago o incumplimiento de la misma, son hechos que la sentencia tiene por plenamente acreditados a partir de la actividad probatoria de litis. En definitiva la cuestión a dilucidar no presenta mayor enjundia o dificultad desde el punto de vista fáctico (la causa de pedir aparece perfectamente definida y acreditada), ni jurídico (no consta la existencia de jurisprudencia contradictoria en relación con las cuestiones jurídicas que resuelve la sentencia). Y, sin duda, por entenderlo así, vino la parte demandada a postular en su contestación, la “expresa imposición de las costas a la demandante” y es que, de haber considerado que efectivamente nos hallábamos ante un tema afectado por dudas de hecho o de derecho, la petición en materia de costas no podría haber sido aquella.

En suma, no hay razones para dejar de aplicar el criterio genérico del vencimiento objetivo.

[...]

[POWER WIDE HOLDINGS LIMITED / SHORT CUT S.L.]

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EJCUCIÓN

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: ACTOS *IURE GESTIONIS* Y *FORUM PROROGATUM*.

Raúl Ignacio RODRÍGUEZ MAGDALENO *

1. Como es sabido, hasta el presente la cuestión de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero encuentra escasa regulación en nuestra legislación. Así, tanto el art. 21 LOPJ como el art. 36 LEC remiten a las normas del Derecho internacional público; a estas disposiciones se ha unido recientemente el art. 27 Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, que determina el deber de los órganos judiciales de notificar al Ministerio de AAEEC cualquier proceso judicial contra un Estado extranjero con el fin de que emita un informe sobre la aplicación de la inmunidad de jurisdicción, lo que hace sin entrar en mayores consideraciones en torno a esta institución jurídica, pues como indica su preámbulo, no es objeto de esta Ley (BOE, 31-7-2015). Como señaló en su día el Tribunal Constitucional esta situación “obliga al intérprete de nuestro Derecho y, en particular, obliga a los órganos jurisdiccionales españoles a adentrarse en dicho ordenamiento para sacar a la luz los supuestos en que pueden verse impedidos de ejercer actividad jurisdiccional –sea ésta de naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar– frente a determinados sujetos amparados por la inmunidad (Estados extranjeros, personas jurídico-públicas extranjeras, personal diplomático y consular, etc.). La remisión implica, en consecuencia, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales españoles –incluido este Tribunal– se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, tal y como han tenido que hacer otros tribunales nacionales, sin que ello suponga en absoluto una interferencia por parte del ordenamiento español en el Derecho internacional público, pues las normas de éste se conforman, entre otras cosas, en función de las prácticas internas adoptadas en cada materia por los Estados miembros de la Comunidad Internacional. La mencionada remisión normativa del art. 21.2º LOPJ exige, en cada caso, determinar la norma aplicable en conexión con el ordenamiento internacional; solución ésta a la que nada cabe achacar en estrictos términos jurídico-constitucionales, aunque parece aconsejable que se lleve a cabo un desarrollo legislativo de esta materia que produzca una mayor seguridad jurídica” (STC 107/1992, F.J. 4º). En el caso de España, las normas de Derecho internacional público aplicables son las de origen consuetudinario, ya que no es parte de la Convención Europea sobre Inmunidad del Estado, adoptada el 16 mayo 1972 en Basilea, y la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de la que España es parte, no ha entrado en vigor aún (la Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante A/RES/59/38, de 2 diciembre 2004, y abierta a la firma el 17 enero 2005; en la actualidad cuenta con 18 ratificaciones de las 30 necesarias para entrar en vigor; España depositó su instrumento de adhesión a fecha de 21 septiembre 2011, como puede verse en la página de Naciones Unidas, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en 2-9-2015). Por otra parte, como consecuencia de este estado de cosas, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha jugado un papel fundamental a la hora de determinar el alcance de la inmunidad, destacando a este respecto determinadas decisiones del TC y del TS que vienen siendo invocadas reiteradamente por los demás órganos judiciales (es el caso de la STC 107/1992, de 1 de julio, BOE, 24-VII-1992, la STC 292/1994, de 27 de octubre, BOE, 29-XI-1994, y la STC 18/1997, de 10 de febrero, BOE, 14-III-1997; en el caso del Tribunal Supremo STS de 19 febrero 1986, RJ 1986, 727).

2. Esta situación está a punto de modificarse, porque el Gobierno ha presentado ante el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros,

* Profesor ayudante doctor de Derecho internacional público. Universidad de Oviedo.

las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, que, según puede leerse en la exposición de motivos, responde a la necesidad de “desarrollar legislativamente [esta] cuestión a través de una Ley Orgánica que, con pleno respeto de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, regule de forma sistemática esta materia. Ello resulta tanto más necesario, en aras de lograr la necesaria seguridad jurídica...” (el Proyecto ha sido publicado en *BOCG, Congreso, X Legislatura, Serie-A*, 10-8-2015, nº 162-1, pp. 4-5, asignándose el dictamen a la Comisión de Asuntos Exteriores y Cooperación del Congreso, por el procedimiento de urgencia). Esta necesidad de seguridad jurídica ha propiciado una acogida favorable en el Consejo General del Poder Judicial, que consideraba que la aplicación de la inmunidad de jurisdicción por parte de los tribunales se había hecho de “forma dispersa y no siempre nítida” (*vid.* CGPJ, “Informe sobre el anteproyecto de Ley Orgánica sobre Inmunidades de los Estados extranjeros y Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”, de 28 mayo 2015, p. 8); y en el Consejo de Estado, para el que “...la oportunidad del anteproyecto sometido a consulta se encuentra justificada por elementales razones de seguridad jurídica...” (Dictamen nº 693/2015, de 23 julio 2015, sobre el Anteproyecto de Ley sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias o Reuniones internacionales celebradas en España, p. 32). En lo que atañe a la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados, el Proyecto refleja la tesis de la inmunidad restringida, ya proclamada por el Tribunal Constitucional y el Supremo en España, y lo hace siguiendo también la regulación de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados (como recuerda el Consejo de Estado en su Dictamen nº 693/2015, *loc. cit.*, p. 35 y el Consejo General del Poder Judicial en su Informe de 28 mayo 2015, *cit.*, p. 42), es decir, distingue entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, gozando sólo los primeros de inmunidad de jurisdicción, que es proclamada con carácter general, para después incluirse una serie de casos en que la misma decae, bien por el consentimiento, expreso o tácito, bien por ser uno de los supuestos materiales que expresamente se consideran siempre actos *iure gestionis*.

3. Las cinco sentencias objeto de este comentario se ocupan de cuestiones que afectan a la inmunidad de jurisdicción de los Estados. Dentro de las mismas, las tres primeras, correspondientes al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –Sala de lo Social, Sección Primera– y al Tribunal Superior de Justicia de Madrid –Sala de lo Social, Sección Quinta– comparten su fundamentación jurídica; es más, las dos correspondientes al órgano judicial madrileño, citan textualmente parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia de 25 junio 2014 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; además, en las tres el asunto de fondo hace referencia a cuestiones relativas a un contrato laboral. Este mismo tema es el que se desarrolla en la cuarta sentencia, si bien difiere en los fundamentos jurídicos empleados. Finalmente, la quinta, correspondiente a la Audiencia Provincial de Madrid, se centra en el impago de un arrendamiento de obra encargada por la Embajada de Tailandia en Madrid y la posibilidad de que la inmunidad de jurisdicción pueda invocarse a la luz de los actos procesales de las partes. En este orden de ideas, todas las sentencias aplican la concepción restringida de la inmunidad de jurisdicción, siguiendo, por tanto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, si bien pueden advertirse ciertas diferencias entre unas y otras desde el punto de vista de las fuentes citadas. En efecto, las tres primeras decisiones judiciales comentadas se apoyarán en la posición del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados; mientras que la cuarta se basará en los Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares y en decisiones previas del TSJ de Madrid (a saber, la sentencia de 14 septiembre 2000); y, a su vez, la quinta citará los Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

4. Las cuatro primeras sentencias objeto de este comentario abordan la cuestión de los contratos de trabajo y su calificación como actos *iure imperii/gestionis* (*vid.* I., Pingell-Lenuzza, *Les immunités des États en droit international*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 240-263; y más en concreto en torno al criterio que opera a la hora de determinar el carácter concreto del acto, Ch. H., Schreuer, *State Immunity*:

Some Recent Developments, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1998, pp. 10-40). A este respecto, el Tribunal Constitucional (STC 107/1992, *cit.*, F.J. 5) y el Consejo de Estado (Dictamen nº 693/2015, *cit.*) han subrayado la dificultad que entraña determinar el carácter de los actos de los Estados, así como la necesidad de hacerlo. Dentro de las sentencias que componen este grupo, el examen de los actos de los Estados y la determinación de su naturaleza es la clave, afrontándose de diversa forma. Por un parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y las de la Sección Quinta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se sirven del texto de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados. Esta es una forma muy loable de buscar el contenido de las normas consuetudinarias aplicables al caso, puesto que si bien el tratado no ha entrado en vigor y por tanto no puede aplicarse en España, sirve para hallar la costumbre internacional codificada en el artículo 11 de la Convención (como recuerda H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford / Nueva York, Oxford U.P., 2002, p. 308). La norma contenida en este artículo excluye la inmunidad de jurisdicción en asuntos relativos a contratos de trabajo, salvo una serie de excepciones, que no afectan a los casos que aparecen en las sentencias que se comentan. La redacción de este artículo fue compleja, pues debía reconciliarse el interés del Estado que hace valer la inmunidad de jurisdicción con el del Estado que busca la aplicación de sus leyes laborales en su jurisdicción, razón por la cual se ha optado por incluir como regla general el carácter de acto de gestión del contrato de trabajo (*vid.* S. Sucharitul, "Immunities from Jurisdiction in Contemporary International Law", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho internacional*, 2002, pp. 728-729). A este respecto, el Proyecto de Ley sobre inmunidades y privilegios, como recuerda el CGPJ, recoge esta excepción a la inmunidad de jurisdicción también de manera "prácticamente idéntica a la establecida en el artículo 11 de la Convención" (*vid.* CGPJ, Informe de 28 mayo 2015, *cit.*, p. 47).

5. En el caso de la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, la parte demandada trata de invocar la inmunidad de jurisdicción, de manera poco adecuada, sobre la base de los Convenios de Viena de 1961 y 1963, sobre relaciones diplomáticas y consulares (como se comentará más adelante al hilo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid); sin embargo, el Tribunal ni siquiera se adentra en la adecuación de las normas que las partes pretenden utilizar, pues considera que la inmunidad de jurisdicción no es pertinente, ya que la relación en tela de juicio es laboral y no funcional, como pretendía la República Italiana. Es cierto que el Tribunal no da más explicaciones sobre la exclusión y se echan en falta, pero el criterio subyacente es el mismo que en los casos anteriores, considerar que una relación laboral es por ende un acto *iure gestionis*.

6. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid se origina por el impago, por parte de Tailandia, de un arrendamiento de obra. En este caso la inmunidad de jurisdicción se deniega porque se entiende que se ha dado un caso de sometimiento tácito a la jurisdicción española. En concreto, el precio de la obra se había exigido mediante un procedimiento monitorio, en el que Tailandia había comparecido y formulado oposición, sin haber hecho valer la inmunidad de jurisdicción. Es en la apelación ante la Audiencia cuando se recurre por primera vez por primera a esta institución "con base en el Convenio de Viena de 1961 en relación con el art. 36 LEC, así como el 21 LOPJ, pero (como aduce la Audiencia) debe tenerse en cuenta que el propio Convenio prevé la posibilidad de que el agente diplomático renuncie a su inmunidad, debiendo ser esta renuncia expresa; expresa, no indica el concepto de renuncia expresa, pero es evidente que lo que se exige es una renuncia clara e inequívoca de la inmunidad otorgada por el expresado Convenio" (tomado del párrafo de la sentencia transcrito más arriba). Aquí, como en el caso del párrafo anterior, se produce una pequeña confusión, dado que el texto parece referirse a la inmunidad personal del Embajador, cuando en realidad se trata de una obra contratada por éste en nombre de Tailandia (equívoco respecto del cual ya advertía L.I. Sánchez Rodríguez *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, Madrid, Civitas, 1990, Madrid, pp. 17-18). Dejando esto al margen, a diferencia de los casos anteriores, no es necesario entrar a valorar si este contrato de arrendamiento de obra debe considerarse un acto *iure imperii/gestionis* (que bien podría calificarse de transacción mercantil de las que se reflejan en los arts. 2 y 10 de la Convención y que el Proyecto de ley sobre privilegios e inmunidades estatales recoge en los arts. 2 y 9); puesto que parece claro que Tailandia

dia ha invocado la inmunidad de jurisdicción de manera tardía y se ha dado un caso de *forum prorogatum*: al haber comparecido en el proceso monitorio y oponerse al mismo, se ha realizado un acto en relación con el fondo, supuesto que el Derecho consuetudinario ampara como uno de aquellos en los que decae la inmunidad de jurisdicción (*vid.*, a tal efecto, M., Cosnard, *La soumission des états aux tribunaux internes. Face à la théorie des immunités des États*, Pedone, París, p. 302) y que aparece en la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y, en el plano doméstico, en el Proyecto de Ley sobre los privilegios e inmunidades de los Estados (en este punto deben destacarse los comentarios del CGPJ sobre la eventual regulación de esta cuestión en el Proyecto de Ley sobre privilegios e inmunidades, art. 8, *vid.* CGPJ, Informe de 28 mayo 2015, pp. 43–45).

7. Finalmente, debe hacerse una pequeña referencia a la cuestión de la competencia judicial internacional en el caso de las tres primeras sentencias que afectan a los contratos de trabajo. F. Gascón Inchausti ha escrito, en relación al art. 11 de la Convención de Naciones Unidas, que “son precisas dos condiciones generales para que opere en esta materia la excepción a la inmunidad, ambas relacionadas con la competencia internacional del tribunal y con la necesidad de asegurar una conexión suficiente entre la controversia y el foro: en términos generales, se exige que el tribunal posea competencia internacional para conocer de la controversia [...]; pero, para evitar un aprovechamiento fraudulento de unos fueros de competencia internacional eventualmente laxos, se añade la exigencia de que el trabajo se haya ejecutado o debe ejecutarse total o parcialmente en el territorio del Estado que recibe la demanda” (F., Gascón Inchausti, *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2008, p. 114). En todos estos casos la relación laboral se había desarrollado en España, cumpliéndose la segunda condición. En cuanto a la competencia judicial, debe aplicarse el Reglamento (UE) n° 1215/12, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, por ser normas imperativas. Para proceder a la aplicación del Reglamento, estas sentencias recurren a la STJUE 19 julio 2012, as. C–154/11: *Ahmed Mahamadia / República Argelina Democrática y Popular*. En ella, el Tribunal de Justicia consideró que la celebración de un contrato de trabajo por parte de una embajada era un acto *iure gestionis* que no debía beneficiarse de la inmunidad de jurisdicción (véase apdo. 49; en el plano doctrinal sobre la aplicación de la inmunidad restringida por el TJUE, puede leerse P. Andrés Sáenz de Santa María, “Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 febrero 2007 en asunto Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania”, *La Ley*, n° 3, 2007, pp. 1958–1962), en vista de lo cual, cabía aplicar el Reglamento (CE) 44/2001, antecesor del mentado. Desde esta óptica, ambos TSJ, el de Cataluña y el de Madrid, operan procesalmente de la misma forma, en primer lugar, excluyendo la inmunidad de jurisdicción y, sólo después, determinando su competencia judicial, puesto que se configura como un obstáculo procesal que impediría a los Tribunales pronunciarse al respecto y haría que la competencia judicial decayese (*vid.* Conclusiones del Abogado General, Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer, de 8 noviembre 2006, asunto C–292/05, apdo. 76). Desde el punto de vista de la norma consuetudinaria codificada en el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas, la aplicación de este Reglamento perfeccionaría la negativa a apreciar la inmunidad de jurisdicción, pues se cumplirían la dos condiciones previamente citadas para excluir la inmunidad, al haberse desarrollado la relación laboral en España y tener competencia judicial sus tribunales.

2014–2015/62.– Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia n° 4605/2014, de 25 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Ruiz Ruiz. AS\2014\2229.

Competencia judicial internacional en el orden social.– Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.– Inmunidad de jurisdicción: actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*.– Improcedencia.– Contrato de trabajo entre un Instituto dependiente del Gobierno Italiano y nacionales españoles.–

Normas aplicadas: Art. 21.2º LOPJ; art. 25 LOPJ; Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); Convención de Viena de 18 abril 1961 sobre relaciones diplomáticas; art. 11 Convención de Naciones Unidas Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 diciembre 2004.

[...]

Dadas las alegaciones efectuadas por las dos recurrentes que hemos repetido de forma resumida no cabe sino advertir como en las mismas se plantean cuestiones que inequívocamente afectan al orden público procesal en la medida en que la intervención de esta jurisdicción solo podría producirse de darse una respuesta negativa a las pretensiones de las recurrentes. Y por ello las mismas deberán ser analizadas con carácter previo a cualquier otra consideración. Con la primera de ellas se plantea, como se ha visto, la existencia de una propia “inmunidad de jurisdicción” que les afectaría a las recurrentes y que obligaría a reconocer que los Tribunales españoles son incompetentes para resolver la controversia planteada. Esta pretensión no puede, en caso alguno, entenderse, ser aceptada. Conviene recordar como la denominada “inmunidad de jurisdicción”, una institución de Derecho internacional que tiene un inequívoco carácter consuetudinario y que se fundamenta en el principio de igualdad soberana de los Estados, ha sufrido a lo largo de la Historia en su propia definición una importante evolución. Y es que se ha pasado del reconocimiento de una inmunidad absoluta a los Estados en el siglo XIX y que se extendía así, y también, a asuntos de carácter civil y mercantil, a, y en la actualidad, una concepción mucho más limitada o restringida.

En la comunidad internacional se hablará ahora, antes y al contrario, de una inmunidad de los Estados restringida que pasa o exige distinguir entre los actos que los Estados extranjeros hayan realizado a través de sus poderes públicos (se hablará de actos de iure imperii) y los actos de carácter civil y mercantil (actos de iure gestionis).

La consecuencia de una tal distinción entre unos y otros actos radica en que mientras los actos de iure imperii estarían o, mejor, continuarían protegidos por el principio de inmunidad de jurisdicción, los actos de iure gestionis no gozarían de dicha inmunidad.

La distinción de entre un tipo y otro de actos, es cierto, no resulta una tarea fácil habiéndose apuntado como criterio de separación o diferenciación que si los actos de iure imperii son los que se realizan en el ejercicio de la soberanía del Estado, los actos de iure gestionis son los relativos a actividades que podría realizar también, y con el mismo alcance, un particular. En esta línea, y por lo que se refiere a la materia que nos interesa, no podemos sino recordar como el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 diciembre 2004, que se abrió a la firma el 17 enero 2005, habiéndola ratificado, salvo error u omisión, un total de 11 Estados, recoge inequívocamente esa tendencia al establecer, por ejemplo, que “salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado”.

En nuestro Derecho interno es, recordemos, el art. 21.2º LOPJ, el que incorpora las normas de Derecho internacional público en materia de excepciones o inmunidades jurisdiccionales. Incorporación que se reitera en el art 36.2º LEC. Preceptos que, como ha apuntado una buena parte de la doctrina, no resuelven qué actos son iure imperii y cuáles iure gestionis. La jurisprudencia de nuestros Tribunales, desde el año 1986 (STS 10 febrero 1986), participa y acoge, podría decirse, la tesis de la inmunidad restringida en cuanto que afirma, por ejemplo, la existencia de jurisdicción respecto a Estados extranjeros en litigios sobre despido de personal localmente contratado para prestar servicios en misiones diplomáticas y oficinas consulares calificando que el acto se encuentra dentro del iure gestionis. Modo de actuación que ha recibido, cabría apuntar, una valoración positiva prácticamente unánime de la doctrina al entender que el mismo resulta conforme al Derecho internacional vigente y por venir. Con todo, cabría también apuntar, la mayor parte de las sentencias recientes que examinan la propia com-

petencia judicial internacional para la resolución de asuntos como el que nos ocupa ni siquiera hacen referencia o se plantean la cuestión de la citada inmunidad de jurisdicción pasando a resolver y determinar la propia competencia con base en las reglas de nuestro Derecho interno. En este sentido cabe recordar la STJUE (Gran Sala) 19 julio 2012 (C-154/2011), y relativo a la actuación de una embajada diplomática, en que se recuerda, después de establecer cuáles son las funciones de una embajada de conformidad con el Convenio de Viena, como “en el ejercicio de esas funciones, la embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar iure gestionis y ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos de Derecho privado....así ocurre cuando celebra contratos de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público”. Manifestando además que “corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto determinar la naturaleza exacta de las funciones ejercidas por el trabajador”. Centrándonos ya en el supuesto que se somete a nuestro examen se trata, como hemos indicado, de un litigio relativo a las vicisitudes o consecuencias derivadas de la suscripción de diversos contratos de trabajo de duración limitada celebrados en España entre los demandantes y la institución educativa demandada para la realización de servicios también en España. Contratos suscritos para que los trabajadores realizaran funciones efectivamente docentes en los términos temporales indicados en los propios contratos de trabajo y que tienen que ver con la sustitución de profesores titulares del centro que la recurrente tiene en España. Se trata por ello, así lo entendemos y debemos concluir, de funciones equiparables o integrables en una simple e inequívoca actividad de gestión, la que atiende, como dirán las propias recurrentes, a la resolución de dificultades o circunstancias temporales del proceso educativo que desarrolla la institución demandada en el centro que mantiene en España; y que poco o, mejor, nada tienen que ver, entendemos y en definitiva, con el ejercicio del estricto poder público de dicho Estado.

Por tanto se trata y así debe ser considerada, como una controversia en el ámbito de las relaciones laborales existentes entre el Istituto Italiano demandado y los trabajadores contratados localmente en el Estado receptor, para prestar servicios en el mismo y para cuyo conocimiento y resolución debe descartarse, de entrada, cualesquiera inmunidad de jurisdicción de las demandadas. Por consiguiente, insistimos, puede afirmarse que el contenido del mencionado principio de Derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados no puede oponerse en el caso enjuiciado a la aplicación de las disposiciones que sobre competencia judicial internacional contienen las normas de nuestro Derecho interno (art. 25 LOPJ) y comunitario (Reglamento (CE) nº 44/2001) dado que, insistimos también, los demandantes no hacen sino impugnar la decisión extintiva de los contratos de trabajo temporales que habían celebrado con una Institución ciertamente dependiente del Estado Italiano pero en el que las funciones que ejercían y desarrollaban los mencionados trabajadores en nuestro país no formaban parte del ejercicio del poder público del mencionado Estado, estando comprendido pues, el presente litigio, dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento nº 44/2001.

Descartada de esta manera la inmunidad de jurisdicción alegada por las demandadas se debe todavía determinar si este Tribunal es el Tribunal internacionalmente competente para conocer del litigio, cuestión ésta que también plantean, puede entenderse, las recurrentes. Ha de recordarse al efecto como la jurisprudencia del Tribunal Supremo indica que las reglas de competencia internacional vienen configuradas por un sistema de normas que se estructuran en torno a un principio de jerarquía y prioridad de tal suerte que debe procurarse, en primer término, la aplicación de la normativa internacional y/o de la UE sobre competencia judicial y sólo, en caso de no ser esto posible, acudir al derecho autónomo (interno) que aparece en nuestro caso contenido en el art. 25 LOPJ (vid. ente sentido, y entre otras, STS 30 diciembre 2013). Esta norma de la LOPJ sanciona, recordemos, que “en el orden social, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes: 1.º En materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español; cuando el demandado tenga su domicilio en territorio español o una agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en España; cuando el trabajador y el empresario tengan nacionalidad española, cualquiera que sea el lugar de prestación de los servicios o

de celebración del contrato; y, además, en el caso de contrato de embarque, si el contrato fue precedido de oferta recibida en España por trabajador español”.

La normativa internacional está constituida, cabe rápidamente añadir, por las normas de competencia internacional establecidas en Tratados o Convenios Internacionales multilaterales que en materia laboral estaba conformada inicialmente por el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y por el Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988, que entró en vigor de forma general el 1 enero 1992 y en España el 1 noviembre 1994 con el mismo objeto que el de Bruselas e incluyendo igualmente a los países integrantes de la Asociación Europea de Libre Comercio. El Convenio de Bruselas dio paso, recordemos ahora, al Reglamento CE 44/2001, Reglamento del Consejo de 22-diciembre-2000 (también llamado “Bruselas I”) en vigor desde el 1 marzo 2002. Reglamento que ha sido derogado finalmente por el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, de 12 diciembre 2012, que entraría en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE (20.12.2012) y que será aplicable a partir del 10 enero 2015, con excepción de los arts. 75 y 76 (referidos a obligaciones de los Estados miembros) que serán aplicables a partir del 10 enero 2014 (art. 81). Dicho esto debemos recordar también como es el art. 19 del Reglamento 44/2001 el que ha de permitir la determinación del foro general en materia de contratos de trabajo disponiéndose en el mismo que: “los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados: 1) ante los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados, o 2) en otro Estado miembro: a) ante el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado; o b) si el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado, ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador”. Con base en dicha normativa, no podemos sino concluir, que los tribunales españoles resultan competentes para conocer de la acción de despido ejercitada por los actores y dimanante de su contrato de trabajo. No cabe duda alguna respecto de la acción que ejercitan respecto de las codemandadas ni de que los actores, como se ha indicado, han prestado servicios para las demandadas tras suscribir diversos contratos de trabajo y desempeñado sus funciones en Barcelona. Por ello, y al amparo del art. 19.2º.a citado, los Tribunales españoles del orden social resultan competentes para el conocimiento de las controversias que puedan suscitarse y derivadas de los contratos de trabajo suscritos en Barcelona y cuando la prestación de servicios se ha llevado a cabo en este Estado.

La disposición es clara y, por tanto, interpuesta la demanda ante los Tribunales del lugar de prestación de servicios no cabe, entendemos, sino la declaración de nuestra competencia judicial internacional desestimando también en este aspecto la excepción de incompetencia de los Tribunales españoles alegada por las demandadas. Consideración ésta que ha de servir también para descartar la incompetencia que, y como orden social, afectaría a este Tribunal y, antes, al propio Juzgado de lo Social, también alegada por las recurrentes, por cuanto, y como advierte el Juzgado en su resolución, lo que consta en el expediente son, como decimos, diversos contratos de trabajo de duración determinada suscritos entre las partes, como tal se denominan, y no cualesquiera nombramiento funcional de los demandantes.

[...]

2014-2015/63.- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Quinta, Sentencia nº 1017/2014, de 9 diciembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro-Pulido Sanz. JUR\2015\36633.

Competencia judicial internacional en el orden social.- Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.- Inmunidad de jurisdicción: actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*.- Contrato de trabajo entre un Instituto dependiente del Gobierno italiano y nacionales españoles.

Normas aplicadas: Art. 21 LOPJ; Convención de Viena de 18 abril 1961 sobre relaciones diplomáticas; Convenio de Viena de 24 abril 1963, sobre relaciones consulares; Reglamento (CE) nº 593/2008 del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Canje Notas diplomáticas entre los gobiernos de España e Italia de 27 noviembre 1984 y Acuerdo de 15 diciembre 1979.

[...]

El motivo (...) formulado al amparo del ap. c) del art. 193 LRJS denuncia la infracción de los arts. 21 ss LOPJ, el Convenio de Viena de 18 abril 1961, el Convenio de Viena de 24 abril 1963, el Canje Notas diplomáticas entre los gobiernos de España e Italia de 27 noviembre 1984 y Acuerdo de 15 diciembre 1979 –BOE ,15–VI– 1985 y los arts. 1 y 2 del Convenio Cultural entre España e Italia, por entender que el juez de instancia debió apreciar la excepción de inmunidad iure imperii.

Las cuestiones que aquí se plantean han sido examinadas en la STSJ Cataluña 25 junio 2014, Rec. 1557/2014 [vid. supra, AEDIPr 2014/2015/62]

Esta Sala está de acuerdo con el referido criterio por lo que se desestiman ambos motivos del recurso.

El motivo séptimo del recurso formulado al amparo al amparo de los aps. b) – no propone relato alternativo a ninguno de los que figuran en el relato fáctico y tampoco solicita la adición de un nuevo ordinal– y c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denunciando como infringidas serían el art. 25 LOPJ, los arts. 10.5 y 6 del Código Civil Italiano (sic), el art. 12.6º de nuestro Código Civil, los arts. 1, 8 y 15 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina contenida en la sentencia de 2 julio 1986, por entender que de los referidos preceptos y documentos aportados por la recurrente se desprende se debería haber aplicado el derecho italiano a la cuestión suscitada por las trabajadoras.

De acuerdo con lo reseñado en el fundamento de derecho tercero de esta resolución debe rechazarse el motivo del recurso, pero además, la cuestión se aborda también en la reseñada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña antes reseñada en cuyo fundamento de derecho séptimo se recoge literalmente: “Alegarán a continuación las recurrentes, también por el cauce procesal definido por el art. 193.c de nuestra ley procesal laboral, la infracción de “los arts. 1, 2 y 4 del Decreto del Ministerio de Asuntos Exteriores Italiano, 4132 de 30 de junio (...), sobre disposiciones relativas a la atribución de suplencias para los puestos de contingente estatal en las instituciones e iniciativas académicas italiana en el extranjero previstas en el decreto legislativo 297/94 y sucesivas confirmaciones”. Es indudable, dirán, que “se debe aplicar la normativa italiana....(que) los demandantes para sostener la aplicación de la legislación española afirman que residen y prestan sus funciones en España y que el Istituto se calificaría como una “fundación española”, cuestión que es absolutamente inexacta tal como hemos desarrollado en los motivos anteriores....(que) los contratos de trabajo impugnados se celebran entre dos partes sin duda italianas....(y que) los contratos de los demandantes se sometieron expresamente al Convenio Colectivo Nacional de 29/11/2007 relativo al personal del sector académico y leyes anexas ...(y) esa es una razón por la que el Derecho aplicable es el italiano...”. Se indica al efecto en la resolución de instancia, recordemos nuevamente, que “atendiendo a que tienen nacionalidad italiana (la de los demandantes), son residentes en España y prestan servicios en nuestro país como docentes en el Instituto Italiano demandado sito en el Pasaje Méndez Vigo nº. 8 de Barcelona, que si bien tiene naturaleza jurídica pública según Ley italiana, lo que no se discute, gira y opera en España como un centro docente privado que cobra matrícula y cuotas a sus alumnos y como tal empresario debe ser tratado a efectos del juicio, y también hace contrataciones laborales de su personal administrativo y del docente español conforme a la legislación española, y en el caso de los actores, contrataciones en España de contrato de trabajo de duración determinada como suplentes de funcionarios, según la Ley italiana, no cabe duda de que la Ley aplicable es la española en base al principio de territorialidad de la contratación y de los servicios prestados por los actores en España que ejerce vis atractiva de dicha normativa respecto a la italiana conforme a lo dispuesto en el art. 1 del E.T., el art. 11 del Cap. IV sobre Normas de Derecho internacional privado del Código Civil y en el art. 8 del Reglamento CE 593/08, de 17/6/08, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la Ley aplicable a las relaciones individuales de trabajo, en sus aps. 1 y 2, en caso de conflicto de normas, y antes el Convenio de Roma citado, por ser la norma de Derecho español y no excluye por elección de la italiana por los actores (art. 8.1º), imperativa y de

derecho necesario, por serles la norma más favorable en materia de conciliación laboral, y siendo la que correspondería aplicar en caso de conflicto en defecto de ley elegida por las partes según los aps. 2 y 3 del art. 8, por ser la del país en el que los actores realizan sus trabajos habituales, y en su defecto, en el que está situado el contratante, no resultando del conjunto de circunstancias enjuiciadas que los contratos entre las partes presentes (sic) vínculos más estrechos con Italia, que permitiesen ex art. 8.4º del citado Reglamento, la aplicación de la Ley italiana, tales como que el Instituto será (sic) una escuela pública italiana en Italia, lo que no se discute, los actores italianos y se hubiesen sometido expresamente en los contratos impugnados al derecho italiano.....así la determinación de la ley española como aplicable....conduce necesariamente a la desestimación de la excepción de incompetencia de la jurisdicción española opuesta de contrario....”.

En este punto no podemos sino aceptar, dada la relación de hechos de la sentencia, las consideraciones realizadas al efecto por el órgano judicial de instancia. La Sala en este punto está, recordemos, inexcusablemente vinculada al citado registro de hechos de la resolución recurrida respecto, además, aspectos respecto de los que las recurrentes no han formulado objeción alguna y sobre la concurrencia o acreditación de los criterios que pudieran servir a la definición de cualesquiera vinculación especial. El criterio de vinculación especial o más estrecha del contrato con el país de que se trate es un criterio relevante para la determinación de la ley aplicable como lo ha podido subrayar el propio Tribunal Supremo con remisión a los arts. 6.2º y 4.1º del Convenio de Roma que era aplicable (vid. STS 22 mayo 2001). En este punto el Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, sanciona, en relación al contrato de trabajo, que éste “se regirá por la ley que elijan las partes de conformidad con el art. 3” Aunque, añadirá también, “dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables en virtud de los aps. 2, 3 y 4 del presente artículo”. Para el caso de que “la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente.....(y) cuando no pueda determinarse, en virtud del ap. 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”. Indicando finalmente, en su ap. cuarto, que “si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los aps. 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país”.

La ley aplicable podrá determinarse, cabe concluir así, basándose en el principio de libertad de elección aunque ello solo en el caso de que el trabajador obtenga el mismo nivel de protección que con la ley aplicable en defecto de elección. En este último caso, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente. Con base en estos parámetros, y a partir del citado registro de hechos, no podemos sino descartar la aplicabilidad siquiera de las normas legales italianas a las que pretenden acogerse las recurrentes. Lo que nos lleva a descartar este motivo del recurso”, y en el supuesto de autos de la redacción que ofrece el relato fáctico de la sentencia de instancia, con la única modificación del ordinal primero del relato fáctico, no se puede sino llegar a la misma conclusión a la que llega ella sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en su consecuencia se desestima también este motivo del recurso.

2014-2015/64.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 606/2014, de 15 diciembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Díaz Roldán. AC\2015\256.

Competencia judicial internacional en el orden civil de los tribunales españoles en el orden civil.- Competencia de los tribunales españoles: procedencia.- Supuesto de inmunidad diplomática: alegación extemporánea.- Sometimiento voluntario a la jurisdicción española: actos inequívocos de renuncia a la inmunidad que le otorgaba el Convenio de Viena.- Arrendamiento de obra.- Obligación de pago del precio: estimación: existencia de consentimiento del Reino de Tailandia para la realización de la transacción a través de su embajador.- Contrato de arrendamiento de obra con el embajador.- Presunción de autorización de su Gobierno para contratar.

Normas aplicadas: Art 21 LOPJ; art. 31 Convención de Viena de 18 abril 1961 sobre relaciones diplomáticas.

[...]

Se aceptan los fundamentos de derecho y el fallo de la sentencia recurrida.

[...]

El art. 21 LOPJ exceptúa de la competencia a los Tribunales españoles los supuestos de inmunidad de jurisdicción establecidos por las Normas de Derecho internacional público, precepto en el que la parte apelante estima que no puede ser sometida a la jurisdicción de los Tribunales españoles. Al respecto, hemos de tener en cuenta muy especialmente el contenido de la sentencia 107/92 de nuestro Tribunal Constitucional que estableció que el art. 21 LOPJ, al establecer una remisión al Derecho Internacional Público obliga al intérprete de nuestro Derecho y en particular a los órganos jurisdiccionales españoles a adentrarse en dicho ordenamiento para sacar a la luz los supuestos en los que deben verse impedidos de ejercer actividad jurisdiccional, frente a determinados sujetos amparados por la inmunidad como están los extranjeros, personas jurídico-públicas extranjeras, personal diplomático y consular, etc. La remisión implica en consecuencia la necesidad de que los órganos jurisdiccionales españoles se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, tal y como han tenido que hacer otros Tribunales nacionales, sin que ello suponga en absoluto una interferencia por parte del ordenamiento español en el Derecho internacional público. Señala igualmente la referida sentencia que dentro de la evolución constante de las reglas internacionales en esta materia, se puede no obstante trazar como tendencia clara una progresiva relativización de las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales nacionales; relativización que resulta más acusada y clara en lo que respecta a la inmunidad de jurisdicción, como en el contenido de la referida sentencia se desprende igualmente que la regla absoluta de inmunidad de jurisdicción formada en la igual soberanía de los estados ha evolucionado a lo largo de este siglo hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad que habilite a los juzgados nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio sino con sujeción de las reglas ordinarias del tráfico privado. La distinción entre actos iure imperii y actos iure gestionis por compleja que pueda parecer su concreción en casos determinados y por diverso que sea su desarrollo en la práctica de los estados y en las codificaciones internacionales, se ha abierto paso como norma internacional general; partiendo por tanto de lo expuesto por el Tribunal Constitucional en las antes referida sentencia, la cuestión que se plantea ha de ser determinar si los hechos que se pretende sean enjuiciados por la jurisdicción española. Para ello debe partirse que el Convenio de Viena aludido reconoce la competencia de los Tribunales Españoles siempre que el agente diplomático se someta a los mismos, renunciando a su inmunidad.

En el supuesto sometido a enjuiciamiento se aprecia que el apelante en el procedimiento monitorio formulado comparece y se opone al mismo sin alegar la falta de jurisdicción del Tribunal; interpuesto en el procedimiento ordinario al momento de su personación ni en la Audiencia Previa, ni en el acto del juicio opone la falta de jurisdicción española para ventilar el asunto litigioso planteado, siendo por primera vez en el recurso de apelación cuando esgrime esta falta de jurisdicción con base en el Convenio de Viena de 1961 en relación con el art. 36 LEC, así como el 21 LOPJ, pero debe de tenerse en cuenta que el propio Convenio prevé la posibilidad de que el agente diplomático renuncie a su inmunidad, debiendo ser esta renuncia; expresa, no indica el concepto de renuncia expresa, pero es evidente que lo que se exige es una renuncia clara e inequívoca de la inmunidad otorgada por el expresado Convenio. Y esto ocurre en el caso que nos ocupa en el que el demandado comparece y se somete a la jurisdicción de Juzgado de Instancia de Primera Instancia nº 89 de Madrid desde la interposición de la reclamación de procedimiento Monitorio hasta la terminación en la Instancia del procedimiento ordinario que nos ocupa, no siendo hasta que se dicta sentencia contraria a sus intereses cuando al interponer recurso de apelación alega la falta de jurisdicción de los Tribunales Españoles.

Partiendo de todo lo que antecede no puede admitirse la alegación realizada de forma tan extemporánea, porque desde un principio se sometió voluntariamente a la jurisdicción española con actos inequívocos de renuncia a la inmunidad que le otorgaba el Convenio de Viena, ya citado.

[...]

[CONSTRUCCIÓN Y MANTENIMIENTO DE HOTELES, S.L. / EMBAJADA REAL DE TAILANDIA]

2014-2015/65.- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Quinta. Sentencia nº 66/2015, de 2 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro-Pulido Sanz. AS/2015/774.

Competencia judicial internacional en el orden social.- Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.- Inmunidad de jurisdicción: actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*.- Contrato de trabajo entre un Instituto dependiente del Gobierno Italiano y nacionales españoles.- Aplicación y prueba del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Art. 21.2º LOPJ; Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

*En nuestro Derecho interno es, recordemos, el art. 21.2º LOPJ, el que incorpora las normas de Derecho internacional Público en materia de excepciones o inmunidades jurisdiccionales. Incorporación que se reitera en el art 36.2º LEC . Preceptos que, como ha apuntado una buena parte de la doctrina, no resuelven qué actos son *iure imperii* y cuáles *iure gestionis*. La jurisprudencia de nuestros Tribunales, desde el año 1986, participa y acoge, podría decirse, la tesis de la inmunidad restringida en cuanto que afirma, por ejemplo, la existencia de jurisdicción respecto a Estados extranjeros en litigios sobre despido de personal localmente contratado para prestar servicios en misiones diplomáticas y oficinas consulares calificando que el acto se encuentra dentro del *iure gestionis*. Modo de actuación que ha recibido, cabría apuntar, una valoración positiva prácticamente unánime de la doctrina al entender que el mismo resulta conforme al Derecho internacional vigente y por venir. Con todo, cabría también apuntar, la mayor parte de las sentencias recientes que examinan la propia competencia judicial internacional para la resolución de asuntos como el que nos ocupa ni siquiera hacen referencia o se plantean la cuestión de la citada inmunidad de jurisdicción pasando a resolver y determinar la propia competencia con base en las reglas de nuestro Derecho interno. En este sentido cabe recordar la STJUE (Gran Sala) 19 julio 2012 (C-154/2011), y relativo a la actuación de una embajada diplomática, en que se recuerda, después de establecer cuáles son las funciones de una embajada de conformidad con el Convenio de Viena, como “en el ejercicio de esas funciones, la embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar *iure gestionis* y ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos de Derecho privado....así ocurre cuando celebra contratos de trabajo con personas que no desempeñan funciones que forman parte del ejercicio del poder público”. Manifestando además que “corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto determinar la naturaleza exacta de las funciones ejercidas por el trabajador”. Centrándonos ya en el supuesto que se somete a nuestro examen se trata, como hemos indicado, de un litigio relativo a las vicisitudes o consecuencias derivadas de la suscripción de diversos contratos de trabajo de duración limitada celebrados en España entre los demandantes y la institución educativa demandada para la realización de servicios también en España. Contratos suscritos para que los trabajadores realizaran funciones efectivamente docentes en los términos temporales indicados en los propios contratos de trabajo y que tienen que ver con la sustitución de profesores titulares del centro que la recurrente tiene en España. Se trata por ello, así lo entendemos y debemos concluir, de funciones equiparables o integrables en una simple e inequívoca actividad de gestión, la que atiende, como dirán las propias recurrentes, a la resolución de dificultades o circunstancias temporales del proceso educativo que desarro-*

lla la institución demandada en el centro que mantiene en España; y que poco o, mejor, nada tienen que ver, entendemos y en definitiva, con el ejercicio del estricto poder público de dicho Estado.

Por tanto se trata y así debe ser considerada, como una controversia en el ámbito de las relaciones laborales existentes entre el Istituto Italiano demandado y los trabajadores contratados localmente en el Estado receptor, para prestar servicios en el mismo y para cuyo conocimiento y resolución debe descartarse, de entrada, cualesquiera inmunidad de jurisdicción de las demandadas. Por consiguiente, insistimos, puede afirmarse que el contenido del mencionado principio de Derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados no puede oponerse en el caso enjuiciado a la aplicación de las disposiciones que sobre competencia judicial internacional contienen las normas de nuestro Derecho interno (art. 25 LOPJ) y comunitario (Reglamento (CE) nº 44/2001) dado que, insistimos también, los demandantes no hacen sino impugnar la decisión extintiva de los contratos de trabajo temporales que habían celebrado con una Institución ciertamente dependiente del Estado Italiano pero en el que las funciones que ejercían y desarrollaban los mencionados trabajadores en nuestro país no formaban parte del ejercicio del poder público del mencionado Estado, estando comprendido pues, el presente litigio, dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento nº 44/2001.

[...]

Si la Juez de instancia no declara probado determinados extremos, entre ellos el Derecho extranjero que resultaría de aplicación como pretende el Ministerio, debe éste instar una expresa declaración de tener por probado aquello que considera tan relevante y que puede obtener por la vía del ap. b) del art 191 LPL pues él, como organismo estatal, empleador en el país extranjero, mejor que nadie dispone de todos los medios a su alcance para realiza esa prueba.

Si la sentencia recurrida no da por probado el Derecho extranjero, bien puede ser por falta o insuficiencia de prueba, bien por considerar que su constancia no es precisa al estimar aplicable la ley española. En cualquier caso, la parte, en un recurso tan extraordinario y tasado como es el de suplicación, dispone de dos vías para suplir dicha omisión denunciando el error cometido por el Juzgador: 1) la ya citada del ap. b) del art 191 LPL ; y 2) acudir al ap. a) del art 191 LPL solicitando la anulación de la sentencia para que el Juzgador supla la omisión cometida en la valoración de la prueba.

Ninguno de estos dos caminos ha sido utilizado por el recurrente quien no debe olvidar que, aun hablando de Derecho extranjero, nos movemos en el terreno probatorio entrando en juego los derechos pero también los efectos adversos del incumplimiento de cargas y obligaciones pertinentes, y que aquella, la prueba, se desarrolla en la instancia, estando este Tribunal limitado al examen de los concretos motivos de recurso, legalmente tasados y jurisprudencialmente estructurados, no pudiendo suplir los defectos u omisiones en los que incurran las partes en la formulación del recurso, pues tal tarea es de su exclusiva incumbencia, debiendo versar sobre el mismo la impugnación como respuesta dialéctica a las tesis contrarias, delimitándose así de forma estricta los contornos del debate jurídico.

En consecuencia, no es posible que la Sala, en sede de suplicación, aplique el Derecho extranjero si su contenido y vigencia no se ha declarado probado y tal declaración no se solicita de forma expresa por vía legal. Tampoco es posible anular la sentencia porque la parte no lo solicita y de oficio, por imperativo del art 240.2º LOPJ, carecemos de facultades para acordarla. Finalmente, aún en el caso de estimarse que este Tribunal dispone, conforme al art 281 de la LEC de facultades y medios de averiguación para la aplicación del Derecho extranjero tales facultades son, en todo caso, potestativas conforme a la dicción del nº 2 del art 281 citado, del que no cabe deducir una obligación de carácter imperativo “, y añade más adelante que conforme se ha establecido con precisión en la STS 4 noviembre 2004 acogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional plasmada en SS 10/2000, de 17 de enero, 155/2001, de 2 de julio y 33/2002, de 11 de febrero “...si no se tiene por probado el Derecho extranjero, su vigencia y contenido, se ha de aplicar supletoriamente la legislación laboral española...”, por lo que no figurando en el relato fáctico cuál es el contenido y la legislación italiana vigente no podría aplicar la misma, y se habría de aplicar la legislación española lo que lleva consigo que se deba desestimar el recurso formulado y que se confirme la sentencia de instancia.

2014-2015/66.- Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia nº 210/2015, de 6 marzo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Paris Marín . JUR\2015\103365.

Competencia judicial internacional en el orden social.- Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.- Inmunidad de jurisdicción: actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*.- Contrato de trabajo entre un Instituto dependiente del Gobierno Italiano y nacionales españoles.- Aplicación y prueba del Derecho extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 21 y 25 LOPJ; art. 10 Cc; Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); Convenio de Viena de 18 abril 1961, sobre relaciones diplomáticas; Convenio de Viena de 24 abril 1963, sobre relaciones consulares; Canje Notas diplomáticas entre los gobiernos de España e Italia de 27 noviembre 1984 y Acuerdo de 15 diciembre 1979.

Contra la sentencia de instancia que estima en parte la pretensión actora declarando su improcedencia, se interpone por la representación de la “Scuola Statale Italiana de Madrid”, Recurso que, en un primer motivo, al amparo procesal del art. 193c) LRJS se denuncia la vulneración de los arts. 21 y 24 LOPJ y arts. 1 y 2 del Convenio Cultural entre España e Italia en cuanto a la incompetencia de jurisdicción, alegando también la caducidad de la acción, planteamiento que no puede tener favorable acogida, de una parte, porque la competencia jurisdiccional de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de la presente controversia queda establecida en el art. 25 LOPJ al haberse prestado los servicios en España y celebrarse el contrato en territorio español (ordinal 1º), competencia que resultaría también de aplicación del art. 19 Reglamento de la CE 44/2001 de 22 de diciembre. En relación con lo anterior, se invoca en el recurso la inmunidad de jurisdicción que resultaría de la aplicación de las Convenciones de Viena de 18 abril 1961, y de 24 abril 1963, y que se está en presencia de actos de ius imperii, argumentos que tampoco pueden prosperar, porque la relación que une a las partes es de carácter laboral no funcional, y por tanto el objeto de la controversia recae sobre un acto de gestión no sujeto a la inmunidad de jurisdicción (STSJM 14 septiembre 2000). De otra parte, en cuanto a la caducidad de acción que se alega, siendo la naturaleza de la relación propia del trabajador fijo-discontinuo, porque ya había sido contratado con anterioridad durante dos cursos docentes completos (ordinal 1º), el dies a quo no es otro que el de la falta de llamamiento para el curso 2013 (09 septiembre 2013), por lo que, presentada la papeleta de conciliación el 01 octubre 2013, celebrándose el acto el día 21 octubre 2013, y presentándose demanda ese mismo día, no cabe sostener que haya transcurrido el plazo previsto en el art. 59 ET. Lo anterior no se desvirtúa simplemente alegando de forma genérica que la legislación italiana no contempla la figura del trabajador fijo-discontinuo, remitiendo al efecto en bloque a los documentos obrantes a los folios 58 a 102, y 120 a 143 sin mayor concreción. Era ineludible en todo caso especificar la normativa aplicable a los contratos temporales, y en relación a ellos, las causas de extinción.

Con el mismo amparo procesal se denuncia la vulneración de los arts. 10 y 12.5º Cc, art. 8 Reglamento 593/2008 CE y arts. 1 y 2 del Convenio Cultural entre España e Italia, por entender que la sumisión voluntaria a la legislación italiana supone su aplicación sin excepciones al fondo de la controversia, y por tanto, a la validez del acto extintivo, censura jurídica que no puede prosperar, porque de nuevo el recurso se limita a invocar diez disposiciones generales del derecho italiano (página 9 del recurso) sin concretar los preceptos que resultarían aplicables al fondo de la cuestión debatida, desatendiendo lo prescrito en el art. 193c) LRJS. Por ello no cabe sino confirmar el criterio contenido en el fundamento 4º de la sentencia de instancia en relación al art. 8 Reglamento de la CE 593/2008, y en consecuencia la aplicación del Derecho español, con desestimación por tanto del recurso. De conformidad con el art. 235.1º LRJS, desestimado el recurso, se han de imponer las costas a la parte recurrente fijándose los honorarios del letrado de la parte recurrida en quinientos euros.

INSOLVENCIA

ACCIÓN REVOCATORIA POR INSOLVENCIA CONTRA UN DEMANDADO DOMICILIADO EN UN TERCER ESTADO

José David ORTEGA RUEDA *

1. La posibilidad de que el tribunal que conoce de la situación de insolvencia del deudor común sea, al mismo tiempo, competente para conocer de cuantas causas sean relevantes para su estado patrimonial es, sin lugar a dudas, una de las características que identifican el modo de concebir el procedimiento concursal en nuestro Derecho interno. El porqué responde a la lógica tanto de la economía procesal como de la seguridad jurídica, pues nuestro legislador entiende que sólo en la medida que se logre una unidad procedimental será posible valorar de una forma fecunda las masas activa y pasiva para llegar al buen fin del concurso. Igualmente, en el Reglamento europeo de insolvencia también subyace este mismo espíritu. Es buena prueba de esa intencionalidad de lograr una tutela judicial completa las tres circunstancias siguientes: en primer lugar, arregar al tribunal del Estado miembro donde se sitúe el centro de intereses principales del deudor la competencia para abrir el procedimiento de insolvencia según el art. 3.1º, al que deberán acudir todos los deudores con independencia de su nacionalidad; en segundo término, someter, con carácter general, el desarrollo sustantivo y procesal del concurso a la ley de ese Estado de apertura (art. 4); y, finalmente, obligar al resto de Estados a reconocer y ejecutar cuantas resoluciones se dicten en el transcurso del mismo (Capítulo II, arts. 16 a 26). Desde la perspectiva teórica que nos brinda la doctrina internacional privatista, nos hallamos ante el triunfo de lo que se ha venido denominando la tesis universalista, en cuya formulación más clásica se aboga por someter a un único órgano jurisdiccional y a una sola ley todos los bienes, derechos y obligaciones del deudor transfronterizo, con independencia del Estado en que éstos se efectivamente se encuentren. Frente a ella, la llamada tesis territorial –que defendería, en su concepción más radical, la existencia de tantos procedimientos de insolvencia como Estados en que se encontrasen desperdigadas las masas concursales– queda limitada a su mínima expresión. Así las cosas, sólo se admite la apertura de procedimientos de insolvencia de alcance meramente nacional de naturaleza secundaria y subordinados a un procedimiento principal en una situación muy específica: la de conocer la situación patrimonial del deudor en el Estado donde dispusiera de un establecimiento permanente y que, a su vez, fuese distinto a aquel donde se encontrase su centro de intereses principales. Teleológicamente y como ya sabemos, el objetivo pretendido con esta estructura es el de conceder una protección lo más adecuada posible a los acreedores, tanto en el plano general del mercado común como, en paralelo, en el exclusivo espacio económico del Estado en el que el deudor evidencie un cierto nivel de raigambre.

2. Reformulando las ideas anteriormente expresadas, parece que la redacción del Reglamento 1346/2000 sobre insolvencia es de suyo favorable al completo desarrollo de la *vis attractiva concursus* a escala transfronteriza. Sin embargo, por más que se provea a priori de esa estructura formal en la regulación del Derecho internacional privado europeo, su alcance efectivo acabaría dependiendo, en última instancia, de la consideración que hacia ese principio tenga la concreta ley nacional aplicable al procedimiento de insolvencia. Puede suceder que esa normativa concursal parta de una base axiológica distinta, la cual entienda que las competencias del juez del concurso no tienen un alcance tan absoluto y, por ende, determinadas acciones –que en otros foros tendrían como cauce natural el procedimiento de insolvencia– bien deberían quedar al margen de su potestad jurisdiccional. Éste es el caso que ahora nos ocupa, dado que el Derecho concursal alemán parte de una concepción más débil de la *vis attractiva*

* Doctorando en Derecho de la Unión Europea. Universidad de Bolonia.

concursum y tiende en determinados escenarios a una desagregación procesal que en España no compartimos.

Es más, no es la primera vez que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentra con un supuesto de tales características proveniente de este mismo país. Sin entrar en una honda valoración ni de los antecedentes ni tampoco de la exposición argumentativa que realiza el órgano jurisdiccional europeo, encontramos una clara analogía entre los hechos que motivaron la STJ 12 febrero 2009, as. C-339/07: *Seagon*, y la resolución que aquí analizamos –en la cual, por cierto, en sus puntos 13, 30 y 32 hay una referencia directa a su precursora–. En dicha ocasión, la Corte Federal alemana elevaba al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial de si los jueces del Estado miembro en que se había abierto el procedimiento de insolvencia principal eran, a la luz del Reglamento 1346/2000, internacionalmente competentes para conocer de una acción revocatoria concursal contra un demandado que tuviese su domicilio en otro Estado miembro de la Unión Europea. La respuesta del Tribunal europeo fue afirmativa, en base a la interpretación de que el art. 3.1º del Reglamento ya de por sí otorgaba competencia judicial internacional para conocer de todas las acciones que guarden una relación estrecha con el procedimiento de insolvencia. Todo se corroboraría con la lectura del art. 25.1º del mismo texto legal, que predica el reconocimiento automático y la subsiguiente ejecución por parte de la jurisdicción de los demás Estados miembros de las resoluciones relativas al desarrollo y la conclusión del procedimiento tomadas por el tribunal que conociese del mismo. Sin embargo, la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es ignota en el escenario de que las resoluciones acordadas por el juez del concurso deban desplegar sus efectos en un Estado tercero con respecto a la Unión.

Es en este silencio donde se pronuncia ahora el órgano jurisdiccional europeo, en aras de resolver la cuestión prejudicial específica de si los tribunales del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia poseen la competencia para conocer de una acción revocatoria concursal que tenga por destinatario un demandado cuyo domicilio se encuentre en el territorio de un Estado no miembro. Sin duda, con esta reformulación se enuncia una segunda derivada en el análisis del alcance de la competencia judicial internacional del tribunal del foro del centro de intereses principales del deudor, aunque no deja de ser heredera de la problemática de fondo ya descrita con respecto a las diferentes formas de entender la vis atractiva *concursum*. Para resolver la pregunta ahora planteada, el TJUE estructura su razonamiento en dos fases. En primer lugar, como cuestión preliminar, se debe resolver si en esta categoría de supuestos sería de aplicación el Reglamento 1346/2000 o, en caso contrario, si se tendría que acudir a la legislación nacional para dirimir el conflicto. Obviamente, la consecuencia de no emplear el texto europeo sería que imperarían las normas de Derecho internacional privado nacionales del Estado miembro, que en las circunstancias que nos ocupan conducirían a la legislación germana. En segundo lugar, una vez resuelta esta duda, se abordará de un modo específico el tema de la idoneidad de esa competencia judicial internacional cuando las decisiones tomadas por un tribunal nacional europeo en materia concursal produzcan sus efectos *ad extra* de la Unión Europea.

3. Con respecto a la cuestión inicial, el Tribunal encuentra de un modo preliminar que, para determinar la aplicabilidad del Reglamento, no se puede deducir del articulado expreso del texto el requisito de que exista una inexcusable conexión con uno o varios Estados miembros. Ciertamente, hay preceptos en los que se prevé expresamente esa situación para conferirle unas consecuencias jurídicas específicas que sirven a los fines pretendidos por el Reglamento (como es el caso del art. 5 o los preceptos relativos a los procedimientos secundarios de insolvencia), aunque la lectura del Reglamento en su conjunto no evidencia un ánimo restrictivo en tal sentido. En particular, en los arts. 6 y 14 no existe referencia alguna a la necesidad de que deban estar implicados únicamente Estados miembros para que la regulación europea rija en el proceso, aunque sería especialmente la previsión contenida en el art. 44.3º.a: en él se hace una referencia expresa a la relación del Reglamento con aquellos convenios que hubiesen celebrado Estados miembros con Estados terceros, previsión que sería tachable de “superflua” si el texto europeo tuviese vetada la entrada *ab initio* en esta categoría de supuestos. No obstante lo anterior, es en el espíritu del Reglamento donde se encuentra la justificación más clara para discernir su aplicabilidad. Para lograr el correcto funcionamiento del mercado interior, como indica el considerando 4, debemos evitar que la transferencia de activos y litigios entre Estados miembros aparezca como una opción a la que el deudor

pueda acogerse para lograr una posición jurídica que le sea más favorable. Pues bien, si limitásemos el alcance de la interdicción del *forum shopping* estrictamente al entorno europeo, huelga decir que esta finalidad quedaría desvirtuada. Interesa lograr una eficacia y efectividad en los procedimientos de insolvencia (considerando 8), para lo cual es indispensable que éstos tengan un alcance universal y abarquen todo el acervo patrimonial del deudor (considerando 12), sea cual sea la situación transfronteriza –inscrita o no en la Unión Europea– de la que se trate. Aquí se halla la finalidad última del art. 3.1º del Reglamento, precepto que se sustenta sobre la construcción jurídica del centro de intereses principales del deudor. A mayor abundamiento, dicho elemento de criterio para la atribución de competencia se consagra al servicio de dirimir el foro pertinente de un modo previsible –con tal de respetar el principio de seguridad jurídica–, por lo que debe poder determinarse al inicio mismo del proceso. En definitiva, hacer depender la competencia judicial internacional de la casuística concreta de un procedimiento, manteniéndolo en suspense por cuanto no se conociese la situación geográfica de todos sus activos por si alguno se hallase fuera de la Unión, sin duda acabaría menoscabando los objetivos pretendidos por el legislador europeo para el correcto tratamiento de la situación de insolvencia.

4. Una vez afirmada la aplicabilidad de la letra del Reglamento al caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea valora la cuestión concreta que afecta a la vis atractiva concursus en un Estado tercero. Siguiendo con el razonamiento que anteriormente detallábamos, los principios de previsibilidad y seguridad jurídica vuelven a ser determinantes a la hora de modelar el criterio de la resolución, entendiéndose así que se debe poder ejercitar la acción revocatoria en el tribunal del foro donde se sustancie el procedimiento de insolvencia principal incluso cuando sus efectos se plasmen en un foro ajeno al ámbito estrictamente europeo. La razón de fondo que guía a la sentencia en su interpretación es, en sus propias palabras, lograr “una armonización, en la Unión, de las reglas de competencia judicial por lo que respecta a las acciones revocatorias por insolvencia [...] para contribuir] a la consecución de esos objetivos [de previsibilidad y seguridad jurídica], con independencia de que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro o en un Estado tercero” (ap. 33). Vemos claramente como la jurisprudencia europea manifiesta su primacía no sólo sobre las normas de Derecho internacional privado nacional –que serían las aplicables en este supuesto– sino, muy especialmente, el modo de entender las competencias que se confieren al juez del concurso por parte de la legislación de un Estado miembro. Efectivamente, las resoluciones tomadas en la jurisdicción alemana no serán automáticamente reconocidas en un foro extracomunitario con base en el Reglamento, aunque ello no es óbice para la aplicación del criterio competencial contenido en el ya meritado art. 3.1º. Es más, en caso de que el demandado por la acción revocatoria tuviese algún bien en el territorio de algún Estado miembro, sí que se podría solicitar su reconocimiento en éste último para lograr la reintegración de la masa activa.

5. No nos cabe duda de que estamos ante una resolución tan innovadora como fundamental para comprender el sistema de Derecho concursal europeo, así como ante una clave que nos revela cuál puede ser su evolución futura. Enfrentándose contra lo que sería la concepción más tradicional del Derecho internacional privado, que dejaría en manos de las normas nacionales determinar la competencia cuando se viese implicado un Estado tercero, el TJUE realiza una interpretación al límite de las previsiones contenidas en el Reglamento para extender su aplicabilidad a los casos en que el centro de intereses principales se encuentre en un Estado miembro de la Unión. A continuación, compele a la jurisdicción alemana a acatar una forma de entender la vis atractiva concursus más intensa que la predicada por su Derecho interno, siguiendo la línea jurisprudencial ya abierta con la Sentencia *Seagon*. El elemento cardinal en este caso es lograr una armonización más profunda, de cara a lo que en el futuro sería la armonización sustantiva y procesal del procedimiento de insolvencia europeo, a imagen y semejanza del modelo seguido en los Estados Unidos de América. Estamos ante un objetivo muy ambicioso que, si bien no ha sido abordado –aunque sí valorado– en la última reforma del Reglamento, es una necesidad futura para asegurar el correcto funcionamiento del mercado interior en la medida que se profundice todavía más en la integración económica de la UE. Abrir la puerta a elementos que se nutren de una lógica territorial, en la que al juez del concurso se le restan potestades en su capacidad tuitiva, es

un claro enemigo para lograr la efectividad y eficacia del procedimiento de insolvencia en el espacio económico europeo.

2014-2015/67.- Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 16 enero 2014. Asunto C-328/12. Ponente: Sra. M. Berger.

Acción revocatoria por insolvencia.- Domicilio del demandado en un Estado tercero.- Competencia del tribunal del Estado miembro en el que se sitúa el centro de los intereses principales del deudor.

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

[...]

33. Asimismo, es preciso señalar que los objetivos perseguidos por el art. 3, ap. 1, del Reglamento, que consisten, como se ha recordado en el ap. 27 de la presente sentencia, en promover la previsibilidad de la competencia judicial en materia de quiebra y, por consiguiente, la seguridad jurídica, favorecen una interpretación en el sentido de que dicha disposición crea también una competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia dirigida contra un demandado cuyo domicilio se encuentra en un Estado tercero. En efecto, una armonización, en la Unión, de las reglas de competencia judicial por lo que respecta a las acciones revocatorias por insolvencia contribuye a la consecución de esos objetivos, con independencia de que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro o en un Estado tercero.

34. Esta conclusión no puede ser puesta en entredicho por el hecho, subrayado por el Gobierno alemán en la vista, de que el demandado en el marco de tal acción revocatoria sea demandado ante un tribunal con sede en un Estado distinto de aquel en el que se encuentra su domicilio.

35. En efecto, es preciso señalar que el criterio establecido en el Reglamento para determinar el tribunal competente para conocer de esa acción, a saber, el del centro de los intereses principales del deudor, es normalmente previsible para el demandado que puede tenerlo en cuenta en el momento en el que participa, con el deudor, en un acto susceptible de ser anulado en el marco de un procedimiento de insolvencia. En estas circunstancias, los objetivos de previsibilidad de la competencia judicial en materia de quiebra y de seguridad jurídica, que se desprenden del considerando 8 del Reglamento, así como, en su caso, el de evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes de un Estado a otro, o para optar por un fuero determinado, en busca de una posición jurídica más favorable, mencionado en el considerando 4 del Reglamento, prevalecen sobre la preocupación de evitar que el demandado tenga que comparecer ante un tribunal extranjero.

36. Asimismo, tampoco puede acogerse la alegación basada en que los tribunales de un país tercero en modo alguno están obligados a reconocer o ejecutar una resolución dictada por un tribunal competente dentro de la Unión, o dicho de otra manera, en que la aplicación del art. 3, ap. 1, del Reglamento carece de efecto útil cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado tercero.

37. En efecto, tal como la Abogado General ha subrayado en lo puntos 36 y 38 de sus conclusiones, el hecho de que las disposiciones del Reglamento relativas al reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por el tribunal que incoó el procedimiento de insolvencia no sean vinculantes para Estados terceros no impide aplicar la regla de competencia prevista en el art. 3, ap. 1, de dicho Reglamento. Además, aunque, en un caso concreto, no exista la posibilidad de invocar el propio Reglamento para obtener el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, cabe, a veces, la posibilidad de lograr, al amparo de un convenio bilateral, el reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada por el tribunal competente.

38. Por otra parte, es preciso señalar que, aunque falte el reconocimiento y la ejecución, sobre la base de un convenio bilateral, de tal resolución por el Estado en el que se encuentre el domicilio del

demandado, dicha resolución puede ser reconocida y ejecutada por los otros Estados miembros en virtud del art. 25 del Reglamento, en particular, en el caso de que una parte del patrimonio de dicho demandado se encuentre en el territorio de uno de esos Estados.

39. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el art. 3, ap. 1, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia tienen competencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado cuyo domicilio no se encuentre en el territorio de un Estado miembro.

[RALPH SCHMID / LILLY HERTEL]

EJECUCIÓN DE UNA GARANTÍA FINANCIERA SOMETIDA A LA LEY LUXEMBURGUESA RESPECTO DE UNA SOCIEDAD CONCURSADA

2014–2015/68.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, Auto nº 39/2014, de 3 marzo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. A. Arribas Hernández. JUR\2014\72510.

Prenda sobre acciones de una sociedad extranjera.– Garantía de una póliza de crédito de la sociedad concursada.– Medidas cautelares previas *inaudita parte*.– Suspensión de la ejecución extrajudicial de la garantía financiera.– Falta de motivación de la decisión.– Ausencia de referencia a la ley extranjera alegada.

Normas aplicadas: Arts. 4.2.m), 5 y 13 Reglamento (CE) nº 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; art. 3 Convenio de Roma de 19 junio 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; art. 28 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); art. 17 Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

[...]

El problema es que los razonamientos a los que se remite la resolución no dan respuesta a la cuestión planteada, entre otras razones porque ni siquiera tenía por qué plantearse la aplicación del art. 13 del Reglamento porque su alegación y la prueba de las circunstancias determinantes de su aplicación corresponde a quien resulta beneficiado por el acto perjudicial.

En definitiva, afirmada la sujeción de la ejecución de la prenda al ejercicio de acciones de reintegración en el concurso abierto en España por aplicación del art. 5.4º del Reglamento, que es lo único que se analiza y tenía que analizarse respecto del particular que ahora no ocupa en el auto de medidas cautelares, una vez que las demandadas han invocado el art. 13 del Reglamento, manteniendo que: a) la prenda está sujeta a la Ley de Luxemburgo ; y b) que dicha Ley no permite en ningún caso que se impugne la prenda, el órgano judicial para cumplir el deber de motivación debió dar alguna respuesta para rechazar el argumento y no se da con la remisión a los aps. 14 y 15 del auto de medidas porque nada se dice en ellos sobre esta cuestión.

Debe, en consecuencia, acogerse el reproche de falta de motivación que, incluso, podría calificarse de incongruencia omisiva.

[...]

Precisado lo anterior, el tribunal considera que el requisito de la apariencia de buen derecho ha quedado por completo desvirtuado como consecuencia de las alegaciones de las demandadas y de las pruebas practicadas en el incidente de oposición por las siguientes razones: 1) inatacabilidad de la ejecución de la prenda constituida conforme a Derecho luxemburgués por aplicación del art. 13 del Reglamento (CE) nº 1346/2000; 2) inexistencia de perjuicio derivado de la novación; 3) falta de alega-

ción y prueba de que, en su caso, la novación impugnada fuera un acto realizado en fraude de los derechos de los acreedores.

A continuación trataremos de fundamentar las anteriores conclusiones.

1.— *Inatacabilidad de la ejecución de la prenda constituida conforme a Derecho luxemburgués por aplicación del art. 13 del Reglamento (CE) nº 1346/2000* En principio y siempre a los meros efectos de resolver la pretensión cautelar, debemos partir de que la prenda se constituyó conforme al Derecho luxemburgués y se rige por dicho Derecho, que regula tanto sus efectos jurídico-reales como obligaciones.

El art. 17 del Real Decreto 5/2005 bajo el epígrafe “Normas de Conflicto” y con la rúbrica “Determinación de la ley aplicable” establece:

1. La ley aplicable a las garantías financieras cuyo objeto consiste en valores representados mediante anotaciones en cuenta será la del Estado en el que esté situada la cuenta principal, entendiendo por cuenta principal aquella en la que se realicen las anotaciones por las cuales se presta al beneficiario dicha garantía pignoratícia de anotaciones en cuenta. La referencia a la legislación de un Estado es una referencia a su legislación material, por lo que se desestimará toda norma en virtud de la cual, para decidir la cuestión relevante, se tenga que hacer referencia a la legislación de otro Estado.

2. Dicha ley será aplicable en todo lo relacionado con las materias siguientes:

a) La naturaleza jurídica y los efectos sobre la propiedad del objeto de la garantía.

b) Los requisitos para perfeccionar un acuerdo de garantía financiera, así como el cumplimiento de los requisitos necesarios para hacer que el acuerdo y la aportación de garantías surtan efectos frente a terceros.

c) El rango del título o derecho de una persona sobre la garantía, en relación con otros títulos o derechos reivindicados o si ha tenido lugar una adquisición de buena fe.

d) El procedimiento para la realización de la garantía tras un supuesto de ejecución.

3. Cuando el objeto de garantía sean derechos de crédito, la ley aplicable a la eficacia frente al deudor o frente a terceros de la cesión o de la prenda será la que rige el crédito cedido o pignorado.”

Las acciones de “Gecina, S.A.” son valores representados mediante anotaciones en cuenta, estando situada la cuenta principal en Luxemburgo, concretamente abierta en la entidad “Credit Agricole Luxembourg, S.A.” (Calux), con domicilio en Luxemburgo, tal y como se deduce del propio contrato de prenda en el que se designa a dicha entidad como depositaria y como cuentas las abiertas en dicha entidad, figurando en el anexo 3 las cuentas abiertas por los pignorantes en Luxemburgo, siendo requisito para la entrada en vigor de la prenda la anotación de los activos pignorados en las correspondientes cuentas (cláusula 2.2 en relación a las definiciones de la estipulación 1.1 y anexo 3).

En definitiva, la cuenta principal en donde están anotadas las acciones y en las que se han realizado las anotaciones por las cuales se prestó a los beneficiarios la garantía pignoratícia se encuentra en Luxemburgo en la entidad Calux (documentos nº 4 a 5 bis del escrito de oposición presentado por la entidad “Natixis, S.A., Sucursal España”). Por lo demás que la cuenta principal está abierta en Luxemburgo en la entidad Calux resulta de los propios documentos aportados por la administración concursal, concretamente del documento nº 8 acompañado a la solicitud y de los documentos nº 2 y 3 aportados por dicha parte en el acto de la vista. Estos últimos consisten precisamente en las cartas de instrucciones por las que los pignorantes ordenan transferir las acciones a las cuentas abiertas por aquéllos en la entidad Calux. El hecho de que estén subdepositadas en una subcuenta abierta en la entidad Caceis, sujeta a Ley francesa no es relevante, pues debe atenderse a la cuenta principal, indicándose en la propia solicitud que Caceis también tiene un domicilio en Luxemburgo.

Por último, hasta el propio dictamen aportado por la administración concursal en el acto de la vista admite que la *lex rei sitae* que rige los aspectos relativos a la creación, formalización y ejecución de la prenda es la luxemburguesa.

De lo expuesto cabe concluir que los aspectos a que se refiere el art. 17 Real Decreto Ley 5/2005 se encuentran regulados por la Ley luxemburguesa por ser *lex rei sitae* y los aspectos obligaciones se

regulan también por dicha ley en virtud del pacto contenido en el contrato de prenda que es perfectamente válido en aplicación del art. 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que establece el principio de libertad de elección, siendo dicho Convenio el aplicable al supuesto de autos por razones temporales en tanto que el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) sólo es aplicable a los contratos celebrados después del 17 diciembre 2009 (art. 28) y la prenda se constituyó con anterioridad.

Sentado lo anterior, además de ser perfectamente válida la constitución de la garantía financiera en virtud de documento privado conforme a la Ley luxemburguesa, tal y como resulta de los *affidavit* presentados por los demandados –y, por cierto, también conforme a Derecho español, en contra de la errónea tesis mantenida por la administración concursal, por aplicación del art. 8.1 del Real Decreto Ley 5/2005 –, la apariencia de buen derecho se diluye por completo en tanto que de los informes de Derecho luxemburgués aportados por los demandados resulta que la prenda sujeta a dicho derecho resulta inmune al ejercicio de acciones de reintegración. En este sentido se expresan contundentemente los informes de los profesores Pierre-Henri Conac, André Prüm y Alex Schmitt, en aplicación del art. 20 de la ley luxemburguesa de 5 agosto 2005, modificada, sobre acuerdos de garantía financiera.

De lo hasta ahora actuado en sede cautelar, resultaría aplicable el art. 13 del Reglamento (CE) 1346/2000, que impide impugnar la modificación del contrato de novación en la medida que amplía los supuestos de ejecución de la prenda en tanto que ésta está sujeta a Derecho luxemburgués y según éste no es posible, en ningún caso, impugnar la prenda como consecuencia de la apertura de un proceso concursal.

Por último indicar que si se pretende atacar la novación efectuada en el contrato de crédito no es porque afecte a este contrato, respecto del cual es irrelevante porque nadie duda de que sea exigible la deuda a vencimiento final de contrato sino porque en la tesis de la administración concursal se modifica el contrato de prenda para ampliar los supuestos en que ésta puede ejecutarse lo que otorga a la medida el necesario carácter instrumental que, de otro modo, ni siquiera concurría.

2.– Inexistencia de perjuicio derivado de la novación.

Aun cuando no se considerase aplicable el art. 13 del Reglamento (CE) 1346/2000, la modificación operada en el contrato de crédito no puede indiciariamente tacharse de perjudicial para la masa activa del concurso de “Alteco Gestion y Promoción de Marcas, S.L.”.

Como es natural, no existe mejor prueba del contenido de Derecho extranjero que la interpretación que del mismo se haga en una resolución judicial dictada por un tribunal del Estado que aplica su propio Derecho, por ello resulta pertinente la admisión de la sentencia dictada con fecha 29 enero 2014 por el Tribunal de Distrito de Luxemburgo, aportada por algunas de las demandadas al amparo del art. 271.2° LEC.

Dicha resolución, además, se ocupa de un tema nuclear para esta resolución y sobre la que han debatido intensamente la partes aportando los oportunos dictámenes sobre Derecho extranjero, por lo que se cumplen los requisitos que el citado precepto exige para su admisión. A fin de evitar estériles polémicas se hace constar expresamente que no se han tomado en consideración las alegaciones efectuadas por las propias partes que en su día aportaron la sentencia en los escritos presentados con ocasión del traslado conferido a las demás partes para alegaciones.

En la sentencia, además de ratificar que el Derecho luxemburgués es aplicable a los efectos reales de la prenda al estar abierta la cuenta pertinente en los libros de Calux en Luxemburgo, indica que: “... el derecho a realizar la prenda en caso de impago a vencimiento es de la esencia misma de la prenda y que toda cláusula que prive al acreedor de este derecho deberá ser considerada nula...”

Además del incumplimiento, es decir el incumplimiento de la obligación garantizada, otros eventos libremente determinados por las partes podrán permitir al acreedor ejecutar la prenda

Estos otros hechos, cuya realización comportará la ejecución de la prenda, al contrario del “incumplimiento” ya previsto en la ley modificada de 2005 y que las partes no tienen por qué transcribir en su

contrato, deberán ser precisados por las partes en el acuerdo de garantía financiera o en el convenio que contenga la obligación financiera.

Esto es lo que las partes en el presente caso han hecho en el art. 23 del contrato de préstamo, al cual se refiere el contrato de prenda, que prevé los hechos que dan lugar a la resolución anticipada del crédito y al vencimiento anticipado...

A la vista de estos artículos, el argumento de los demandados según el cual la prenda tendría vocación de ser ejecutada en la hipótesis de una resolución anticipada, mientras que el vencimiento final del préstamo estaría garantizado por los mandatos de venta, debe rechazarse por ser contraria a los términos claros del contrato.

La interpretación de los demandados choca además contra el sentido común, dado que una de las prioridades de los prestamistas es garantizar sus derechos frente a un procedimiento de insolvencia.

La alegaciones efectuadas por la concursada sobre las irregularidades cometidas por el Tribunal luxemburgués y la denuncia del Gran Ducado de Luxemburgo ante la Comisión Europea, precisamente, por el hecho de haberse dictado dicha sentencia, son por completo irrelevantes en lo que aquí interesa, sin que tampoco se trate aquí de reconocer o ejecutar en España dicha resolución.

Además de que no corresponde a este tribunal enjuiciar la actuación de un tribunal extranjero ni, mucho menos, revisar el contenido de la resolución y menos aún de valorar si aquella debió o no ser dictada, la relevancia de dicha resolución reside, precisamente, en que nos suministra una información cualificada sobre la configuración de la prenda desde la óptica del Derecho luxemburgués, que es el aplicable, que confirma la opinión de los informes jurídicos aportados por las demandadas y rebate por completo el aportado por la administración concursal. Por ello, tampoco son relevantes las alegaciones de la administración concursal sobre si el tribunal luxemburgués debía o no haber suspendido la tramitación de su procedimiento y, desde luego, nada impide aportar en segunda instancia resoluciones judiciales al amparo del art. 271.2º LEC, ni su aportación produce innovación alguna en el objeto del proceso. Por el contrario, el citado precepto prevé expresamente que puedan aportarse en primera instancia “o en cualquier recurso”.

Dicho lo anterior, indiciariamente podemos descartar que la modificación operada en el contrato de crédito implicase una ampliación de las posibilidades de ejecutar la prenda al vencimiento final del contrato porque sin esa modificación también podría haberse ejecutado la prenda no sólo en caso de resolución anticipada sino también al llegar el vencimiento final del contrato de crédito.

3.- Falta de alegación y prueba de que, en su caso, la novación impugnada fuera un acto realizado en fraude de los derechos de los acreedores.

Aun cuando no se considerase aplicable el art. 13 Reglamento (CE) 1346/2000 y la modificación operada en el contrato de crédito se tachase de perjudicial para la masa activa, indiciariamente, tampoco podría rescindirse la garantía financiera por falta de alegación y prueba de que se tratara de un acto realizado en fraude de acreedores de conformidad con la lex concursus aplicable en atención de los arts. 4.2º.m y 5.4º Reglamento (CE) 1346/2000.

El art. 15.5º Real Decreto Ley 5/2005, en su redacción dada por la Ley 7/2011, de 11 de abril, aplicable al supuesto de autos en atención a la fecha en que se produce la ampliación de la garantía que se pretende impugnar, establece:

“Los acuerdos de garantías financieras o la aportación de estas, formalizados o aportadas, anteriores a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa sólo podrán rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el art. 71 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores”.

A la misma conclusión llegaríamos aunque se aplicara la redacción primitiva pues aunque en ella se establecía que para que pudieran anularse los acuerdos de garantía financiera o la aportación de ésta, dichos actos debían de haberse realizado en perjuicio de acreedores, la interpretación de la norma conforme a la Directiva que traspone –la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 junio 2002, sobre acuerdos de garantía financiera–; la propia mención a la Ley Concursal conte-

nida en el precepto; y la posterior reforma operada por la Ley 7/2011, de 11 de abril, exigía entender que la norma nacional comprendía las acciones rescisorias y que la expresión en perjuicio de acreedores —que no perjuicio para la masa activa, que es el requisito general— era equivalente al fraude de acreedores, teniendo la modificación legal operada carácter interpretativo, como analizamos extensamente en nuestra sentencia de 5 abril 2013.

Los argumentos expuestos nos permiten rechazar ya la concurrencia del requisito de la apariencia de buen derecho, lo que determina la estimación de las oposiciones formuladas por los demandados y el alzamiento de las medidas cautelares acordadas en el auto de fecha 18 octubre 2012, sin necesidad ya de examinar el resto de objeciones planteadas por los opositores que cuestionaban también otros requisitos y presupuestos necesarios para adoptar la medida cautelar. Rechazada la apariencia de buen derecho, la concurrencia o no de los demás requisitos es intrascendente en tanto que la ausencia de *fumus boni iuris* justifica por sí misma el acogimiento de las oposiciones y el alzamiento de las medidas inicialmente adoptadas.

[NATIXIS S.A. SUCURSAL EN ESPAÑA Y OTROS / ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ALTECO GESTIÓN
Y PROMOCIÓN DE MARCAS S.L.]

DEMANDA DE COBRO POR SERVICIO DE TRANSPORTES EJERCITADA POR EL SÍNDICO DE UNA EMPRESA EN LIQUIDACIÓN

2014–2015/69.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 4 septiembre 2014. Asunto C–157/13. Ponente: Sra. M. Berger.

Demanda formulada por el síndico.– Derecho de crédito derivado de un transporte internacional de mercancías.– No aplicación del Reglamento (CE) n° 1346/2000.– Aplicación del Reglamento (CE) n° 44/2001.– Primacía del Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) n° 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; arts. 1.2° y 71 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); arts. 1.1° y 31.1° Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, hecho en Ginebra el 19 mayo 1956, en su versión modificada por el Protocolo hecho en Ginebra el 5 julio 1978.

[...]

27. De lo anterior se deduce que el criterio decisivo en que el Tribunal de Justicia se basa para determinar el ámbito al que corresponde una demanda no es el contexto procesal en el que ésta se inscribe, sino el fundamento jurídico de la propia demanda. Según este enfoque, procede dilucidar si la fuente del derecho o de la obligación que sirve de base a la demanda son las normas generales del Derecho civil y mercantil o normas especiales, propias de los procedimientos de insolvencia.

28. En el litigio principal, consta que la demanda en cuestión es una acción para el cobro de la deuda derivada de una prestación de servicios en cumplimiento de un contrato de transporte. Tal acción habría podido ejercitarla el propio acreedor antes de haber quedado privado de la correspondiente facultad como consecuencia de haberse incoado contra él un procedimiento de insolvencia, y, en tal supuesto, la demanda se habría regido por las normas para determinar la competencia judicial aplicables en materia civil o mercantil.

29. El hecho de que, con posterioridad a la incoación del procedimiento de insolvencia contra el prestador de servicios, la acción para el cobro de la deuda fuera ejercitada por el síndico designado en el marco de dicho procedimiento y de que éste actuara en interés de los acreedores no modifica de

manera sustancial la naturaleza del derecho de crédito invocado, que sigue estando sujeto, en cuanto al fondo, a normas jurídicas que permanecen invariables.

30. Así pues, procede declarar que la demanda sobre la que versa el litigio principal carece de conexión directa con el procedimiento de insolvencia incoado contra la sociedad demandante.

31. Por consiguiente, y sin que resulte necesario dilucidar si la demanda en cuestión está relacionada estrechamente con el procedimiento de insolvencia, procede considerar que la misma no está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 3, ap. 1 Reglamento nº 1346/2000 y, paralelamente, que no puede encuadrarse en la quiebra, en el sentido de la letra b) del art. 1, ap. 2, del Reglamento nº 44/2001.

32. Procede, pues, responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se incluye en el concepto de “materia civil y mercantil”, a efectos de dicha disposición, una demanda que tiene por objeto el cobro de la deuda derivada de una prestación de servicios de transporte y que ha sido formulada por el síndico de una empresa en liquidación, designado en el marco de un procedimiento de insolvencia incoado en un Estado miembro contra el beneficiario de los servicios de transporte, establecido en otro Estado miembro. [...]

39. En cuanto a las normas que son objeto de la tercera cuestión prejudicial, a saber, las reglas para determinar la competencia judicial previstas en el art. 31, ap. 1, del Convenio CMR, de dicha disposición resulta, en particular, que se confiere al demandante la posibilidad de escoger entre los tribunales del país en el que el demandado tenga su residencia habitual, los del país en el que el transportista se hace cargo de la mercancía y los del país designado para la entrega de la misma.

40. La opción que de este modo se atribuye al demandante corresponde en lo sustancial a la prevista en el Reglamento nº 44/2001. En efecto, en materia contractual, el demandante podrá elegir, en virtud de los arts. 2, ap. 1, y 5, nº 1, de dicho Reglamento, entre los tribunales del Estado miembro en el que el demandado tenga su domicilio y los tribunales del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda. En lo que atañe al contrato de transporte, que está incluido en la categoría de los contratos de prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Rehder, C-204/08, aps. 29 y 30), dicho lugar es, conforme al art. 5, nº 1, letra b), segundo guión, del propio Reglamento nº 44/2001, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios.

41. Es verdad que el art. 5, nº 1, letra b), segundo guión, del Reglamento nº 44/2001, cuyo texto contempla un único lugar de cumplimiento, atribuye al demandante una opción más limitada que el art. 31, ap. 1, Convenio CMR, que le permite elegir entre el lugar en que el transportista se hace cargo de la mercancía y el lugar en que ésta es entregada. No obstante, esta circunstancia no es idónea para poner en tela de juicio la compatibilidad del art. 31, ap. 1, Convenio CMR con los principios que inspiran la cooperación judicial en materia civil y mercantil en el seno de la Unión. En efecto, en materia de contratos de transporte el Tribunal de Justicia ha admitido que, en determinados supuestos, el demandante pueda optar entre los tribunales del lugar donde se inicie el transporte y los tribunales del lugar donde éste finalice. A este respecto, el Tribunal de Justicia puso de relieve que esta posibilidad de elegir reconocida al demandante, además de respetar el criterio de proximidad, cumple también la exigencia de previsibilidad, ya que permite tanto al demandante como al demandado identificar fácilmente los juzgados y tribunales a los que pueden recurrir. Además, es conforme con el objetivo de seguridad jurídica, dado que la posibilidad de elección del demandante se limita a dos órganos jurisdiccionales, en virtud del art. 5, nº 1, letra b), segundo guión, del Reglamento nº 44/2001 (sentencia Rehder, ap. 45).

42. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el art. 71 Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un litigio esté comprendido tanto en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento como en el ámbito de aplicación del Convenio CMR, un Estado miembro podrá aplicar, de conformidad con el art. 71, ap. 1, del mismo Reglamento, las normas en materia de competencia judicial previstas en el art. 31, ap. 1, Convenio CMR.

Obs.: *REDI* 2015–5–Pr y nota de J. M. Fontanellas Morell.

OPORTUNIDAD DE APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO SECUNDARIO DE INSOLVENCIA

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

1. El Tribunal comercial de *Roubaix–Tourcoing* en Francia declara la quiebra de todas las sociedades del grupo *Illochroma*, incluida una filial con domicilio social en Bruselas. Sin embargo, una acreedora, la sociedad *Burgo Group*, solicita la apertura de un procedimiento secundario en Bélgica, pues constata la presencia en territorio belga de dos establecimientos comerciales, un inmueble y personal laboral. A este procedimiento se llevarían los bienes localizados en el Estado de apertura (masa activa *territorial*), sin perjuicio de que puede concurrir cualquier acreedor (masa pasiva *universal*). En estas circunstancias, la Sentencia analiza la competencia judicial internacional y oportunidad para abrir un concurso secundario, así como el derecho a instar su apertura, de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

2. En relación con la competencia judicial, el Tribunal interpreta literalmente el ap. h) del art. 2 del Reglamento europeo de insolvencia para concluir que, si en el Estado del domicilio social del deudor existe un establecimiento permanente donde el deudor mantiene una organización de recursos humanos y materiales, es posible la apertura de un concurso secundario. Corroborar su interpretación desde una perspectiva teleológica, tras verificar que la atribución de competencia internacional implica la aplicación de la ley del foro (*lex fori concursus*). Con ello se logra proteger los intereses de los acreedores locales que han contratado a través de un establecimiento del deudor, siendo este un objetivo de la norma “esencial”. Además de la literalidad y finalidad del precepto, el Tribunal repara en la necesidad de evitar discriminaciones entre acreedores: si los acreedores que contratan con el deudor a través de sucursales pueden prever la aplicación de la ley de situación de la sucursal y eludir la aplicación de una ley extranjera, los acreedores que lo hacen a través del establecimiento que se encuentra en el Estado del domicilio social también deben evitar dicha aplicación de una ley extranjera. La literalidad, la finalidad y la lógica de la norma se ven refrendadas por lo que parece ser la voluntad del legislador. El considerando 18 deja clara la posibilidad de abrir, sin mayores restricciones, un procedimiento secundario, una vez incoado un procedimiento principal, como ocurre en el caso (ap. 30 de la Sentencia).

La correcta argumentación del Tribunal a este respecto no obsta destacar el error de atribuir personalidad jurídica al “establecimiento” localizado en el foro (ap. 32 de la Sentencia), en lugar de a la sociedad en sí misma considerada. Tampoco, a poner de manifiesto algunas inconsistencias del Reglamento. Así, el centro de intereses principales, el domicilio social y el establecimiento principal son conexiones que se articulan en pie de igualdad. Cuando el legislador opta por una de ellas, en este caso, por el centro de los intereses principales, parece descartar las otras conexiones como foros de competencia judicial internacional, con vistas a conseguir una adecuada administración de la insolvencia. Lo más lógico sería, pues, restringir los procedimientos secundarios a sucursales. No en vano, la mejor administración procesal de la insolvencia parece responder a la siguiente lógica: a una conexión principal, le corresponde un procedimiento principal; a un establecimiento secundario, le corresponde un procedimiento secundario.

3. Respecto de la legitimación para abrir un concurso secundario, la Sentencia no considera posible restringir el derecho a solicitar la incoación de un concurso a los acreedores locales, ya que conlleva una discriminación indirecta, afirmación que es acertada aunque exagerada. Es verdad que, como apunta el

* Profesor titular de DIPr. Universidad de Oviedo.

Tribunal, la mayoría de acreedores residentes en un Estado miembro probablemente serán nacionales de dicho Estado; de forma tácita, pues, se verían favorecidos por el derecho a solicitar un concurso secundario respecto de los acreedores extranjeros. No obstante, puede discutirse si existe un efecto discriminatorio absoluto, máxime cuando esta legitimación restringida está expresamente prevista en otras situaciones (*vid.* art. 3.4º del Reglamento europeo de insolvencia sobre el concurso territorial independiente). Además, dicha legitimación perfectamente podría referirse a acreedores cuyos créditos se vinculan a la explotación que se halla en el Estado del foro. Se trata de un vínculo económico entre acreedor y deudor, que no afecta ni directa ni indirectamente a la nacionalidad del acreedor. Pero lo menos convincente de la argumentación del Tribunal es el hecho de que una legitimación restrictiva sería contraria al efecto útil del Reglamento por no atender a la “diversidad de intereses”, concepto vago que en ningún pasaje el Tribunal concreta. En efecto, como ya se ha señalado, los objetivos de los concursos secundarios se han centrado normalmente en dos: la mejor administración de la insolvencia de una empresa de actividad internacional y la protección de los intereses locales. Y una legitimación restrictiva como la analizada no afectaría a ninguno de estos objetivos. Por un lado, la administración de la insolvencia se vería asegurada por el hecho de que el síndico en el procedimiento principal seguiría estando legitimado por el Derecho de la UE para solicitar la apertura de un concurso secundario. Por otro lado, la protección de los intereses locales quedaba garantizada precisamente porque la ley nacional atribuía legitimación a tales acreedores. Aplicado al caso, podría decirse que la motivación que lleva a un acreedor italiano a solicitar un concurso secundario en Bélgica no es ni mucho menos la mejor administración de la insolvencia ni la protección de los intereses de los acreedores belgas. Al contrario, pretende paliar su falta de diligencia por comunicación extemporánea del crédito en el procedimiento principal.

4. La última cuestión analizada en la Sentencia se refiere a si cabe tener en cuenta razones de oportunidad para declarar la apertura de un concurso secundario. El Reglamento europeo de insolvencia guarda silencio sobre este respecto, de lo que el Tribunal deduce su sometimiento a la ley del foro, siempre y cuando se respeten las disposiciones y los principios generales del Derecho de la UE y del Reglamento europeo de insolvencia.

La remisión a la ley nacional se fundamenta en que el Reglamento europeo ni impone ni prohíbe criterios de oportunidad (ap. 63 de la Sentencia); simplemente remite a la legislación del Estado de apertura y a sus condicionantes, de conformidad con el art. 28. Sea como fuere, a mi juicio, la ley nacional no debería establecer criterios de oportunidad específicos para los concursos secundarios y distintos a los de cualquier otro procedimiento de insolvencia, porque, en tal caso, se estaría alterando la aplicación e interpretación uniforme del Reglamento europeo de insolvencia. Aparte de este matiz, lo que está claro es que la remisión a la ley nacional debe respetar el Derecho de la UE, abarcando desde las disposiciones del Reglamento europeo de insolvencia hasta los principios generales de la UE. El respeto a las normas legales no plantea excesivos problemas. Como ejemplo más destacado, podría señalarse que es contrario a las disposiciones del Reglamento europeo valorar la oportunidad del concurso secundario en función de que concurra o no el presupuesto de insolvencia previsto por la *lex concursus*. Dado que el Reglamento expresamente impide el examen del estado de insolvencia en un concurso secundario (art. 27), esta prohibición no puede eludirse tácitamente a través de criterios de oportunidad del concurso.

Más problemas plantean, por su vaguedad, los límites a los principios del Derecho de la UE, de los que el Tribunal destaca tres. En primer lugar, los criterios de oportunidad no pueden ocasionar una discriminación directa o indirecta entre acreedores. En segundo lugar, el Tribunal destaca que la oportunidad debe valorarse en función de los objetivos del Reglamento europeo de insolvencia. La vaguedad del Tribunal hace de difícil conciliación dos de las afirmaciones centrales de la Sentencia: la protección de los acreedores locales y el límite de la no discriminación entre acreedores. Imagínese, por ejemplo, que un tribunal valora la oportunidad del concurso secundario en función de si los acreedores locales ya han visto satisfechos sus créditos. Siguiendo el ap. 64 de la Sentencia, podría entenderse que se trata de una discriminación contraria al Derecho de la UE, que no está prevista expresamente por disposición alguna del Reglamento europeo. Sin embargo, de conformidad con el ap. 65, podría interpretarse que con ello se atiende al objetivo de protección de los intereses locales. Como tercer y último límite a la

valoración de la oportunidad del concurso secundario, el Tribunal se refiere al principio de cooperación leal (ap. 66 de la Sentencia). Este principio había sido articulado para limitar el desarrollo de los procedimientos secundarios de liquidación de establecimientos cuando obstaculizasen el saneamiento de la empresa en un concurso principal (STJ 2 noviembre 2012, as. C-116/11: *Bank Handlowy w Warszawie sa, c. Ryszard Adamiak y Christianapol sp. z o*). El problema es que, en el caso objeto de la presente Sentencia, el procedimiento principal también es de liquidación y, además, lo que se cuestiona no es el desarrollo del concurso secundario sino su eventual apertura. No se entiende, pues, por qué el Tribunal se conforma con una alusión genérica y no proyectada en el caso concreto.

5. En términos generales, podría decirse que el sentido del fallo judicial es acertado, sin perjuicio de que, en ocasiones, la fundamentación no sea la más adecuada. La Sentencia tiende puentes entre el texto actual y el nuevo texto refundido aprobado por el Reglamento (UE) 2015/848, aplicable a concursos abiertos después del 26 junio 2017. También en este texto parece posible abrir un concurso secundario en el Estado donde se encuentre el domicilio social del deudor (art. 48.2) e imposible restringir la legitimación activa a los acreedores locales (art. 37). No obstante, los criterios de oportunidad de apertura de un concurso secundario son objeto de una regulación más detallada en el nuevo texto que resta relevancia a lo dispuesto por la ley nacional. Tal sería la posibilidad de abrir un concurso secundario distinto el solicitado (art. 38.4º) o incluso la posibilidad de no abrirlo, si el administrador concursal contrae un compromiso unilateral de pago (art. 36).

2014-2015/70.- Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 4 septiembre 2014. Asunto C-327/13. Ponente: Sra. M. Berger.

Apertura de procedimiento secundario.- Criterios de oportunidad según la ley nacional del Estado de apertura.- Respeto al Derecho de la UE y a los principios generales.

Normas aplicadas: arts. 2.h), 3, 16, 27, 28 y 29 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia

[...]

Sobre la primera cuestión prejudicial

30. Además, procede recordar que, en virtud del decimoctavo considerando del Reglamento, éste no restringe el derecho a solicitar, en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento, la apertura de procedimientos de insolvencia una vez incoado el procedimiento principal. Además, el art. 3, ap. 2, del Reglamento dispone que, en tal caso, los tribunales de otro Estado miembro sólo serán competentes para abrir un procedimiento secundario si el deudor posee un establecimiento en el territorio de este último Estado.

31. En este contexto, en lo que atañe al concepto de “establecimiento”, éste se define en el art. 2, letra h), del Reglamento como “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes”. Pues bien, tal y como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, el hecho de que esta definición vincule el ejercicio de una actividad económica con la presencia de medios humanos demuestra que son necesarios un mínimo de organización y cierta estabilidad, y de ello se desprende, a contrario, que la sola presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias no responde, en principio, a las exigencias requeridas para la calificación de “establecimiento” (sentencia Interedil, C-396/09, ap. 62).

32. Sin embargo, es pacífico que la definición que figura en el art. 2, letra h), del Reglamento, no contiene ninguna referencia al lugar del domicilio social de una sociedad deudora o a la forma jurídica que reviste el lugar de operaciones de que se trate. Por lo tanto, habida cuenta de su tenor literal, dicha definición no excluye, a los efectos de esta disposición, que un establecimiento pueda estar dotado de

personalidad jurídica y hallarse en el Estado miembro en el que la sociedad tenga dicho domicilio, siempre que cumpla los criterios establecidos en la referida disposición.

33. Tal interpretación queda corroborada igualmente por los objetivos relacionados con la posibilidad de solicitar la apertura de un procedimiento secundario, prevista, en particular, en el art. 29, letra b), del Reglamento.

34. En efecto, el undécimo considerando del Reglamento establece que, “para una amplia serie muy diferenciada de casos de Derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad”, que “la aplicación sin excepciones del Derecho del Estado en que se incoa el procedimiento llevaría con frecuencia, dada esta circunstancia, a situaciones difíciles” y que, por último, el Reglamento debería tenerlo en cuenta, en particular, autorizando “procedimientos nacionales que abarquen exclusivamente los bienes situados en el país en el que se incoa el procedimiento”. Además, el duodécimo considerando del Reglamento precisa que la apertura de procedimientos secundarios se permite, en particular, “con objeto de proteger la diversidad de intereses”, y el decimonoveno considerando añade que, además de la protección de intereses locales, los procedimientos secundarios pueden perseguir “distintos objetivos”.

35. Por este motivo, si el concepto de “establecimiento” se interpretase en el sentido de que no puede englobar el lugar de operaciones de una sociedad deudora, lugar que cumple los criterios establecidos expresamente en el art. 2, letra h), del Reglamento y se encuentra en el territorio del Estado miembro en el que se halla el domicilio social de esta sociedad, se denegaría a los “intereses locales”, y entre ellos, en particular, a los intereses de los acreedores establecidos en ese Estado miembro, la protección prevista por el Reglamento con la apertura de un procedimiento secundario en el referido Estado miembro.

36. A este respecto, ha de precisarse, por un lado, que si bien es cierto que la protección de los acreedores locales no es el único objetivo perseguido por la posibilidad de abrir un procedimiento secundario, no lo es menos que una interpretación como la propuesta en el apartado anterior sería claramente contraria a este objetivo esencial del Reglamento, tanto más cuanto que, por regla general, parece probable que los intereses “locales” merecedores de la protección que confieren las disposiciones del Reglamento se materialicen precisamente en el Estado miembro en el que se halle el domicilio social de la sociedad deudora de que se trate, y ello, incluso en el supuesto de que el centro de los intereses principales de la referida sociedad se halle en otro Estado miembro.

37. En efecto, tales intereses pueden consistir, en particular, en la confianza legítima de un acreedor en poder solicitar la ejecución de un derecho real sobre los bienes del deudor que formen parte del establecimiento en cuestión, o en beneficiarse de la aplicación de otros derechos preferentes, con arreglo a las normas en vigor en el Estado miembro en el que se halle dicho establecimiento, puesto que dichas normas eran previsibles para el acreedor en el momento en que entabló una relación comercial con el deudor.

38. Por otro lado, una interpretación como la mencionada en el ap. 35 de la presente sentencia podría generar un trato discriminatorio de los acreedores establecidos en el Estado miembro en el que la sociedad deudora tiene su domicilio social respecto de, en particular, aquellos establecidos en otros Estados miembros en lo que se hallen, en su caso, otros establecimientos del deudor.

39. En estas circunstancias, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 3, ap. 2, del Reglamento, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de la liquidación de una sociedad en un Estado miembro distinto de aquel en el que tiene su domicilio social, dicha sociedad puede ser también objeto de un procedimiento secundario en el otro Estado miembro en el que tenga su sede social o esté dotada de personalidad jurídica. [...]

47. Pues bien, por un lado, tal y como resulta del ap. 34 de la presente sentencia, las disposiciones del Reglamento relativas al derecho de un acreedor a solicitar la apertura de un procedimiento secundario tienen como finalidad, precisamente, paliar los efectos de la aplicación universal del Derecho del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento principal, autorizando la apertura de

procedimientos secundarios siempre que se cumplan determinados requisitos con el fin de proteger “la diversidad de intereses”, lo que incluye intereses distintos de los “intereses locales”.

48. Por otro lado, tanto de los considerandos decimoséptimo y decimoctavo como del art. 3, aps. 2 y 4, del Reglamento se desprende que éste diferencia claramente entre los procedimientos territoriales iniciados antes de la apertura de un procedimiento principal y los procedimientos secundarios. Pues bien, tan sólo respecto de los primeros procedimientos se restringe la concesión del derecho a solicitar su apertura a los acreedores cuyo domicilio, residencia habitual o domicilio social se hallen en el Estado en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión, o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento (véase, en este sentido, la sentencia Zaza Retail, C-112/10, ap. 30). De ello se desprende, a contrario, que estas limitaciones no se aplican a los procedimientos secundarios.

49. Por último, en lo que atañe más concretamente a la posibilidad de limitar el derecho de solicitar la apertura de un procedimiento secundario a los acreedores locales, procede señalar que tal limitación supondría una distinción basada en criterios que implican el riesgo de producir efectos principalmente en perjuicio de los nacionales de otros Estados miembros, en la medida en que los no residentes son con mayor frecuencia no nacionales. Pues bien, tal distinción constituiría una discriminación indirecta basada en la nacionalidad, que, conforme a reiterada jurisprudencia, está prohibida en principio (véase, en particular, la sentencia Comisión / Italia, C-388/01, ap. 14 y jurisprudencia citada).

50. Pues bien, aunque el Reglamento menciona en su decimoséptimo considerando una justificación expresa para el trato preferente previsto en el art. 3, ap. 4, letra b), del Reglamento para los acreedores domiciliados o cuyo domicilio social se encuentre en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento en cuestión y para los acreedores cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento en lo que respecta a la apertura de un procedimiento territorial antes de la apertura de un procedimiento principal, justificación que se deriva de la voluntad de limitar a lo estrictamente indispensable la apertura de procedimientos territoriales independientes antes del procedimiento principal, tal justificación no se menciona, ni puede tomarse en consideración, respecto de los procedimientos secundarios sobre la base de las disposiciones del Reglamento.

51. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 29, letra b), del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que la cuestión de qué persona o autoridad está facultada para solicitar la apertura de un procedimiento secundario debe apreciarse conforme al Derecho nacional del Estado miembro en cuyo territorio se solicite la apertura de dicho procedimiento. No obstante, el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento secundario no puede limitarse únicamente a los acreedores que tengan su residencia o domicilio social en el Estado miembro en cuyo territorio se encuentre el establecimiento en cuestión, o a los acreedores cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento. [...]

62. Además, si bien es cierto que el Reglamento contiene en su capítulo III, titulado “Procedimientos secundarios de insolvencia”, una serie de disposiciones relativas, en particular, a la cooperación entre los síndicos designados respectivamente en el procedimiento principal y en el o los procedimientos secundarios pendientes, no contiene la más mínima indicación respecto de los posibles criterios de “oportunidad” que el órgano jurisdiccional ante quien se haya solicitado la apertura de un procedimiento deba tener en cuenta.

63. De ello se desprende que, en principio, puesto que el Reglamento no contiene ninguna disposición que imponga o prohíba, en determinadas circunstancias, la apertura de un procedimiento secundario al órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la solicitud, la cuestión de si dicho órgano jurisdiccional goza de una facultad de apreciación a este respecto que le permita, en particular, tener en cuenta criterios de oportunidad, ha de resolverse conforme al Derecho nacional del Estado miembro en cuyo territorio se haya solicitado la apertura de dicho procedimiento.

64. No obstante, procede recordar en este contexto, en primer término, que cuando los Estados miembros establecen los requisitos para la apertura de un procedimiento secundario deben respetar el

Derecho de la Unión, y, en particular, los principios generales de éste y las disposiciones del Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia Deutsche Lufthansa, C-109/09, ap. 37 y la jurisprudencia citada). Por lo tanto, los Estados miembros no pueden establecer requisitos para la apertura de un procedimiento secundario que creen una diferencia entre los acreedores que solicitan la apertura de dicho procedimiento en función de su residencia o de su domicilio social, lo que vulneraría el principio de no discriminación.

65. En segundo término, el juez ante quien se ha solicitado la apertura de un procedimiento secundario debe tener en cuenta, al aplicar su Derecho nacional, los objetivos que se persiguen con la posibilidad de abrir dicho procedimiento, tal y como se recuerdan en el ap. 34 de la presente sentencia.

66. En tercer término, procede señalar que, tras la apertura de un procedimiento secundario, el órgano jurisdiccional que ha abierto dicho procedimiento debe tomar en consideración los objetivos del procedimiento principal y tener en cuenta el sistema del Reglamento, con observancia del principio de cooperación leal (sentencia Bank Handlowy y Adamiak, ap. 63).

67. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, siendo el procedimiento principal un procedimiento de liquidación, la toma en consideración de criterios de oportunidad por el órgano jurisdiccional ante quien se ha solicitado la apertura de un procedimiento secundario se rige por el Derecho nacional del Estado miembro en cuyo territorio se haya solicitado la apertura de dicho procedimiento. No obstante, cuando los Estados miembros establecen los requisitos para la apertura de tal procedimiento deben respetar el Derecho de la Unión, y, en particular, los principios generales de éste y las disposiciones del Reglamento.

[BURGO GROUP SPA / ILLOCHROMA SA, EN LIQUIDACIÓN]

INCOMPETENCIA DEL TJUE PARA PRONUNCIARSE SOBRE EL PAGO CON CARGO A LA MASA CONCURSAL DE UN CRÉDITO IMPUGNADO

2014-2015/71.- Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Auto de 9 septiembre 2014. Asunto C-488/13. Ponente: Sr. T. von Danwitz.

Reglamento (CE) nº 1896/2006.- Concepto de “créditos pecuniarios no impugnados”.- Procedimiento de insolvencia.- Título extrajudicial relativo a un crédito impugnado.- Pago con cargo a la masa de la quiebra.- Situación no comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1896/2006.- Incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia.

Normas aplicadas: arts. 1, 2, 3, 21 y 26 Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo

[...]

27. No obstante, en una situación, como la que es objeto del litigio principal, en la que los hechos están fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión cuya interpretación se solicita, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial siempre que el Derecho nacional se remita al contenido de dichas disposiciones del Derecho de la Unión para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna del Estado miembro de que se trate (véanse, en particular, las sentencias Poseidon Chartering, C-3/04, ap. 15; ETI y otros, C-280/06, aps. 22 y 26; Salahadin Abdulla y otros, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08, ap. 48; Cicala, C-482/10, ap. 17; Nolan, C-583/10, ap. 45, así como Romeo, C-313/12, ap. 21).

28. En efecto, existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión reciban una

interpretación uniforme, cuando, para resolver una situación que no está comprendida en el ámbito de aplicación del acto de la Unión de que se trata, una normativa nacional se atiene a las soluciones aplicadas por dicho acto, con el fin de garantizar un tratamiento idéntico de las situaciones internas y de las que se rigen por el Derecho de la Unión, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho de la Unión (véanse, en particular, las sentencias Salahadin Abdulla y otros, ap. 48; SC Volksbank România, C-602/10, aps. 87 y 88; Nolan, ap. 46; Allianz Hungária Biztosító y otros, C-32/11, aps. 20 y 21, así como Romeo, ap. 22).

29. Así ocurre cuando el Derecho nacional ha declarado las disposiciones del Derecho de la Unión de que se trata directa e incondicionalmente aplicables a tales situaciones (sentencias Cicala, ap. 19; Nolan, ap. 47, y Romeo, ap. 23). En cambio, no es así cuando las disposiciones del Derecho nacional permitan al juez nacional apartarse de las normas del Derecho de la Unión, tal como las ha interpretado el Tribunal de Justicia (véanse, en este sentido, las sentencias Kleinwort Benson, C-346/93, aps. 16 y 18, así como Romeo, ap. 33 y jurisprudencia citada).

30. En el presente caso, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia al art. 46, ap. 2, de la ZNA, en relación con el art. 5, ap. 4, de la Constitución y expone las razones por las que considera que una interpretación de las disposiciones del Reglamento n° 1896/2006 en una situación, como la que es objeto del litigio principal, que no está incluida en el ámbito de aplicación de este Reglamento es necesaria para la resolución del litigio del que conoce. Ahora bien, la exposición de estas razones no permite al Tribunal de Justicia concluir que sea competente para responder a la petición de decisión prejudicial.

31. El art. 5, ap. 4, de la Constitución dispone que “los tratados internacionales ratificados con arreglo a la Constitución, que hayan sido publicados y que hayan entrado en vigor respecto a la República de Bulgaria formarán parte del ordenamiento jurídico interno[, y que] gozarán de primacía sobre cualesquiera disposiciones de la legislación interna que se hallen en contradicción con los mismos”. Esta norma no se remite, por tanto, a las disposiciones del Reglamento n° 1896/2006, a que se refieren las cuestiones prejudiciales, sino que establece únicamente, conforme a su tenor, una regla relativa a la jerarquía existente entre el Derecho internacional y el Derecho nacional.

32. En cuanto al art. 46, ap. 2, de la ZNA, ésta se remite de manera general a los “principios generales del Derecho búlgaro” y no específicamente a las disposiciones del Reglamento n° 1896/2006, que se mencionan en las citadas cuestiones. Aun cuando el órgano jurisdiccional remitente aduce que esta disposición de la ZNA, en relación con el art. 5, ap. 4, de la Constitución, se refiere también al Derecho de la Unión, no afirma en modo alguno que dichas disposiciones del Derecho búlgaro remitan efectivamente a las disposiciones de este Reglamento a fin de resolver situaciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de éste para garantizar un tratamiento idéntico de las situaciones internas y de las que se rigen por el Derecho de la Unión.

33. Por lo que respecta a la sentencia del Konstitutsionen sad, mencionada en el ap. 17 del presente auto, y a la que se refiere, en este contexto, el órgano jurisdiccional remitente, de la resolución de remisión no resulta en modo alguno que la citada sentencia tenga relación con la cuestión de si las disposiciones de los arts. 5, ap. 4, de la Constitución y 46, ap. 2, de la ZNA contienen una remisión al Derecho de la Unión para garantizar tal tratamiento idéntico.

34. Pues bien, aunque esta última disposición, en relación con el art. 5, ap. 4, de la Constitución, remite de manera general a los principios generales del Derecho a fin de colmar un vacío legal, de la citada resolución no resulta que estas disposiciones del Derecho búlgaro hayan declarado aplicables las disposiciones del Reglamento n° 896/2006, como tales, de una manera directa e incondicional, en una situación que no entra en el ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Reglamento cuya interpretación se solicita. Parece más bien que las citadas disposiciones del Derecho búlgaro se limitan a permitir al juez que conoce del asunto utilizar los principios generales y las normas del Derecho nacional así como del Derecho de la Unión a fin de colmar, por vía jurisprudencial, y

según su propia apreciación de los criterios que se derivan de estas normas y principios, la laguna detectada.

35. *Por ello, no puede considerarse que las disposiciones del Reglamento nº 1896/2006 mencionadas en las cuestiones planteadas hayan sido, como tales, declaradas aplicables de manera directa e incondicional por el Derecho nacional a una situación como la que es objeto del litigio principal que no entra en el ámbito de aplicación de este Reglamento.*

36. *En consecuencia, procede señalar, sobre la base del art. 53, ap. 2, del Reglamento de Procedimiento, que el Tribunal de Justicia es manifiestamente incompetente para responder a las cuestiones planteadas por el Okrazhen sad.– Targovishte.*

[PARVA INVESTITSIONNA BANKA AD Y OTROS / EAR PROPARTI
DEVELOPMANT.– V NESASTOYATELNOST AD Y OTROS]

DERECHO A UNA PRESTACIÓN POR INSOLVENCIA DE TRABAJADOR DE TERCER ESTADO EN SITUACIÓN IRREGULAR

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

1. El Tribunal considera que es contraria al Derecho de la UE la normativa nacional neerlandesa, que priva de la prestación por insolvencia a los trabajadores extranjeros en situación irregular. En particular, dicha normativa no respeta lo dispuesto en la Directiva 80/987, de 20 octubre 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, modificada por la Directiva 2002/74 y codificada, en términos idénticos a los analizados por la Sentencia, mediante la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2008. En el caso enjuiciado, se trataba de un trabajador de nacionalidad turca que reclamó una prestación económica al Instituto neerlandés de Gestión de Seguros para los Trabajadores Asalariados, fundada en los créditos que tenía frente a su empleador insolvente. El Instituto neerlandés había desestimado la reclamación al amparo del art. 3.3 de la Ley neerlandesa sobre desempleo, que niega esta prestación a los nacionales de terceros Estados que no residan de forma legal en los Países Bajos.

Antes de entrar en el análisis de la Sentencia, conviene destacar que la situación irregular de un trabajador debería haber quedado claramente regulada por el legislador en alguna de las oportunidades en la que se ha modificado o codificado una Directiva, la 80/987, que tiene casi treinta y cinco años. Lejos de ello, finalmente le corresponde al Tribunal de Justicia ofrecer una respuesta jurídico-técnica nada sencilla. De hecho, en la Sentencia conviven argumentos convincentes, con otros que no lo son tanto.

2. Entre los argumentos más precisos, convence la fundamentación basada en que el carácter regular o irregular del extranjero no es una cuestión de “definición” del trabajador asalariado, lo que compete a los Estados miembros, sino una cuestión de “exclusión” de ciertos trabajadores asalariados, lo que ya ha de hacerse excepcionalmente bajo los estrictos criterios de la Directiva referidos a que exista una protección equivalente, que en este caso no concurre. Del mismo modo, y en contra de lo sostenido por el Gobierno neerlandés, la base competencial para la aprobación de este acto normativo de la UE debe extenderse a los nacionales de terceros Estados, tanto en situación regular como irregular. De acuerdo con lo apuntado por el Abogado General (aps. 44 a 49 de sus conclusiones), cabe destacar que, entre bases jurídicas que permiten adoptar medidas específicas para nacionales de terceros Estados [por ejemplo, la del art. 137.1.g) TCE] y bases jurídicas circunscritas a ciudadanos de la UE (por ejemplo, las relativas a la libre circulación de los trabajadores), aparece una tercera categoría de bases jurídicas que pueden aplicarse sin delimitar el ámbito personal, y conferir derechos no solo a ciudadanos de la UE,

* Profesor titular de DIPr. Universidad de Oviedo.

sino también a nacionales de terceros Estados, en situación regular o no. Es en esta tercera categoría en la que debe enmarcarse la competencia para adoptar disposiciones mínimas con el fin de mejorar las condiciones de vida y trabajo y, en el presente caso, la prestación por insolvencia del empleador.

Pero, sobre todo, el Tribunal justifica su fallo en la finalidad social de la Directiva 80/987. Ya estaba consolidada en la jurisprudencia, por ejemplo, para impedir que una normativa nacional exigiera al trabajador registrarse como demandante de empleo (STJUE 17 noviembre 2011, as. C-435/10: *J. C. van Ardenne*) o prohibiera acumular distintas prestaciones (STJCE 10 julio 1997, as. C-373/95: *F. Maso y G. Gazzetta*). La aportación de esta Sentencia es extender este criterio de interpretación no solo a cuestiones objetivas sobre los requisitos de la prestación, sino también *ratione personae* al ámbito de aplicación de la Directiva. Es cierto que esta interpretación conforme a la finalidad social del acto no afecta a la facultad de los Estados miembros de evitar abusos en su aplicación [art. 10.a)], como alegó el Gobierno neerlandés (ap. 81 de las conclusiones del Abogado General). Sin embargo, en el presente caso no existe ningún indicio de utilización abusiva del derecho por parte del trabajador; de hecho, se ha acreditado que el empleador cumplió con el pago de las cotizaciones correspondientes al trabajador en situación irregular [ap. 48 de la Sentencia y ap. 91 de las conclusiones del Abogado General; sobre estas cuestiones, *vid.*, en España, A. Montoya Melgar, “El empleo ilegal de inmigrantes”, *Revista de Derecho de la UE*, n.º. 17, 2009, pp. 17–32, esp. p. 22; J.I. García Ninet, “Derechos sociales de los extranjeros”, en *id.* (dir.), *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 185–210, esp. p. 157]. Las medidas anti-abusivas a las que se refiere la Directiva están más bien referidas a evitar que se generen artificialmente créditos salariales (STJUE 11 septiembre 2003, as. C-201/01: *M. Walcher*) o, incluso, que el trabajador actúe fraudulentamente presentando permisos de residencia falsos (ap. 90 de las conclusiones del Abogado General y art. 3.3º Directiva 2009/52), sin que dichas medidas puedan utilizarse para negar la protección a trabajadores con créditos que existen realmente y que tienen carácter salarial, como es el caso.

3. A pesar de lo expuesto, la fundamentación de la Sentencia a veces no es convincente. Ocurre así con el argumento basado en que la definición de las legislaciones nacionales de “trabajador asalariado” está sujeta a límites uniformes en la Directiva 80/987. Estos límites se refieren a modalidades contractuales (trabajo a tiempo parcial, de duración determinada o de carácter temporal), que poco tienen que ver con la regularidad o no de la residencia del trabajador. Además, estos límites uniformes parecen articularse como *numerus clausus* sin posibilidad de que el Tribunal de Justicia introduzca nuevas restricciones a la competencia de los Estados distintas a las previstas por el legislador. De hecho, el Tribunal ya señaló que los Estados eran libres para establecer un plazo de preclusión a la solicitud de la prestación, dado el silencio de la Directiva al respecto (STJCE 18 septiembre 2003, as. C-125/01: *P. Pflücke*).

También en ocasiones se echan en falta otros fundamentos que deberían haber tenido más protagonismo. Así, la expresión de la Directiva “créditos derivados de relacionales laborales” (y no solo de contratos de trabajo) muestra la intención de incluir prestaciones de servicios que *de facto* son contratos de trabajo, aunque falte algún requisito formal, como la autorización para trabajar. A partir de aquí, el Tribunal debería haber respaldado su fallo en la vulneración del principio de igualdad y no discriminación (actuales arts. 20 y 21 de la Carta de derechos fundamentales de la UE), que ha sido una constante en su interpretación de la Directiva 80/987 (STJ 12 diciembre 2002, as. C-442/00: *Rodríguez Caballero / FOGASA*; STJ 16 diciembre 2004, as. C-520/03: *Olaso Valero / FOGASA*; y STJ 21 febrero 2008, as. C-498/06, *Robledillo Núñez / FOGASA*). Es cierto, por un lado, que la propia CDFUE se refiere como titular de ciertos derechos sociales solo a los trabajadores en situación regular. Pero, por otro lado, el propio Tribunal ha considerado que la existencia de “situaciones comparables” debe hacerse a la luz de la finalidad del acto Derecho derivado y, en este caso, de la Directiva 80/987 (STJ 26 septiembre 2013, as. C-195/12: *IBV / CIE*). Y no cabe duda de que, de acuerdo con la finalidad social de la Directiva 80/987, y como ya se ha señalado, el Tribunal de Justicia considera que el trabajador en situación regular y el trabajador en situación irregular que ha generado créditos salariales son efectivamente comparables. En consecuencia, el principio de igualdad podría verse afectado incluso con una relevancia constitucional, tal y como defendía el Abogado General (aps. 60, 69, 70, 74 y 75 de sus conclusiones; en general,

en la doctrina, *vid.* J. López López, “Los principios del Derecho social comunitario en su proyección sobre el Derecho del trabajo y de la seguridad social”, en F. Salinas Molina (dir.), *Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros: aspectos sindicales, laborales y de seguridad social*, Madrid, CGPJ, 2001, pp. 17–52, esp. pp. 30–38; L. Asenjo Pinilla, “Trabajadores extranjeros no comunitarios: derechos laborales y sindicales”, *ibid.*, pp. 207–282, esp. pp. 233–236).

4. Valorados su fundamentación y fallo, conviene preguntarse por el impacto de la Sentencia tanto en el ordenamiento de la UE como en el sistema español. Respecto del primero, surgen dudas sobre si la entrada en vigor –posterior a los hechos– de las normas de transposición de la Directiva 2009/52, sobre empleo ilegal de trabajadores extranjeros, alterará la conclusión del Tribunal. No en vano, el considerando 14 de esta Directiva recalca expresamente que los Estados miembros no están obligados a cumplir con la obligación de remunerar al trabajador irregular “*en lugar del empleador*”. Probablemente en el ánimo del Tribunal esté hacer caso omiso a esta previsión, en la medida en que la Directiva 80/987 ofrece soluciones especiales para una prestación muy concreta, la derivada de la insolvencia del empleador, que pueden apartarse de los principios generales recogidos en la citada Directiva 2009/52.

Por lo que respecta al ordenamiento español, el impacto de la Sentencia puede considerarse relativo, pues ya existían precedentes en los que se reconocía el derecho del extranjero irregular a reclamar al Fondo de Garantía Salarial, si bien –y ello es llamativo– sin invocación alguna del Derecho de la UE (STSJ Cantabria 5 diciembre 2007, *ROJ*, STSJ CANT 1987/2007). Al contrario, se citaban disposiciones de Derecho nacional y, en particular, el art. 36 LOEx, que recuerda que la carencia de autorización de residencia y trabajo no invalida el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador. De hecho, cuando algún tribunal ha denegado la prestación por insolvencia al trabajador en situación irregular lo ha hecho por defectos formales de la documentación y no porque no tuviera derecho a dicha prestación (STSJ Cataluña 8 noviembre 2013, *ROJ*, STSJ CAT 112107/2013).

2014–2015/72.– Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia de 5 noviembre 2014. Asunto C–311/13. Ponente: Sr. T. von Danwitz.

Trabajador nacional de tercer Estado.– Situación irregular.– Ausencia de permiso de trabajo.– Créditos salariales impagados.– Derecho a una prestación por insolvencia del empresario.– Normativa nacional que niega el derecho a la prestación.– Contrariedad con el Derecho de la UE.

Normas aplicadas: Arts. 1, 2, 3 y 4 Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 octubre 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 septiembre 2002

[...]

45. Por lo tanto, sería contrario a la finalidad social de la Directiva 80/987, recordada en el ap. 42 de la presente sentencia, privar de la protección que esta Directiva establece en caso de insolvencia del empresario a personas a quienes la normativa nacional reconoce con carácter general la condición de trabajadores asalariados y que disponen, en virtud de esta normativa, de créditos salariales frente al empresario derivados de contratos o relaciones laborales previstos en los arts. 1, ap. 1, y 3, párrafo primero, de dicha Directiva.

46. De ello resulta que las disposiciones de la Directiva 80/987 se oponen a una normativa nacional relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, como la controvertida en el litigio principal, que excluye a un nacional de un país tercero del derecho a percibir una prestación por insolvencia en razón de la ilegalidad de su residencia, cuando este nacional de un tercer país, en virtud de las disposiciones del Derecho civil de este Estado miembro, tiene la consideración de “trabajador asalariado” con derecho a una remuneración.

47. No desvirtúa esta conclusión el hecho, señalado por el *Uwv* y el Gobierno neerlandés durante la vista ante el Tribunal de Justicia, de que los nacionales de países terceros en situación de residencia

irregular no tienen derecho a trabajar en los Países Bajos. En efecto, según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, confirmadas por el Uvw y por dicho Gobierno, los nacionales de países terceros en situación de residencia irregular que trabajan sin estar autorizados a ello tienen, con respecto al Derecho civil nacional, la consideración de “trabajadores asalariados” con derecho a una remuneración por el trabajo efectuado, a saber, un crédito cuya garantía es el objetivo de los arts. 1, ap. 1, y 3, párrafo primero, de la Directiva 80/987.

48. Es cierto que el art. 10, letra a), de la Directiva 80/987 permite a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos. Sin embargo, de la documentación aportada al Tribunal de Justicia, y, en particular, de las observaciones del Gobierno neerlandés, no se desprende que las circunstancias del litigio principal sean constitutivas de un abuso en el sentido de dicha disposición. Por otra parte, el Tribunal de Justicia señala a este respecto que el empresario del Sr. Tümer, Halfmoon Cosmetics, cumplió su obligación de pago de las cotizaciones con arreglo a la legislación nacional relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario durante el período considerado en el litigio principal.

49. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que las disposiciones de la Directiva 80/987 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, como la controvertida en el litigio principal, conforme a la cual un nacional de un país tercero que no reside legalmente en el Estado miembro de que se trate no tiene la consideración de trabajador asalariado con derecho a una prestación por insolvencia, en particular, con respecto a créditos salariales impagados en caso de insolvencia del empresario, a pesar de que este nacional de un país tercero, según las disposiciones del Derecho civil de este Estado miembro, tiene la condición de “trabajador asalariado” con derecho a una remuneración que puede ser objeto de una reclamación frente al empresario ante los tribunales nacionales.

[O. TÜMER / RAAD VAN BESTUUR VAN HET UITVOERINGSINSTITUUT
WERKNEMERSVERZEKERINGEN]

ACCIÓN CONTRA EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD CONCURSADA DOMICILIADO EN SUIZA

2014–2015/73.– Tribunal de Justicia, Sala Sexta, Sentencia de 4 diciembre 2014. Asunto C–295/13. Ponente: Sra. M. Berger.

Reglamento n° 1346/2000.– **Ámbito material.**– **Aplicación.**– **Acción contra el administrador de la sociedad concursada.**– **Irrelevancia del domicilio del demandado.**– **Inaplicación del Convenio de Lugano.**

Normas aplicadas: Art. 3 Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia; art. 1.2º.b) Convenio de Lugano de 30 octubre 2007 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Lugano II).

[...]

17. A este respecto precede recordar que, habida cuenta del efecto útil del Reglamento n° 1346/2000, el art. 3, ap. 1, de éste debe interpretarse en el sentido de que atribuye competencia internacional al Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia para conocer de las acciones que emanen directamente de este procedimiento y que guarden estrecha relación con él (sentencia Seagon, ap. 21).

18. Asimismo, ha de precisarse que en su jurisprudencia relativa a la apreciación de si un procedimiento se deriva directamente de un procedimiento de insolvencia y guarda inmediata relación con él, el Tribunal de Justicia ha tenido en cuenta, por un lado, el hecho de que los distintos tipos de demandas de los que hubo de conocer se habían presentado con ocasión de un procedimiento de insolvencia. Por otro lado, el Tribunal de Justicia se centró sobre todo en determinar en cada caso si la demanda en cuestión se fundamentaba en el Derecho que regula los procedimientos de insolvencia o en otras normas (véase, en este sentido, sentencia Nickel & Goeldner Spedition, C-157/13, ap. 26).

19. Así, en lo que respecta a la acción controvertida en el litigio principal, basada en el art. 64 de la GmbHG, procede declarar, en primer término, que ésta se ejercita con ocasión de un procedimiento de insolvencia.

20. En segundo término, en lo que concierne al hecho de que el tenor del art. 64 de la GmbHG permite, en principio, ejercitar una acción aun cuando no se haya incoado ningún procedimiento de insolvencia en relación con los bienes de la sociedad deudora afectada, procede declarar que este hecho por sí sólo no se opone a que dicha acción se califique de acción que se deriva directamente del procedimiento de insolvencia y que guarda inmediata relación con éste, siempre que dicha acción se haya ejercitado efectivamente en el marco de un procedimiento de insolvencia, como sucede en el litigio principal.

21. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para determinar el ámbito al que corresponde una acción, procede dilucidar si la fuente del derecho o de la obligación que sirve de base a la acción son las normas generales del Derecho civil y mercantil o normas especiales, propias de los procedimientos de insolvencia (sentencia Nickel & Goeldner Spedition, ap. 27).

22. No obstante, estas consideraciones no pueden interpretarse en el sentido de que no se deriva directamente de un procedimiento de insolvencia o no guarda inmediata relación con él una acción basada en una disposición cuya aplicación no requiere la apertura formal de un procedimiento de insolvencia, sino la insolvencia material del deudor, y por lo tanto, en una disposición que, a diferencia de las disposiciones controvertidas en el asunto que dio lugar a la sentencia Nickel & Goeldner Spedition, constituye una excepción a las normas generales de Derecho civil y mercantil.

23. Pues bien, en virtud del art. 64 de la GmbHG, el administrador de una sociedad deudora está obligado a devolver los pagos realizados por cuenta de dicha sociedad después de que se haya producido la insolvencia de la referida sociedad o se haya declarado su situación de endeudamiento. Por lo tanto, esta disposición es claramente una disposición especial respecto de las normas generales de Derecho civil y mercantil debido precisamente a la insolvencia de la sociedad deudora.

24. Una interpretación del art. 3, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000 en el sentido de que la acción basada en el art. 64 de la GmbHG, ejercitada en el marco de un procedimiento de insolvencia, no se halla entre las acciones que se derivan directamente de un procedimiento de insolvencia y guardan inmediata relación con él, crearía pues una distinción artificial entre esta última acción y acciones comparables, como las acciones revocatorias controvertidas en los asuntos que dieron lugar a las sentencias Seagon y F-Tex, por el mero hecho de que, teóricamente, la acción basada en el referido art. 64 también podría ejercitarse aunque no existiese un procedimiento de insolvencia. Pues bien, esta interpretación, que no halla fundamento alguno en las disposiciones pertinentes del Reglamento nº 1346/2000, no puede aceptarse.

25. No obstante, ha de precisarse que una acción basada en el art. 64 de la GmbHG y ejercitada fuera de un procedimiento de insolvencia puede entrar dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Lugano II o, en su caso, del Reglamento nº 44/2001. Sin embargo, éste no es el caso en el litigio principal.

26. En estas circunstancias, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y tercera que el art. 3, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya incoado un procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de una sociedad son competentes, en virtud de dicha disposición, para conocer de una acción, como la controvertida en el litigio principal, ejercitada por el administrador concursal de

la referida sociedad contra su administrador con el fin de obtener la devolución de los pagos realizados después de que se hubiera producido la insolvencia de la referida sociedad o se hubiese declarado la situación de endeudamiento de ésta. [...]

30. A este respecto, en primer término, del ap. 26 de la presente sentencia se desprende que la acción controvertida en el litigio principal, basada en el art. 64 de la GmbHG y ejercitada en el marco de un procedimiento de insolvencia, entra dentro del ámbito de aplicación del art. 3, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000.

31. En segundo término, procede recordar que en un asunto relativo, en particular, a la exclusión de “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos” del ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001, establecida en el art. 1, ap. 2, letra b), de dicho Reglamento en términos prácticamente idénticos a los del art. 1, ap. 2, letra b), del Convenio de Lugano II, el Tribunal de Justicia declaró que, esta exclusión, por un lado, y el ámbito de aplicación del Reglamento nº 1346/2000, por otro lado, deben interpretarse de tal manera que se evite todo solapamiento entre las normas jurídicas que ambos textos establecen. Por consiguiente, en la medida en que una acción entra dentro del ámbito de aplicación del art. 3, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000, no está comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento nº 44/2001 (véase, en este sentido, la sentencia Nickel & Goeldner Spedition, ap. 21 y la jurisprudencia citada).

32. Pues bien, habida cuenta, en particular, del tenor prácticamente idéntico de las disposiciones de que se trata, las consideraciones que se recuerdan en el anterior ap. pueden extrapolarse a la interpretación art. 1, ap. 2, letra b), del Convenio de Lugano II. En consecuencia, dado que la acción del litigio principal entra dentro del ámbito de aplicación del art. 3, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000, queda excluida del ámbito de aplicación del referido Convenio. En tales circunstancias, el hecho de que la Confederación Suiza sea parte del Convenio de Lugano II carece de pertinencia para la solución del litigio principal, puesto que dicho Convenio no resulta aplicable a este litigio.

33. En tercer término, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que el art. 3, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se incoa el procedimiento de insolvencia son competentes para conocer de una acción que se derive directamente de dicho procedimiento y que guarde inmediata relación con éste contra un demandado cuyo domicilio no se encuentre en el territorio de un Estado miembro (véase la sentencia Schmid, aps. 30 y 39 y la jurisprudencia citada).

34. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión que el art. 3, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya incoado un procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio de una sociedad son competentes para conocer de una acción, como la controvertida en el litigio principal, ejercitada por el administrador concursal de la referida sociedad contra su administrador con el fin de obtener la devolución de los pagos realizados después de que se hubiera producido la insolvencia de la referida sociedad o se hubiese declarado la situación de endeudamiento de ésta, cuando el referido administrador no tiene su domicilio en otro Estado miembro sino, como sucede en el litigio principal, en un Estado parte del Convenio de Lugano II. [...]

[H, ACTUANDO EN CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR CONCURSAL DE G.T. GMBH / Y H. K.]

Obs.: RED I, vol. 67, 2015–2 (en prensa) y nota de A. Espiniella Menéndez.

**LEY APLICABLE A LA ACCIÓN REVOCATORIA CONCURSAL DE UN PAGO
POSTERIOR A LA APERTURA DEL CONCURSO**

2014-2015/74.- Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 16 abril 2015. Asunto C-557/13. Ponente: Sra. M. Berger.

Pago realizado tras la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia.- Embargo efectuado anterior a la apertura del procedimiento.- Acción revocatoria contra un acto perjudicial para los intereses de los acreedores.- Ley aplicable.- Ley rectora del acto impugnado.- Plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad.- Requisitos de forma de la acción revocatoria.

Normas aplicadas: arts. 4 y 13 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia

[...]

35. Pues bien, interpretar el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 en el sentido de que también es aplicable a los actos que tienen lugar con posterioridad a la apertura de un procedimiento de insolvencia iría más allá de lo necesario para proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos a aquel en el que se inicia el procedimiento. En efecto, a partir del inicio de un procedimiento de insolvencia, los acreedores del deudor de que se trate tienen la posibilidad de prever los efectos de la aplicación de la *lex fori concursus* sobre las relaciones jurídicas que mantienen con ese deudor. Por tanto, como acertadamente señaló el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, no pueden pretender que se les conceda una protección reforzada.

36. En consecuencia, procede estimar que el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 no es aplicable, en principio, a los actos producidos después de la apertura de un procedimiento de insolvencia.

37. Pese a la conclusión que figura en el ap. precedente, es preciso señalar que el acto objeto de la acción revocatoria de que se trata en el litigio principal, es decir, el pago efectuado el 17 marzo 2009 en beneficio del Sr. Lutz, podría haberse producido sobre la base de un derecho real, concretamente un derecho de embargo en las cuentas bancarias de la sociedad deudora. Pues bien, dado que ese derecho de embargo se constituyó antes de la apertura del procedimiento de insolvencia contra la sociedad deudora, dicho acto podría gozar, según las disposiciones del Reglamento nº 1346/2000, de una protección especial.

38. En efecto, tal como recuerda el considerando 25 del Reglamento nº 1346/2000, el legislador quiso establecer para los derechos reales una referencia especial divergente de la *lex fori concursus*, puesto que tales derechos son de considerable importancia para la concesión de créditos. Según ese mismo considerando, el titular de un derecho real constituido antes de la apertura del procedimiento de insolvencia debería poder así seguir haciendo valer, posteriormente a dicha apertura, su derecho a la detracción y separación del objeto de garantía.

39. Con vistas a la consecución de ese objetivo, el art. 5, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000 dispone que la apertura de un procedimiento de insolvencia “no afectará” a los derechos reales comprendidos en el ámbito de aplicación de esta disposición. Es evidente que esta regla tiene por objeto, en particular, permitir al acreedor invocar de manera efectiva, aun después de la apertura del procedimiento de insolvencia, un derecho real constituido antes del inicio de dicho procedimiento.

40. Pues bien, para permitir a un acreedor invocar eficazmente su derecho real, es indispensable que ese acreedor pueda proceder, después de la apertura del procedimiento de insolvencia, a la realización de ese derecho, en principio con arreglo a la *lex causae*. El art. 5 del Reglamento nº 1346/2000 presenta de este modo la particularidad de que tiene por objeto proteger no sólo actos realizados antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, sino también y sobre todo actos producidos después de la apertura de dicho procedimiento. A este respecto, es preciso añadir que, si bien el art. 20, ap. 1, del

citado Reglamento dispone que un acreedor que, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, haya obtenido un pago total o parcial de su crédito sobre los bienes del deudor situados en el territorio de otro Estado miembro distinto del Estado de apertura, deberá restituir lo que haya obtenido al síndico, esa misma disposición precisa que el acreedor afectado únicamente está sujeto a la obligación de restitución "sin perjuicio", en particular, de lo dispuesto en el art. 5. De modo que tampoco el art. 20, ap. 1, de este Reglamento es pertinente en el asunto principal.

41. Por consiguiente, puesto que el art. 5 del Reglamento nº 134/2000 se refiere en particular a actos efectuados después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, las consideraciones que figuran en los aps. 33 a 36 de la presente sentencia, según los cuales el art. 13 del citado Reglamento no es en principio aplicable a los actos producidos después de la apertura de ese procedimiento de insolvencia, no son trasladables al supuesto de que un acreedor proceda a la realización de un derecho real comprendido en el ámbito del art. 5, ap. 1, de dicho Reglamento.

42. En consecuencia, si bien el art. 5, ap. 4, del Reglamento nº 1346/2000, en relación con el art. 4, ap. 2, letra m), de este Reglamento, autoriza el ejercicio de una acción de nulidad, anulación o inoponibilidad contra un acto que tenga por objeto la realización de un derecho real después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, tales disposiciones han de interpretarse, para garantizar el efecto útil del art. 5, ap. 1, de dicho Reglamento, en el sentido de que no excluyen que el acreedor pueda invocar el art. 13 del mismo Reglamento para sostener que el acto en cuestión está sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento y que en ese caso concreto dicha ley no permite en ningún caso que se impugne dicho acto.

43. En estas circunstancias, procede responder a la primera cuestión que el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a una situación en la que el abono, impugnado por un síndico, de un importe de dinero que había sido embargado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia se realizó con posterioridad a la apertura de dicho procedimiento. [...]

47. Por consiguiente, puesto que el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 no establece ninguna distinción entre las disposiciones de naturaleza material y las de naturaleza procesal y, puesto que no contiene, en particular, ningún criterio que permita identificar cuáles de esos plazos son de naturaleza procesal, la calificación de un plazo como procesal o material necesariamente habría de realizarse en función de la *lex causae*.

48. No obstante, como señaló en esencia la Comisión, si el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 debiera interpretarse en el sentido de que los plazos que la *lex causae* califica de plazos de naturaleza procesal están excluidos del ámbito de aplicación de este artículo, tal interpretación conduciría a una discriminación arbitraria en función de los modelos teóricos empleados por los Estados miembros. Además, y con independencia de la cuestión de si corresponde a la *lex fori concursus* o a la *lex causae* determinar si un plazo es de naturaleza procesal o material, dicha interpretación supondría un claro obstáculo para una aplicación uniforme del art. 13 del Reglamento nº 1346/2000.

49. En estas circunstancias, procede responder a la segunda cuestión que el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que la excepción que establece incluye también los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la *lex causae*. [...]

53. Pues bien, se desprende de las consideraciones expuestas en los aps. 45 a 48 de la presente sentencia, que son trasladables al examen de la tercera cuestión, que el art. 13 del Reglamento nº 1346/2000 no establece ninguna distinción entre las disposiciones de naturaleza material y las de naturaleza procesal.

54. Además, los requisitos de forma a los que están sujetas las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad de un acto pueden igualmente tener la finalidad de proteger intereses públicos, tales como el interés de garantizar una publicidad suficiente de esas acciones con objeto de proteger la confianza legítima no sólo de las personas contra las que se dirigen dichas acciones, sino también de los terceros adquirentes de los bienes a que se refieren las mencionadas acciones. Pues bien, según resulta del considerando 24 del Reglamento nº 1346/2000, las excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*, incluida la prevista en el art. 13 de este Reglamento, tienen precisamente el fin de proteger

las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos a aquel en el que se inicia el procedimiento de insolvencia.

55. Puesto que las disposiciones del Reglamento Roma I, tal como resulta del ap. 46 de la presente sentencia, no son aplicables al litigio principal, la calificación de una determinada norma como requisito de forma, así como la determinación de los objetivos perseguidos por dicha norma deberían depender de la *lex causae*. Ahora bien, interpretar el art. 13 del Reglamento n° 1346/2000 en el sentido de que las normas consideradas requisitos de forma por la *lex causae* han de quedar excluidas del ámbito de aplicación de dicho artículo llevaría también a una discriminación arbitraria en función de los modelos teóricos empleados por los Estados miembros y supondría un obstáculo para la aplicación uniforme de este artículo.

56. A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la tercera cuestión que los requisitos de forma para el ejercicio de una acción revocatoria se rigen, a efectos de la aplicación del art. 13 del Reglamento n° 1346/2000, por la *lex causae*.

[HERMANN LUTZ / ELKE BÄUERLE, EN CALIDAD DE SÍNDICO DE ECZ AUTOHANDEL GMBH]

Observaciones: 1. Como excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*, el art. 13 del Reglamento (CE) 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia deja al margen del alcance de la ley del Estado de apertura, un acto perjudicial para los acreedores cuando quien se ha beneficiado del acto prueba que se trata de un acto regido por la Ley de un Estado miembro distinto al de apertura y que además en ese caso concreto la Ley que rige ese acto no permite en ningún caso su impugnación. La sentencia Lutz precisa cómo debe llevarse a cabo la delimitación entre la ley que rige el acto en cuestión y la ley aplicable al concurso a los efectos del art. 13. El conflicto del que deriva el litigio principal da cuenta de la gran relevancia práctica que esta cuestión puede alcanzar, en particular en situaciones en las que el plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones de impugnación es diferente en la legislación del Estado miembro de apertura del procedimiento de insolvencia y en el ordenamiento del Estado miembro cuya ley rige el acto perjudicial que se pretende impugnar en el marco de dicho procedimiento.

En síntesis, el Tribunal concluye que es la ley que rige el acto perjudicial en cuestión (y no la ley del Estado de apertura del concurso) la que resulta aplicable para determinar a los efectos del art. 13 tanto los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad a los que está sujeto el acto impugnado, como los requisitos de forma para el ejercicio de una acción revocatoria frente a tal acto. Se trata de un criterio que favorece la interpretación uniforme y autónoma del mencionado art. 13, que no varía en función de la calificación como procesal o material de esos plazos en las respectivas legislaciones nacionales, lo que debe valorarse positivamente habida cuenta de que el mencionado art. 13 ha sido en ocasiones criticado por incrementar la complejidad al hacer necesario considerar varias legislaciones.

2. Aunque el Tribunal destaca que el Reglamento Roma I no es aplicable a las acciones revocatorias comprendidas en los arts. 4 y 13 del Reglamento de Insolvencia, la solución alcanzada por el Tribunal en relación con los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad es coherente con la que deriva en el régimen de los contratos del art. 12.1º.d) Reglamento Roma I, según el cual el ámbito de la ley aplicable al contrato incluye la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo (criterio coincidente con el que adopta el ap. h del art. 15 del Reglamento Roma II en materia de obligaciones extracontractuales). Si bien el art. 13 del Reglamento de Insolvencia responde al objetivo de proteger las legítimas expectativas de los acreedores o terceros sobre la validez del acto impugnado, el criterio de que los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad del acto son los determinados por la ley que rige el acto impugnado y no por la *lex fori concursus* opera con independencia de que en el caso concreto esa respuesta resulte más o menos favorable para el acreedor o tercero interesado en mantener la validez del acto.

3. Otros aspectos de interés de la sentencia Lutz, sobre los que el Tribunal de Justicia se pronuncia con carácter previo, pues condicionan la relevancia de las cuestiones planteadas acerca del art. 13, tienen que ver con la delimitación del concepto de derechos reales en el marco del art. 5 del Reglamento de

Insolvencia y la interpretación de su ap. 4. En concreto, el Tribunal considera que el derecho resultante del embargo practicado en las cuentas bancarias por vía de ejecución forzosa en el procedimiento austriaco puede constituir un “derecho real” en el sentido del art. 5.1º “siempre que tal derecho presentara, en virtud del Derecho nacional pertinente, en este caso el Derecho austriaco, un carácter exclusivo frente a los demás acreedores de la sociedad deudora...” (ap. 28). Además, el Tribunal establece que aunque la excepción del art. 5.4º vaya referida al “ejercicio de las acciones de nulidad, anulación o inoponibilidad”, en realidad esa norma es también aplicable a situaciones en las que la nulidad, anulación o inoponibilidad resulta según la *lex fori concursus* no propiamente del ejercicio de una acción judicial, sino de otro acto jurídico o del efecto de la ley (ap. 30).

4. Cabe reseñar que la sentencia Lutz se pronuncia también sobre la aplicabilidad del art. 13 del Reglamento de Insolvencia a un acto posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia. En concreto, en el litigio principal el derecho real se había constituido antes de la apertura de tal procedimiento, pero el pago del importe embargado había tenido lugar después de la apertura del procedimiento. El Tribunal aclara que el art. 13 es aplicable en tales situaciones. Si bien esa norma no es aplicable, en principio, a los actos posteriores a la apertura del procedimiento de insolvencia, la solución es diferente cuando el acto posterior es consecuencia de un derecho real constituido antes de dicha apertura, pues cabe entender que el titular de tal derecho debería poder hacer valer tras la apertura su derecho de separación y detracción del objeto de garantía (ap. 38). En consecuencia, el Tribunal concluye que el art. 13 es aplicable en relación con la impugnación del abono de un importe de dinero realizado con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia en la medida en que el dinero en cuestión había sido embargado antes de la apertura de dicho procedimiento. Pedro DE MIGUEL ASENSIO *

COMPETENCIA Y NORMAS APLICABLES PARA DETERMINAR LOS BIENES PERTENECIENTES A UN PROCEDIMIENTO SECUNDARIO DE INSOLVENCIA

2014-2015/75.- Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 11 junio 2015. Asunto C-649/13. Ponente: Sra. M. Berger.

Procedimiento principal de insolvencia.- Procedimiento secundario de insolvencia.- Conflicto de competencias.- Competencia alternativa para determinar los bienes pertenecientes al procedimiento secundario.- Localización de esos bienes.- Bienes situados en un tercer Estado.

Normas aplicadas: Arts. 2 letra g), 3.2º y 27 Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia

[...]

29. En el presente asunto, aunque corresponde al tribunal remitente apreciar el contenido de los diversos acuerdos concluidos por las partes en el asunto principal, se advierte no obstante que los derechos u obligaciones en los que se sustentan las acciones ejercidas en él derivan directamente de un procedimiento de insolvencia, se relacionan estrechamente con éste y tienen su fuente en reglas específicas propias de los procedimientos de insolvencia.

30. En efecto, la solución de los litigios principales depende en particular del reparto del producto de la venta de los activos de NNSA entre el procedimiento principal y el procedimiento secundario. Como parece deducirse del acuerdo de coordinación, y según confirmaron las partes en la vista, ese reparto deberá producirse en sustancia aplicando las disposiciones del Reglamento nº 1346/2000, sin que el referido acuerdo ni los otros acuerdos en cuestión en el asunto principal pretendan modificar su con-

* Catedrático de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

tenido. Los derechos u obligaciones en los que se sustentan las acciones en el asunto principal tiene su fuente por tanto en los arts. 3, ap. 2, y 27 del Reglamento nº 1346/2000, por lo que éste es aplicable. [...]

34. Por un lado, como ha expuesto el Abogado General en el punto 32 de sus conclusiones, el art. 25, ap. 1, párrafo primero, del Reglamento nº 1346/2000 establece la obligación de los Estados miembros de reconocer y ejecutar las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas tanto por los tribunales competentes en virtud del art. 3, ap. 1, de ese Reglamento como por los tribunales cuya competencia se basa en el ap. 2 del mismo art. 3, mientras que el art. 25, ap. 1, párrafo segundo, de ese Reglamento precisa que el párrafo primero se aplicará también a las “resoluciones que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste”, a saber, a las resoluciones que resuelvan, en particular, sobre una acción anexa.

35. Pues bien, al prever una obligación de reconocimiento de las resoluciones “anexas” dictadas por los tribunales competentes en virtud del art. 3, ap. 2, del Reglamento nº 1346/2000, este Reglamento parece atribuir a esos tribunales, al menos implícitamente, la competencia para dictar esas resoluciones.

36. Por otro lado, hay que recordar que uno de los objetivos esenciales que persigue la posibilidad de abrir un procedimiento secundario de insolvencia prevista en el art. 27 del Reglamento nº 1346/2000 es la protección de los intereses locales, sin perjuicio de que ese procedimiento pueda perseguir también otros objetivos (véase en ese sentido la sentencia Burgo Group, ap. 36).

37. Pues bien, una acción anexa como la del asunto principal, que pretende la declaración de que determinados bienes están sujetos a un procedimiento secundario de insolvencia, trata precisamente de proteger esos intereses. Esa protección y por tanto el efecto útil del art. 27 de ese Reglamento se debilitarían considerablemente si la referida acción anexa no se pudiera ejercer ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento secundario.

38. Se debe concluir en consecuencia que los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia son competentes, en virtud del art. 3, ap. 2, del Reglamento nº 1346/2000, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento. [...]

41. Así pues, en el supuesto de una acción que pretende la declaración de que determinados bienes del deudor están sujetos a los efectos del procedimiento secundario de insolvencia, como las acciones de que se trata en el asunto principal, es preciso observar que una acción de esa clase incide directamente de modo evidente en los intereses afectados por el procedimiento principal de insolvencia, toda vez que la declaración instada implicaría necesariamente que los bienes referidos no estén sujetos al procedimiento principal. No obstante, como el Abogado General ha manifestado en sustancia en el punto 57 de sus conclusiones, los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento principal son también competentes para resolver sobre las acciones anexas y por tanto para determinar el alcance de los efectos de ese último procedimiento.

42. Siendo así, una competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia para resolver sobre los bienes del deudor sujetos a los efectos del referido procedimiento privaría de su efecto útil al art. 3, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000, dado que esa disposición prevé una competencia internacional para resolver sobre las acciones anexas, y por tanto no puede ser acogida.

43. Por otra parte, de las disposiciones del Reglamento nº 1346/2000 no se deduce que éste atribuya al tribunal que haya conocido del asunto en primer lugar la competencia para resolver sobre una acción anexa. Tampoco se deduce esa competencia, como ha alegado el comité de empresa de NNSA, de la sentencia Staubitz-Schreiber (C-1/04), que tiene por objeto un supuesto diferente, el de la atribución de la competencia para abrir un procedimiento principal de insolvencia, y por tanto la atribución de una competencia que es exclusiva en virtud de las disposiciones de ese Reglamento.

44. Es cierto, como han mantenido varios interesados, que el reconocimiento en ese contexto de una competencia jurisdiccional “alternativa” crea un riesgo de resoluciones concurrentes y potencialmente inconciliables.

45. No obstante, como ha observado el Abogado General en el punto 60 de sus conclusiones, el art. 25, ap. 1, del Reglamento nº 1346/2000 permitirá evitar el riesgo de resoluciones inconciliables, al

obligar a todo tribunal que conozca de una acción anexa, como las del asunto principal, a reconocer una resolución anterior dictada por otro tribunal competente en virtud del art. 3, ap. 1 o, en su caso, ap. 2, del mismo Reglamento.

46. Por todas las consideraciones precedentes se ha de responder a la primera parte de la cuestión planteada que los arts. 3, ap. 2, y 27 del Reglamento nº 1346/2000 deben interpretarse en el sentido de que los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto un procedimiento secundario de insolvencia son competentes, con carácter alternativo a los tribunales del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento principal, para determinar los bienes del deudor sujetos a los efectos de ese procedimiento secundario. [...]

53. En efecto, para identificar los bienes sujetos a un procedimiento secundario de insolvencia basta comprobar si en la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia éstos se encontraban, en el sentido del art. 2, letra g), del Reglamento nº 1346/2000, en el territorio del Estado miembro en el que se abrió ese procedimiento, sin que incida en ello la cuestión de determinar en qué otro Estado, en su caso, se hubieran encontrado esos bienes en un momento posterior.

54. Por consiguiente, en el asunto principal incumbe al tribunal remitente comprobar, en primer término, si los bienes en cuestión, que al parecer no pueden ser considerados bienes materiales, constituyen bienes o derechos que el propietario o el titular debe hacer inscribir en un registro público, o si deben ser considerados como créditos. En segundo término, incumbirá al mismo tribunal determinar si el Estado miembro bajo cuya autoridad se lleva ese registro es el mismo en el que se ha abierto el procedimiento secundario de insolvencia, en el presente asunto la República Francesa, o en su caso si el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el centro de los intereses principales del deudor es la República Francesa. Sólo en el caso de que una de esas comprobaciones lleve a un resultado positivo, los bienes considerados estarán sujetos al procedimiento secundario de insolvencia abierto en Francia.

55. Siendo así, se ha de responder a la segunda parte de la cuestión planteada que la determinación de los bienes del deudor sujetos a los efectos de un procedimiento secundario de insolvencia debe realizarse conforme a las disposiciones del art. 2, letra g), del Reglamento nº 1346/2000.

[COMITÉ D'ENTREPRISE DE NORTEL NETWORKS SA Y OTROS / COSME ROGEAU,
LIQUIDADOR JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO SECUNDARIO DE INSOLVENCIA DE NORTEL NETWORKS SA /
IAN ROBERT BLOOM Y OTROS]

MATRIMONIO

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

2014–2015/76.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimo segunda, Sentencia nº 256/2014, de 18 marzo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández. JUR\2014\105514.

Régimen económico matrimonial.– Derecho aplicable.– Competencia residual del Derecho del foro.– Sociedad de gananciales: liquidación.– Herramientas de trabajo del esposo: desestimación: ante la falta de prueba del Derecho extranjero.– Aplicación del Derecho español.

Normas aplicadas: Art. 9 Cc; art. 281.2º LEC.

[...]

Cierto es, como se expone por la recurrente, que, a tenor de lo prevenido en el art. 9 Cc Civil, sobre normas de Derecho internacional privado, habría de aplicarse al caso, dada la nacionalidad polaca

común de ambos litigantes, las leyes de dicho país, en orden a la calificación jurídica de los bienes objeto de debate.

Pero no puede olvidarse que, según dispone el art. 281.2º LEC., y al contrario de lo que acaece respecto de la normativa española, el Derecho extranjero debe ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, y ello sin perjuicio de poderse valer el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

La hoy apelante se limita a aportar, junto con su demanda, la fotocopia de una publicación en idioma polaco, que constituye, al parecer, parte del Código de Familia de dicho país, pero sin presentar una traducción jurada de tal documento, lo que, a título particular, realiza, y tan sólo respecto de dos artículos, en su demanda, no demostrando tampoco que tal documento recoja la normativa vigente en la materia.

Ante tal deficiencia probatoria, resulta de aplicación al caso la doctrina jurisprudencial que declara que la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y, como tal, ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho extranjero, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente. Y se añade que cuando a los tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio (vid. STS 4 octubre 1982, 12 enero y 11 mayo 1989 y 23 marzo 1994, entre otras muchas).

Tal doctrina nos ha de llevar necesariamente, respecto de la última de las pretensiones de la parte apelante, en la que ni siquiera individualiza los bienes reclamados y tampoco sus características, limitándose a invocar genéricamente las herramientas de trabajo del esposo, al art. 1364.8º de nuestro Código Civil, según el cual tienen carácter privativo de cada uno de los cónyuges los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de establecimiento o explotación de carácter común.

Y no habiéndose ni siquiera alegado la posible aplicación al caso de esta última salvedad, habremos de concluir en lo irreprochable del pronunciamiento que, en este ap. del debate, se contiene en la resolución apelada, haciendo decaer el tercero, y último, de los motivos del recurso.

2014-2015/77.- Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección Cuarta, Sentencia nº 409/2014, de 30 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Latorre López. JUR\2015\57707.

Régimen económico matrimonial.- Derecho aplicable.- Normas de conflicto: carácter imperativo.- Matrimonio celebrado en Alemania.- Aplicación de la legislación irlandesa: estimación.- Fijación por parte de los cónyuges de su residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio en Irlanda.

Normas aplicadas: Art. 9.2º Cc.

[...]

En la decisión del presente recurso de apelación es fundamental la interpretación del art. 9.2º Cc. Con base en dicho precepto, entiende el recurrente que la ley personal aplicable para regular los efectos del matrimonio que contrajo con la Sra. Rosalia es la alemana, no tanto porque fue en este país en el que se casaron, sino porque la residencia que comunmente fijaron inmediatamente después fue en ese país, en el que permanecieron tres meses, trasladándose después a Irlanda. Considera el apelante que el citado art. 9.2º Cc debe ser interpretado de forma estricta, por lo que al señalar que la ley personal aplicable será, a falta de elección, “la de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración” del matrimonio, se impone la ley alemana como la que debe regir los efectos del matrimonio.

Antes de adentrarnos en el núcleo de la cuestión controvertida, conviene salir al paso del argumento del apelante por el que niega que las normas de conflicto deban ser interpretadas, ya que son imperativas y de aplicación automática.

Ahora bien, no cabe confundir imperatividad con interpretación de la norma, sobre todo si se repara en el art. 3.1º del mismo Código, que establece los criterios de interpretación de las normas jurídicas, de las que no cabe excluir en ningún caso las normas de conflicto ya que el mencionado precepto no lo hace. Por lo demás, si atendemos al propio concepto de “residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración”, comprobamos sin dificultad que nos enfrentamos a cuestiones que exigen la interpretación, porque el art. 9.2º Cc recoge una residencia calificada por la habitualidad, cuestión esta última que ha de ser concretada en cada caso. [...]

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, debemos remitirnos a la fundamentación jurídica del juzgador de primera instancia, muy en particular a la contenida en su fundamento tercero y que asumimos plenamente, porque es evidente que la estancia de los contendientes en Alemania fue coyuntural, de escasa duración y sin vocación alguna de permanencia, no en vano permanecieron durante la práctica totalidad de su relación conyugal en Irlanda, habiendo adquirido la Sra. Rosalia la totalidad del negocio que explotaba en ese país, de manera que no puede entenderse aplicable la ley alemana para regular los efectos de su matrimonio, máxime si se tiene en cuenta que excepto el último criterio del art. 9.2º Cc, referido al lugar de celebración del matrimonio y claramente residual, los restantes implican una vocación de permanencia en determinado lugar, a la cual no escapa el tercero de ellos que es el que aquí interesa.

NULIDAD DEL MATRIMONIO

2014-2015/78.- Audiencia Provincial de Zamora, Sección Primera, Sentencia nº 18/2015, de 5 febrero 2015. Ponente: Ilma. Sra. Ana Descalzo Pino. AC\2015\323.

Matrimonio de conveniencia.- Matrimonio celebrado entre una nacional y un extranjero.- Nulidad.- Falta de consentimiento: estimación.- Escasez de relaciones personales previas o de noviazgo entre los contrayentes.- Falta de convivencia efectiva con posterioridad al matrimonio.- Fraude de ley: celebración con el fin de conseguir el extranjero regularizar su situación en España.

Normas aplicadas: Art. 73 Cc.

[...]

Previamente a resolver el supuesto concreto que nos ocupa, es necesario poner de manifiesto que la postulada nulidad de la inscripción registral del matrimonio canónico ha de partir de la declaración judicial de nulidad, por las causas que contempla el art. 73 Cc, causas que revisten unas características de excepcionalidad, pues supone la exclusión de los condicionantes ya de capacidad subjetiva, ya formales, o bien afectantes a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial que, en definitiva, puede determinar con uno u otro alcance, la eliminación ab initio del negocio jurídico matrimonial.

Por el carácter excepcional de la institución examinada, al negarse validez a posteriori a un contrato matrimonial aparente, debe actuarse con especial cautela respecto de los datos fácticos y elementos probatorios ofrecidos a la consideración judicial, de modo que sólo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de circunstancias susceptibles de integrarse en alguna de las previsiones contempladas en el precepto analizado, puede llegar a proclamarse judicialmente la radical solución propugnada, que entra, en principio, en colisión con el principio del favor matrimonio.

A falta de una regulación específica del consentimiento matrimonial, se ha de estar a lo dispuesto en las normas generales que regulan el consentimiento respecto de los contratos, en la Sección Primera del Capítulo II, Título II del Libro IV del Código Civil, arts. 1262-1270 . Planteados así los términos de

la controversia, para la adecuada resolución del presente recurso, es necesaria una correcta interpretación del art. 73.1º Cc, precepto conforme al cual, será nulo el matrimonio contraído sin consentimiento, a lo que se equipara el matrimonio contraído concurriendo simulación en el acto o negocio matrimonial impugnado, de manera que debe acudirse a la prueba practicada y a la de presunciones, para cuyo éxito es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace directo y preciso según las reglas del criterio humano, tal como tiene declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado, definiéndose estos matrimonios como de complacencia, en los que no se busca en realidad contraer matrimonio, sino que se pretende, bajo el ropaje de dicha institución, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial; siendo aquel criterio, en orden a la demostración de la simulación coincidente con el sostenido con reiteración por la jurisprudencia a propósito de la simulación contractual, que habrán de ser constatadas de ordinario acudiendo a indicios o presunciones para alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, siempre que tales indicios y presunciones resulten de toda evidencia y estén en desacuerdo con las pautas de un prudente criterio, ya que en otro caso debe prevalecer la voluntad declarada (SAP León 19 junio 2002).

[...]

MENORES

TRASLADO INTERNACIONAL DE MENORES Y EVENTUAL SUSTRACCIÓN

2014-2015/79.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 101/2014, de 12 febrero 2014. Ponente: Ilma. Sra. María Dolores Viñas Maestre. AC\2014/677.

Traslado del menor a Brasil con su madre con la que ha vivido siempre.- Escasa relación con el padre que vive en otra localidad.- Interés del menor: el cambio de domicilio resulta mucho menos perjudicial para el menor que la denegación.- Denegación que obligaría a la madre a permanecer en España en circunstancias menos óptimas para educar y cubrir las necesidades del menor.

Normas aplicadas: Art. 211-6 CCCat.

[...]

Es el art. 236-11, 6 del CCCat el que exige el consentimiento de ambos progenitores para variar el domicilio de los hijos menores si el cambio los aparta de su entorno habitual, y en defecto de consentimiento exige que se solicite autorización judicial en la forma regulada en el art. 236-13 que atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la potestad parental (art. 236-17 CCCat) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233-8 CCCat) que mantienen las mismas responsabilidades que en la medida de lo posible se han de ejercer conjuntamente. En nuestro ordenamiento la atribución de la guarda de los hijos no comporta por tanto la facultad de decidir sobre el lugar de residencia de los mismos y en consecuencia, en caso de desacuerdo y planteada la controversia, es la autoridad judicial la que resuelve a cual de los progenitores le atribuye la facultad de decidir.

Las controversias sobre el lugar donde deben residir los hijos menores son de difícil resolución, pues si bien y en el plano legal la decisión que se adopte se ha de ajustar al interés del menor (art. 211-6 CCCat y 5 LDOIA), cuando el cambio implica, como en el caso de autos, el traslado del menor a otro país, conlleva necesariamente la restricción y a veces pérdida de la relación con el otro progenitor. El

conflicto de intereses es claro, de una parte el derecho del progenitor que quiere realizar el traslado que se ve limitado si quiere llevarse al menor, el derecho del otro progenitor a seguir manteniendo la relación con su hijo y participar en su formación y el derecho del menor a mantener la relación con ambos progenitores. Dicho conflicto debe ser resuelto de forma que el interés y necesidades del hijo quede menos comprometida.

No establece la ley criterios o parámetros que nos permitan una concreción del interés del menor al tratar este tipo de cuestiones. La STS 26 octubre 2012 únicamente se refiere a la ponderación de la necesidad y proporcionalidad del cambio de residencia de una menor y que en función de ello se ha de determinar el régimen de guarda y de visitas.

La Comisión Europea de Derecho de familia (dentro del ámbito de la Unión Europea) ha elaborado unos Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental, en cuyo capítulo V bajo la rúbrica de Contenido de la responsabilidad parental, principio 3:21 Cambio de residencia indica (3)La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta:

- (a) la edad y la opinión del niño;
- (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental;
- (c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar; (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental;
- (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso;
- (f) la libre circulación de personas.

En el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado como resultado de una reunión entre expertos de varios Estados celebrada en Washington en marzo de 2010 se publicó un número especial de la International Family Law que recogía las aportaciones realizadas y las conclusiones fueron recogidas en una Declaración sobre la reubicación familiar internacional estableciendo una lista de elementos que debían ser tenidos en cuenta por la autoridad competente en el ejercicio de la facultad discrecional de autorizar o no el traslado. Así se hace referencia al derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores; la opinión del menor; las razones del traslado; la existencia de un clima familiar violento; las relaciones familiares previas; las decisiones familiares previas en materia de custodia y derechos de visita; el impacto de una negativa al traslado sobre el niño y los padres; la naturaleza de las relaciones paternofiliales y el compromiso del progenitor que quiere trasladarse respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor; si las propuestas para el ejercicio del derecho de visita son realistas, entre otras.

En definitiva, se trata de examinar la incidencia o impacto que la autorización o la denegación puede tener en el menor por sí mismo y como reflejo de la incidencia o impacto que la autorización o denegación tiene en cada uno de los progenitores y que es lo que resulta menos perjudicial.

En el caso de autos ha quedado probado que el menor ha convivido la mayor parte de su vida bajo la guarda de la madre y que ha tenido poca relación con el padre desprendiéndose ello del restrictivo régimen de visitas que se fijó en la sentencia y sucesivas resoluciones judiciales condicionando su ampliación al informe del Equipo Técnico; en el informe del Equipo Técnico emitido en el procedimiento de ruptura febrero 2010 se destaca entre otras consideraciones las dificultades respecto a habilidades parentales y pautas educativas del padre, así como su actitud impermeable a recibir pautas o indicaciones; que el padre se ha marchado a vivir a Cuenca, alegando razones laborales que resultan creíbles reduciendo los contactos a una vez al mes con su hijo; que la relación entre ambos progenitores es muy conflictiva; obra en las actuaciones un Auto de 24 febrero 2012 que acuerda la continuación del Procedimiento Abreviado en cuya resolución se recoge la imputación de un delito de amenazas proferidas por el padre a la madre. De todo ello se colige que la resolución adoptada en la sentencia apelada en la cual se acuerda la guarda a favor del padre en el supuesto que la madre decida trasladarse a vivir a Brasil no se ajusta ni a las necesidades emocionales del menor ni a su interés, en primer lugar porque el menor nunca ha vivido con su padre y tiene limitadas incluso las pernoctas durante el régimen de visitas, en segundo lugar porque el cambio de guarda comportaría igualmente un cambio de

residencia a otra ciudad lo que implicaría igualmente un cambio de entorno y de profesionales en el seguimiento de logopedia al que la sentencia también le ha dado importancia para denegar la autorización y por último quedaría limitada la relación madre hijo, cuya limitación sería mucho más perjudicial para el menor que esta habituado a ser cuidado y atendido por su madre de forma continuada constituyendo su figura de referencia. En otras palabras, en circunstancias normales no se habría accedido a atribuir la guarda del menor al padre por considerarla perjudicial ya que la escasa relación padre e hijo y la carencia del padre en habilidades parentales, que recogió el informe técnico en el procedimiento de ruptura, condujeron incluso a limitar la relación en el régimen de visitas. Sentado lo anterior cabe valorar la motivación de la madre para proponer el traslado. Ciertamente aunque aporta un contrato de trabajo se desconoce la realidad de dicho contrato pero consta que la madre carece de apoyo familiar en España, que esta sola, que la familia la tiene en Brasil y que pese a que recibe ayuda económica de su país, en España no tiene trabajo. La motivación no puede tildarse de caprichosa, ni de arbitraria ni carente de seriedad. Desde la perspectiva del impacto que puede tener en el menor la negativa de traslado a la persona de su madre, consideramos que es mucho más perjudicial para el menor obligar a la madre a quedarse, pues el malestar emocional y los perjuicios que dicha decisión puede reportarle ha de tener necesaria incidencia en el niño, que autorizar el traslado pues la autorización producirá como consecuencia perniciosa en el menor una limitación todavía más restrictiva de la relación con el padre con el que no consta se hayan afianzado los vínculos afectivos. El perjuicio es inferior porque no nos encontramos ante una relación consolidada, ni frecuente. No cabe valorar la incidencia que en el menor puede tener la pérdida del entorno social porque a su edad prima más la relación familiar que las relaciones sociales y no se puede tener en cuenta su voluntad u opinión precisamente por su corta edad. En definitiva nos encontramos en un supuesto en el que es la madre la que por razones motivadas solicita el traslado de un menor que siempre ha vivido con ella, que tiene escasa relación con el padre que vive en otra localidad y que carece todavía de vinculaciones sociales relevantes para su desarrollo y formación por razón de su edad. Se estima que la incidencia del traslado o cambio de domicilio resulta mucho menos perjudicial para el menor que la denegación lo que obliga a la madre a permanecer en España en circunstancias menos óptimas para educar y cubrir las necesidades del menor. La distancia geográfica existente entre ambos países desde luego limita las posibilidades de la relación del menor con el padre que además ha manifestado carecer de medios económicos para trasladarse a aquel país a ver a su hijo y ello puede constituir un obstáculo a la posibilidad de garantizar la relación, pero no puede sostenerse que la madre va a impedir dicha relación pues pese a que el padre ha formulado sucesivas denuncias contra la madre por incumplimiento del régimen de visitas, consta que se han dictado varias sentencias absolutorias.

Somos asimismo conscientes de que la situación de la otra hija, por su edad y por la vinculación con el otro progenitor, puede ser distinta, y que lo resuelto en el otro procedimiento puede condicionar la decisión final de la madre pero en el caso del menor Ernesto se han de valorar sus propias necesidades y su propio interés lo que nos conduce a estimar el recurso y a atribuir la facultad de determinar el lugar de residencia del menor autorizando su traslado a Brasil.

[...]

2014-2015/80.- Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, Sentencia nº 238/2014, de 1 abril 2014. Ponente: Ilma. Sra. Inmaculada Suárez Bárcena Florencio. JUR\2014\283843.

Traslado ilícito de un menor en vulneración de lo establecido en sentencia judicial respecto a la guarda y custodia de la menor.- Falta de transcurso del periodo de un año desde que se produjo el hecho.- Restitución de la menor.

Normas aplicadas: Arts. 1, 3, 12 y 13 Convenio de La Haya 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; art. 11 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

La finalidad del Convenio de La Haya, como se desprende del art. 1 del Convenio, es la de garantizar la restitución inmediata del menor trasladado o retenido ilícitamente, en los términos del art. 3, y por ello, una vez determinado que el traslado o retención ha sido ilícito, el art. 12 del Convenio de La Haya ordena la restitución inmediata del menor si hubiese transcurrido un período inferior a un año, desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos y la fecha de iniciación del procedimiento de restitución ante la autoridad judicial o administrativa del estado requerido, y en el caso que nos ocupa, entre agosto de 2012, que fue cuando el padre tuvo conocimiento del traslado de la menor, que le comunicó la madre por nota de 31 julio 2012, y el inicio del procedimiento de restitución de la menor, 15 febrero 2013, es claro que no ha transcurrido ese lapso temporal de un año contemplado en el párrafo primero del art. 12 del Convenio, y conforme a ello resulta procedente la restitución inmediata de la menor. La excepción a la restitución, consistente en la prueba de haber quedado el menor integrado en su nuevo ambiente, a que se refiere el párrafo segundo del art. 12 del Convenio de La Haya, no se refiere al supuesto contemplado en el párrafo primero, sino al supuesto de haber transcurrido más de un año entre el traslado o retención y el inicio del procedimiento de restitución al que se refiere el propio párrafo segundo, que no es el supuesto que nos ocupa. Así las cosas, la única excepción que cabría a la restitución inmediata dispuesta por las normas del Convenio de La Haya analizadas, sería la contemplada en la letra b) del art. 13 [la referida en la letra a) no resulta aplicable por las circunstancias concurrentes en el caso examinado], que ha de ser relacionado con el art. 11 del Reglamento CE 2201/2003, y ello impone la necesidad de determinar si la restitución inmediata de la menor expone a la niña, no a la madre, a un peligro grave físico o psíquico, o de cualquier otra manera pone a la menor en una situación intolerable (art. 13 del Convenio), y además si, pese a que la restitución puede exponer a la menor a esos peligros físicos o psíquicos graves o a una situación intolerable, el estado requirente ha adoptado o está dispuesto a adoptar medidas adecuadas para la protección de la menor tras su restitución, como se infiere del art. 11 del Reglamento CE 2201/2003. En este sentido, las pruebas obrantes en los autos, los hechos alegados y los actos propios de la madre de la menor, así como del padre, todo ello en su conjunto, permite concluir que la restitución de la menor no supone que la niña quede expuesta a peligro físico o psíquico grave, ni a una situación intolerable, puesto que pese a que la madre basa tales peligros en el carácter del padre, al que ha denunciado por amenazas en tres ocasiones, lo cierto es que dos de ellas se han archivado y en la tercera no se ha obtenido resultado alguno. Además, resulta contrario a toda lógica el que la madre, según consta en los autos, pese a alegar el peligro al que se expondría a la menor de ordenarse su restitución, debido al comportamiento del padre, no obstante, ha propuesto un régimen de visitas de la menor para con su padre, conforme al cual el padre tendría a la menor en su compañía los dos meses íntegros de julio y agosto, propuesta materna esta que no permite sino concluir que la madre no cree en modo alguno que la presencia del progenitor en la vida de la menor suponga para la misma un peligro en su integridad física o psíquica, o la someta a una situación intolerable, pues de otro modo no alcanza la Sala a comprender que proponga el que padre e hija permanezcan juntos los meses que propone. Por último, a los efectos analizados, es de considerar que el hecho de que el padre haya realizado un primer intento de retorno voluntario de la menor, previo al inicio del procedimiento que nos ocupa, pone de manifiesto una voluntad por parte del mismo abierta al diálogo para solucionar el conflicto surgido, que mal casa con el peligro cierto e inmediato alegado por la madre como óbice para la restitución de la menor. Por último, no podemos olvidar el contenido del art. 11 del Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre, que consagra la obligación para el estado requerido de ordenar la restitución del menor, aun cuando el mismo pueda exponerse a esos graves peligros físico, psíquicos o situaciones intolerables a que se refiere el art. 13 b) del Convenio de La Haya, si se acredita que el estado requirente haya adoptado o está en disposición de adoptar medidas adecuadas para garantizar la protección de la menor tras su restitución, siendo de considerar a tales efectos, como bien afirma la juzgadora a quo, que la petición de restitución que se efectúa, es la de restitución a la jurisdicción de Lituania, que, como la propia madre alega, es la competente para autorizar el cambio de domicilio de la menor y, en su caso, el régimen de visitas del padre correlativo a ese cambio, con lo cual es patente que el estado requirente está en situa-

ción de adoptar cuantas medidas de protección precise la menor tras la restitución de la misma a Lituania; razonamientos los expuestos que excluyen error por parte de la juzgadora a quo en la valoración de la prueba y, por tanto, permiten rechazar el segundo de los motivos de apelación articulados, en el que además se aducen circunstancias que determinarían someter a la menor a grave situación de riesgo de acordarse la restitución, absolutamente huérfanas de prueba la mayor parte de ellas.

[...]

2014-2015/81.- Audiencia Provincial de Granada, Sección Quinta, Sentencia nº 201/2014, de 16 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Klaus Jochen Albiez Dorhmann. JUR\2014\189375.

Restitución de una menor con residencia en Rumanía.- Solicitud de guarda y custodia de la madre residente en España.- Daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial.

Normas aplicadas: Art. 13 Convenio de La Hay de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; arts. 40 y 42 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis)

[...]

A falta de acuerdo entre los padres, el art. 159 Cc “traspasa al juez la siempre difícil solución de decidir cuál de los progenitores ha de asumir la guarda y custodia de los hijos” (STS 9 julio 2003). En el caso de autos, es la madre, D^a Blanca la que reclama al amparo del art. 159 Cc el cuidado y guarda de la hija Diana frente al padre D. Martin, con el correspondiente régimen de visitas, estancia y comunicación a favor de éste, con base en el art. 160 Cc, y, al mismo tiempo, solicita que asuma la pensión de alimentos, al amparo de los arts. 142 ss Cc, cuya cuantía es fijada en la demanda en 200 € mensuales.

A ello se opone el demandado, pidiendo para sí la guarda y custodia, con el correspondiente régimen de visitas, comunicación y estancia así como la pensión de alimentos a favor de la hija por la misma cuantía, esto es, 200 € mensuales.

Cualquier sistema de guarda y custodia deberá ser establecido en interés del menor. En ningún caso, el sistema que se adopte debe ser un “premio” o “castigo” al progenitor por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS 18 noviembre 2011, 10 enero 2012).

Se da la circunstancia particular en el caso de autos que la menor, nacida el 3 septiembre 2007, vive en Rumanía, mientras que la madre tiene su residencia en Atarfe (Granada). Según la escritura de autorización, otorgada el 8 julio 2011, los padres de la menor autorizan a que un tío materno, D. Eliseo, pueda traer a la menor a España, sin que hasta el momento de la interposición de la presente demanda se haya producido el desplazamiento. Desde que se produjo la ruptura de la pareja de hecho, que tuvo lugar según la contestación de la demanda a los pocos meses del nacimiento de la hija, el padre no ha reclamado para sí la guarda y custodia de su hija. Sólo hace valer este derecho cuando es demandado por la madre. Ha sido ella la que ha postulado para sí la guarda y custodia legal, si bien esa guarda y custodia la ejercitan de hecho personas al parecer allegadas a la familia materna. No habido, sin embargo, ninguna denuncia por sustracción o retención ilegal de la menor. Es más, los padres autorizaron a un tío materno para que viniera con la hija a España. Atendiendo a estos datos, parece razonable que la guarda y custodia de la menor sea para la madre ya que el vínculo afectivo entre ambas ha sido hasta ahora necesariamente mayor que con el padre.

Hubiera sido deseable que antes se hubiese elaborado el informe psico – social de la menor, que se difiere por mandato de la sentencia de instancia para un momento procesal posterior a la sentencia, si bien en el fallo de la instancia se establece que la madre deberá permitir la comunicación telefónica del padre con su hija al menos con dos llamadas a la semana, sin ofrecer obstáculo alguno.

Con la concesión de la guarda y custodia a favor de la madre se puede establecer un régimen de comunicación del padre con su hija, habiendo sido el primer paso la concesión de la comunicación telefónica. El padre puede exigir, a partir ahora, también que la hija vuelva a España, al domicilio de la madre, ya que es allí donde ella debe ejercer guarda y custodia. En el caso de que no sea así, puede pedir la modificación o extinción de la custodia, eso sí, siempre que sea en interés del menor.

Para el caso de que la menor siga viviendo en Rumanía, el padre podrá hacer valer, en su caso, el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 .

El TEDH recuerda que para un padre y su hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8 del Convenio (ver, entre otras, Sentencias Johansen contra Noruega de 7 agosto 1996, y Bronda contra Italia de 9 junio 1998, 31 enero 2013).

De estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar, reconocido en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1ª, de 11 julio 2000, caso Ciliz vs Países Bajos). En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia”.

En particular, el padre podrá hacer uso del artículo del citado Reglamento comunitario que regula el derecho de visita: “1. El derecho de visita contemplado en la letra a) del ap. 1 del art. 40, concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el ap. 2. Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que reconocen un derecho de visita, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución. 2. El juez de origen sólo expedirá el certificado contemplado en el ap. 1, utilizando para ello el modelo de formulario que figura en el anexo III (certificado referente al derecho de visita): a) si, por lo que respecta a los procedimientos en rebeldía, el escrito de demanda o documento equivalente ha sido notificado o trasladado a la parte rebelde con la suficiente antelación y de tal manera que ésta pueda defenderse, o, de haberse notificado o trasladado el mencionado escrito o documento sin respetar estas condiciones, si consta de forma inequívoca que ha aceptado la resolución; b) si se ha dado posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas, y c) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. El certificado se redactará en la lengua de la resolución. 3. Si el derecho de visita se refiere a una situación que tuviera carácter transfronterizo al dictarse la resolución, el certificado se expedirá de oficio cuando la resolución adquiriera fuerza ejecutiva, incluso con carácter provisional. Si la situación sólo adquiere carácter transfronterizo con posterioridad, el certificado se expedirá a instancia de parte”.

También puede invocar el art. 42 en caso de restitución del menor: “1. La restitución de un menor considerada en la letra b) del ap. 1 del art. 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el ap. 2. Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que ordenan la restitución del menor a tenor del ap. 8 del art. 11, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución. 2. El juez de origen que dictó la resolu-

ción mencionada en la letra b) del ap. 1 del art. 40 emitirá el certificado previsto en el ap. 1 únicamente: a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980. En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas. El juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor). El certificado se redactará en la lengua de la resolución”.

Por último, ante las dificultades que pudiera encontrar el padre para hacer valer sus derechos en su relación paterno-filial, puede recurrir a las medidas que se prevén en el art. 158.3 ° y 4° Cc. [...].

2014-2015/82.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia nº 388/2014, de 2 junio 2014. Ponente: Ilma. Sra. Margarita Blasa Noblejas Negrillo. JUR\2014\ 227146.

Solicitud de privación de la patria potestad por incumplimiento de deberes: desestimación.- Distancia geográfica entre el lugar de residencia de las menores, Barcelona, y el del padre, Argentina.- Derecho a participar en la toma de decisiones que afecten de modo significativo a las menores.- Contacto con las niñas y desplazamientos desde Argentina para visitarlas en varias ocasiones. Inexistencia de riesgo de que las menores puedan ser retenidas en dicho país.- Convenio de La Haya de 1980

Normas aplicadas: Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...]

Finalmente, en cuanto al recurso del actor, dicha resolución impone la prohibición de salida al constar una denuncia contra el padre por retención ilícita de otro hijo y constar una orden de investigación de la Fiscalía de Osorno (Chile) en relación con la sustracción de menores, ello al amparo de lo dispuesto en el art. 233-13 CCC. Pues bien, al respecto debe indicarse que el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, creado el 25 de octubre 1980, es un convenio multilateral creado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado, que tiene como objetivo la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las fronteras internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. En el caso, siendo Argentina país firmante de dicho convenio, no existe riesgo de que las menores puedan ser retenidas en dicho país, pues la aplicación del convenio permite garantizar la evitabilidad de las situaciones de riesgo de las mismas que se pretendía evitar con la prohibición, máxime cuando la denuncia en que se fundamenta la sentencia consta archivada en el Rollo 930/2013 por resolución de 24 julio 2007, y tener el padre la guarda y custodia del hijo a la que se refiere.

[...]

2014-2015/83.-Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera, Auto de 19 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau. RJ\2014\ 3736.

Guarda y custodia de los hijos.- Supresión de la prohibición al menor para salir al extranjero (Ecuador), con la finalidad de visitar a su padre.- Interés de los menores.

Normas aplicadas: Convenio de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...]

Inexistencia de núcleo jurídico. Interés del menor. Régimen de visitas. Prohibición de salida del territorio español.

[...]

[h]emos de tener presente que el procedimiento de guarda y custodia, fue iniciado por el padre, cuando aún residía en España, otorgándose su guarda provisional al padre. Ante la nueva situación sobrevenida (de expulsión del territorio nacional), la sentencia de instancia –confirmada por la recurrida– atribuye la guarda, a la madre, con el pago de una pensión de alimentos de 120 euros mensuales, por el padre, ante la inexistencia de prueba sobre sus ingresos, en la actualidad.

Ello, no obstante, la prohibición de salida al extranjero no puede basarse en un “riesgo” –sin fundamento suficiente– que es rechazado por la sentencia recurrida, con base en la aplicación, en Ecuador, del Convenio Internacional sobre sustracción de Menores.

Ciertamente, las cautelas establecidas en la sentencia recurrida, en relación con la comunicación de los desplazamientos, quizás no sean bastantes, pero ello es una cuestión que deberá completarse, por el Juez ejecutor, cuando solicitada la autorización –pues ha de pedirse, con un mes de antelación, a la madre, como señala la sentencia recurrida–, no exista acuerdo en relación a quién debe sufragar los billetes de ida y vuelta o si debe o no ir acompañado o en qué forma. De igual modo, el incumplimiento de los deberes económicos, en su caso, deberá ser valorado para determinar o no la autorización.

No obstante, se trata de medidas que el Juez ejecutor, en cada salida al extranjero, deberá valorar para autorizar el viaje, sin que sea medida adecuada (a falta de una prueba, en el caso examinado, más determinante del riesgo de sustracción del menor) la total imposibilidad de que el padre –que, recordemos, tiene prohibida su entrada, en España, en la actualidad – FJ. 2º, de la sentencia recurrida– pueda mantener los contactos con el hijo, que decaerá ante el incumplimiento de las garantías fijadas por la Ilma. Sra. Magistrada–Juez, en cada supuesto, para autorizar el viaje. La prohibición de salida, es una medida excesivamente gravosa no justificada, en el presente caso, sin perjuicio de adoptar las debidas garantías en el viaje del menor, a Ecuador.

Ha de inadmitirse el recurso de casación interpuesto, sin perjuicio de aplicar las garantías debidas, para autorizar el viaje al extranjero, en cada supuesto que fuera solicitado, por falta de convenio entre los padres.

[...]

2014–2015/84.– Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 9 octubre 2014. Asunto C–376/14 PPU. Ponente: E. Jarašiūnas.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.– Reglamento (CE) nº 2201/2003.– Retención ilícita.– Residencia habitual del menor.

Normas aplicables: Arts. 8 a 11 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...]

50. Acerca del concepto de “residencia habitual”, el Tribunal de Justicia ya ha observado, al interpretar el art. 8 del Reglamento en la sentencia A y los arts. 8 y 10 del Reglamento en la sentencia Mercredi, que el Reglamento no contiene ninguna definición de ese concepto y que para determinar el sentido y el alcance de éste debe atenderse, en especial al objetivo que resulta de su duodécimo considerando, según el cual las normas de competencia que establece están concebidas en función del interés

superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad (sentencias A, aps. 31 y 35, y Mercredi, aps. 44 y 46).

51. En esas sentencias, el Tribunal de Justicia también juzgó que la residencia habitual del menor debe determinarse por el tribunal nacional teniendo en cuenta todas las circunstancias de hecho específicas de cada caso (sentencias A, aps. 37 y 44, y Mercredi, aps. 47 y 56). En ese sentido, estimó también que, además de la presencia física del menor en un Estado miembro, deben tenerse en cuenta otros factores que puedan poner de manifiesto que dicha presencia no tiene en absoluto carácter temporal u ocasional y que la residencia del menor se corresponde con el lugar en el que éste tenga una cierta integración en un entorno social y familiar (sentencias A, aps. 38 y 44, y Mercredi, aps. 47, 49 y 56).

52. El Tribunal de Justicia precisó que a estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado (sentencias A, aps. 39 y 44, y Mercredi, aps. 48, 49 y 56). También consideró que la intención de los progenitores o de uno de ellos de establecerse con el menor en otro Estado miembro, expresada a través de circunstancias externas, como la compra o alquiler de una vivienda en ese Estado miembro, pueden ser un indicio del traslado de la residencia habitual del menor (véanse las sentencias A, aps. 40 y 44, y Mercredi, ap. 50).

53. Además, en los aps. 51 a 56 de la sentencia Mercredi, el Tribunal de Justicia juzgó que la duración de una estancia solo puede servir como indicio en la evaluación de la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso y precisó los factores que se deben considerar en especial cuando el menor es de corta edad.

54. El concepto de “residencia habitual” del menor enunciado en los arts. 2, punto 11, y 11 del Reglamento no puede tener un contenido diferente del expresado en las sentencias antes mencionadas acerca de los arts. 8 y 10 del Reglamento. Por tanto, de las consideraciones expuestas en los aps. 46 a 53 de esta sentencia se deduce que corresponde al tribunal del Estado miembro a donde ha sido trasladado el menor, al que se haya presentado una demanda de restitución basada en el Convenio de La Haya de 1980 y en el art. 11 del Reglamento, comprobar si el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de su traslado o retención supuestamente ilícitos, considerando la totalidad de las circunstancias de hecho específicas de cada caso, conforme a los criterios de apreciación enunciados en esas sentencias.

55. Al examinar, en particular, las razones de la estancia del menor en el Estado miembro al que ha sido trasladado y la intención del progenitor que le ha llevado a éste, en circunstancias como las del asunto principal, es importante tener en cuenta que la resolución judicial que autorizaba el traslado podía ser ejecutada provisionalmente y que había sido recurrida en apelación. En efecto, esos factores no favorecen una constatación de la transferencia de la residencia habitual del menor, ya que dicha resolución tenía carácter provisional y ese progenitor no podía tener la certeza al tiempo del traslado de que la estancia en ese Estado miembro no sería temporal.

56. Dada la necesidad de asegurar la protección del interés superior del menor, al evaluar todas las circunstancias específicas del caso esos factores deben ponderarse con otros aspectos de hecho que pudieran demostrar una cierta integración del menor en un entorno social y familiar desde su traslado, como los mencionados en el ap. 52 de esta sentencia, y en particular el tiempo transcurrido entre ese traslado y la resolución judicial que anuló la resolución de primera instancia y fijó la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el Estado miembro de origen. En cambio, el tiempo transcurrido desde esa última resolución no puede tomarse en consideración en ningún caso.

57. Por todas estas consideraciones, se ha de responder a las cuestiones primera y tercera que los arts. 2, punto 11, y 11 del Reglamento deben interpretarse en el sentido de que, cuando el traslado del menor ha tenido lugar conforme a una resolución judicial ejecutiva provisionalmente, que fue revocada posteriormente por una resolución judicial que fijaba la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanece en el Estado miembro de origen, el órgano jurisdiccional del Estado miembro al

que fue trasladado el menor, al que se ha presentado una demanda de restitución de éste, debe comprobar, evaluando todas las circunstancias específicas del caso, si el menor aún tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de la retención ilícita alegada. En esa evaluación se debe tener en cuenta el hecho de que la resolución judicial que autorizaba el traslado podía ser ejecutada provisionalmente y había sido recurrida en apelación.

[...]

63. Basta observar, en ese sentido, que constituye una infracción del derecho de custodia en el sentido del Reglamento la falta de restitución del menor al Estado miembro de origen, con posterioridad a una resolución judicial de ese Estado miembro que fijaba la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en ese último Estado miembro, ya que, según el art. 2, punto 9, del Reglamento, el derecho de custodia comprende el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor. Por tanto, la retención del menor con infracción de esa resolución es ilícita en el sentido del Reglamento. El art. 11 de éste es aplicable en tal caso si el menor tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen inmediatamente antes de esa retención.

64. Si se considerase que esa condición de residencia no concurre, la resolución denegatoria de la demanda de restitución basada en el art. 11 del Reglamento, que no afectaría al fondo del derecho de custodia sobre el que ya resolvió el tribunal del Estado miembro de origen, se adoptaría en su caso sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en un Estado miembro establecidas en el capítulo III del Reglamento.

65. Así pues, en el asunto principal la no restitución de la menor a Francia constituye una infracción, en el sentido del Reglamento, del derecho de custodia derivado de la sentencia de 5 marzo 2013 de la cour d'appel de Burdeos. La consecuencia de ello es que esa falta de restitución es ilícita en el sentido del Reglamento, y que el art. 11 de éste puede aplicarse para acoger la demanda de restitución si el tribunal irlandés competente apreciara que la menor tenía su residencia habitual en Francia inmediatamente antes de la referida sentencia. Si ese tribunal estimara, por el contrario, que la menor tenía en ese momento su residencia habitual en Irlanda, su resolución denegatoria de la demanda de restitución se adoptaría sin perjuicio de la aplicación de las reglas del capítulo III del Reglamento para obtener la ejecución de esa sentencia.

66. En ese último supuesto hay que recordar que, conforme al vigesimoprimer considerando del Reglamento, éste se fundamenta en el concepto de que el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario (sentencia Rinau, C-195/08 PPU, ap. 50).

67. La circunstancia de que la residencia habitual de la menor haya podido cambiar a raíz de una sentencia en primera instancia, en el curso del procedimiento de apelación, y de que ese cambio fuera constatado, en su caso, por el órgano jurisdiccional al que se ha presentado una demanda de restitución fundada en el Convenio de La Haya de 1980 y en el art. 11 del Reglamento, no podría ser invocada por el progenitor que retenga a un menor con infracción del derecho de custodia, para prolongar la situación de hecho creada por su conducta ilícita y para oponerse a la ejecución de la resolución dictada en el Estado miembro de origen sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, que es ejecutiva en éste y ha sido notificada. En efecto, considerar que la constatación del cambio de la residencia habitual del menor por el órgano jurisdiccional que conozca de esa demanda permite prolongar esa situación de hecho e impedir la ejecución de la referida resolución constituiría una elusión del régimen establecido por la sección 2 del capítulo III del Reglamento y vaciaría de su sentido a éste.

68. De igual modo, en un caso como el del asunto principal la interposición de un recurso contra la referida resolución, dictada por el Estado miembro de origen sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, no puede afectar a la ejecución de dicha resolución.

69. Por todo lo antes expuesto, se ha de responder a la segunda cuestión prejudicial que el Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, cuando el traslado del menor ha tenido lugar conforme a una resolución judicial ejecutiva provisionalmente, que fue revocada posteriormente por una resolución

judicial que fijaba la residencia del menor en el domicilio del progenitor que permanecía en el Estado miembro de origen, la no restitución del menor a ese Estado miembro con posterioridad a esa segunda resolución es ilícita y el art. 11 del Reglamento es aplicable si se apreciara que el menor aún tenía su residencia habitual en dicho Estado miembro inmediatamente antes de esa omisión de restitución. Si se apreciara, por el contrario, que en ese momento el menor ya no tenía su residencia habitual en el Estado miembro de origen, la resolución denegatoria de la demanda de restitución basada en esa disposición se adoptaría, en su caso, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en un Estado miembro establecidas en el capítulo III del Reglamento.

[C. Y M.]

2014-2015/85.— Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, Sentencia nº 570/2014, de 3 diciembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero. JUR\2015\105212.

Solicitud por el padre de restitución de los menores a Brasil: desestimación.— Necesaria atención a la estabilidad personal de los menores en España.— Posible situación de riesgo que podría derivarse en la restitución a Brasil.— Interés superior y preferente de los menores.— Garantía de protección de su bienestar conforme al principio del favor filii.

Normas aplicadas: Art. 1.a) Convenio de La Haya 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...]

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores tiene como finalidad como se declara en su art. 1 a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes, disponiendo en su art. 3 que el traslado o retención de un menor se consideran ilícitos “cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido separada o conjuntamente a una persona...” y en el presente caso queda acreditado que la madre Sra. Encarnación se traslado a España en el mes mayo 2013 tras haber obtenido autorización paterna para traer a los menores Arsenio y Constantino con carácter temporal a España re hasta el día 5 junio 2013 no regresando los menores a Brasil una vez transcurrido el plazo concedido, sin embargo ha de tenerse en consideración que el art. 13 del Convenio se establecen una serie de excepciones a la obligación de acordar la restitución del menor: a) si la persona que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o b) si existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

En consecuencia como declaraba el Auto de esta Sala de 12 septiembre 2008 para la resolución del presente procedimiento el principio rector no puede ser otro que la salvaguarda del interés preferente y superior del precitado menor a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar; principio consagrado tanto en la normativa supranacional (Convención de los Derechos del Niño de 1989), como en nuestra propia legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 95, 103.1, 154, 158 y 170), Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y en cuantas normas y disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno, filiales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial, que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2º CE).

En el presente caso, tras el examen y valoración de lo actuado en la primera instancia así como de lo alegado en los respectivos escritos de interposición y oposición al recurso no puede la Sala sino confirmar la sentencia apelada estimando que lo realmente trascendente radica, no solo que los preci-

tados menores se encuentra plenamente integrado en nuestro país (están escolarizados en el CEIP San Isidro de la localidad de Lora del Río, sino que se afirmó por la madre, única prueba practicada en este procedimiento, tanto en el escrito de fecha de 5 febrero 2014, como en la comparecencia de 5 marzo 2014 y en el acto de la vista celebrado en la primera instancia que los menores en Brasil se encontraban en una situación de inasistencia, el padre no trabajaba, vivían en la calle y al final los acogió su suegra hasta que pudieron venir a España, siendo su propia suegra la que costeó el viaje, y por otra parte no puede obviarse que con fecha 17 diciembre 2013 se formuló demanda de divorcio ante los Juzgados de Lora del Río en la que expresamente se solicitó por la madre la guarda y custodia de los hijos menores. De ahí, que en atención a todo lo anteriormente expuesto, la estabilidad personal de los menores en España y sobretodo, ante la posible situación de riesgo que podría derivarse en la restitución, el interés superior y preferente de los menores a quienes se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar conforme al principio del favor filii, así como su pleno desarrollo armónico y equilibrado en un entorno familiar adecuado procede la íntegra confirmación de la sentencia recurrida desestimando el recurso interpuesto

[...]

2014–2015/86.– Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, Sentencia nº 581/2014, de 9 diciembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Sebastián Moya Sanabria. AC\2015\248.

Solicitud de restitución al progenitor que tiene atribuida la guarda por el tribunal brasileño: desestimación.– Solicitud de restitución enjuiciada en función a las circunstancias de hecho existentes en el momento en que se formula.– Circunstancias que pueden ser distintas a las concurrentes en el momento del enjuiciamiento en el Estado requirente.– Existencia de un grave riesgo para la menor.

Normas aplicadas: Arts. 12 y 13 Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...]

El Abogado del Estado interpone recurso de apelación contra sentencia denegatoria de solicitud cursada, a requerimiento de la Autoridad Central de la República Federativa de Brasil, para que se acordara el retorno a Brasil de la menor María Inmaculada, de nueve años de edad, ello en cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado español como signatario del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

La guarda y custodia fue atribuida al progenitor Benito en sentencia dictada por tribunal brasileño del Estado de Paraná, habiéndose trasladado a España la citada menor en compañía de él para dar cumplimiento a lo establecido sobre régimen de visitas a favor de la progenitora no custodia Celsa, no habiéndose producido su restitución en la fecha límite marcada por el tribunal brasileño, día 6 febrero 2014.

La denegación de la solicitud por el Juzgado de Primera Instancia viene fundada en lo previsto en el art. 13 del citado Convenio que establece que, no obstante lo consignado en el art. 12 sobre obligación de decretar la restitución del menor retenido ilícitamente, no habrá obligación de ordenar esa restitución cuando exista “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

Como se indica en anteriores resoluciones de esta Sección Segunda relativas a esta misma cuestión (auto de 12 septiembre 2008, en recurso 5400/2008, y sentencia de 3 diciembre 2014, en recurso 6270/2014), el principio rector de la decisión a adoptar no puede ser otro que la salvaguarda del interés preferente y superior del menor, a quien se ha de proteger y cuyo bienestar se trata de garantizar; principio consagrado tanto en la normativa supranacional (Convención de los Derechos del Niño de 1989), como en nuestra propia legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 95,

103.1, 154, 158 y 170), *Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor* y en cuantas normas y disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno, filiales o tutelares, constituyendo principio básico y orientador de la actuación judicial, que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 de la Constitución Española). En igual sentido, el art. 1586 del Código Civil brasileño establece como pauta a observar en las decisiones judiciales el bienestar de los hijos.

Como se apuntó con anterioridad, el Abogado del Estado llama la atención en su escrito de interposición del recurso de apelación sobre diversas circunstancias de hecho que, al no haber sido valoradas correctamente, determinarían una incorrecta decisión, en la relativo a concurrencia de situación de grave peligro para la menor que da sustento a la resolución denegatoria del Juzgado de Primera Instancia.

Se disiente de la valoración dada a la exploración de la menor, afirmando que lo expresado por ésta ahora entra en contradicción con lo manifestado ante el tribunal brasileño, y que no ha de ser tomado en consideración para la decisión a adoptar. No se aprecia que ello sea así, pues las recientes manifestaciones de la menor no han de ser valoradas como contradicción propiciada por influencia materna, sino como consecuencia del grave temor a un retorno con su progenitor que le ha producido la actitud mostrada hacia ella misma, y más gravemente hacia su madre y sus dos hermanas mayores Petra y Marí Trini, desde que viniera con ella a España el día 30 diciembre 2013, y de la que son reflejo los hechos investigados en las Diligencias Previas 472/2014 del Juzgado de Instrucción nº 19 de Sevilla. El temor se habría ido acrecentando en la medida en que el progenitor aumentó su presión para lograr el retorno sobre ella misma y sobre su madre y hermanas, siendo creíble por tanto sus manifestaciones sobre el gran miedo que siente a ser víctima de una venganza por lo sucedido cuando se encuentre a solas con él en Brasil.

Se indica también que no existe una prueba documental que dé noticia de la denuncia al progenitor, por agresión física en Brasil a la hermana Marí Trini cuando todavía era menor de edad, por lo que no puede ser tomada esa circunstancia como elemento de convicción. También ha de disentirse en este particular, pues siendo cierto que no existe constancia en autos del resultado final del procedimiento criminal, su propia existencia es hecho que ha de ser tomado en consideración al enjuiciar la concurrencia de la excepción del art. 13 del Convenio. En la medida en que ello da constancia de la relación particularmente conflictiva que el progenitor ha tenido con las dos hermanas mayores hasta que alcanzaron su mayor edad, es elemento de prueba que permite apreciar como espontánea la grave perturbación expresada por la menor María Inmaculada al ser interrogada sobre su posible retorno.

Ha de remarcarse por último que, en contra de lo indicado por el Abogado del Estado, la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Sevilla no supone ignorar la decisión adoptada por el tribunal brasileño, pues la solicitud de restitución ha de ser enjuiciada en función a las circunstancias de hecho existentes en el momento en que se formula, que pueden ser distintas a las concurrentes en el momento del enjuiciamiento en el Estado requirente, y que en el presente caso vienen determinadas, como ya se ha indicado con anterioridad, por la actitud mostrada por el progenitor con ocasión de la visita a España; y en particular una vez rebasada la fecha fijada para la finalización de la visita. Procede por tanto confirmar lo resuelto en Primera Instancia, al apreciarse un grave riesgo para la menor en el momento en que se ha formulado la solicitud de restitución al progenitor que tiene atribuida la guarda por el tribunal brasileño, ello sin perjuicio de lo que en un futuro se pudiera acordar si una evolución favorable de las circunstancias determina una desaparición de esos factores de riesgo que dan causa a la resolución denegatoria.

[...]

2014–2015/87.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 9 enero 2015. Asunto C–498/14 PPU. Ponente: L. Bay Larsen.

Cooperación judicial en materia civil.– Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.– Sustracción de un menor.– Reglamento (CE) n° 2201/2003: Art. 11, aps. 7° y 8°.

Normas aplicadas: Art. 11, aps. 7 y 8 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; art. 13 Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

[...]

40. *Mediante su cuestión prejudicial, el tribunal remitente pregunta en sustancia si el art. 11, aps. 7 y 8, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro atribuya a un tribunal especializado la competencia para examinar las cuestiones de restitución o de custodia del menor en el marco del procedimiento previsto por esas disposiciones incluso cuando un órgano jurisdiccional ya conozca de un procedimiento sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental en relación con el menor.*

42. *En el presente contexto, hay que destacar también que del considerando trigésimo tercero del Reglamento resulta que éste reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta, atendiendo en particular a garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el art. 24 de ésta, entre los cuales se encuentra, en especial, el derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus dos progenitores (véase, en ese sentido, la sentencia McB, C–400/10 PPU, ap. 60).*

43. *A tenor del art. 11, ap. 6, del Reglamento, si tras la sustracción de un menor un órgano jurisdiccional dicta un resolución de no restitución con arreglo al art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, ese órgano jurisdiccional transmitirá de inmediato al órgano jurisdiccional competente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos una copia de la resolución judicial de no restitución y de los documentos pertinentes, de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. Hay que señalar que la remisión expresa al Derecho nacional significa, en especial, que corresponde al Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado determinar, respetando los objetivos del Reglamento, el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre la cuestión de la restitución del menor, con posterioridad a una resolución de no restitución dictada en el Estado miembro al que se ha trasladado al menor.*

44. *El art. 11, ap. 7, del Reglamento prevé que, cuando se haya dictado una resolución judicial de no restitución, y salvo que se hubiera presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, el órgano jurisdiccional o la autoridad central que reciba la información relativa a la resolución judicial referida deberá notificarla a las partes e instarlas a presentar sus observaciones al órgano jurisdiccional, para que éste examine la cuestión de la custodia del menor. Ahora bien, ni esa disposición del Reglamento ni el art. 11, ap. 6, de éste designan al órgano jurisdiccional nacional competente para examinar la cuestión de la custodia del menor tras una resolución de no restitución. Tampoco lo designa el ap. 8 del mismo artículo.*

45. *En ese sentido, aunque conforme al art. 11, ap. 7, del Reglamento ese órgano jurisdiccional o la autoridad central deberá notificar a las partes una copia de la resolución de no restitución dictada en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, para permitir en su caso el examen de la cuestión de la custodia del menor, salvo que se haya presentado ya una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su*

traslado o retención ilícitos, corresponde sin embargo al Derecho nacional determinar si, cuando se ha presentado tal demanda, el órgano jurisdiccional al que el Estado miembro atribuye la competencia para el referido examen pierde ésta en favor de otros órganos jurisdiccionales de ese mismo Estado miembro.

46. En efecto, como ha expuesto el Abogado General en el punto 60 de su opinión, el art. 11, ap. 7, del Reglamento no es una norma que pretenda determinar el órgano jurisdiccional competente, sino más bien una norma de carácter técnico cuyo objeto principal es determinar las formas de notificación de la información sobre la resolución de no restitución.

47. Por otro lado, cabe recordar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no se puede deducir del art. 11, ap. 7, del Reglamento que una resolución sobre la custodia del menor constituya necesariamente un requisito previo para la adopción, en su caso, de una resolución que ordene la restitución del menor. En efecto, esta última resolución intermedia sirve igualmente para la consecución del objetivo de los procedimientos administrativos y judiciales, que es la regularización de la situación del menor (véase, en ese sentido, la sentencia Povse, C-211/10 PPU, E ap. 53).

48. La observación por el Gobierno belga de que, según el Derecho procesal nacional, el tribunal especializado que conoce de la cuestión de la restitución del menor en aplicación del art. 11, aps. 6 a 8, del Reglamento podía, a instancia de una de las partes, remitir el asunto a la Cour d'appel que conoce del fondo del litigio sobre la responsabilidad parental para que esta última se pronunciara sobre la cuestión de la restitución y de la custodia del menor, suscita un punto concerniente a la interpretación del Derecho nacional y que no corresponde a la competencia del Tribunal de Justicia. Incumbe pues a los órganos jurisdiccionales belgas pronunciarse al respecto.

49. De lo antes expuesto se sigue que corresponde a los Estados miembros la designación del órgano jurisdiccional competente para examinar las cuestiones de la restitución o de la custodia del menor en el marco del procedimiento previsto en el art. 11, aps. 6 a 8, del Reglamento, y ello incluso en el supuesto de que en la fecha de la notificación de la resolución de no restitución de un menor un órgano jurisdiccional ya conozca de un procedimiento sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental en relación con el menor.

50. Sin embargo, como se deduce del ap. 41 de la presente sentencia, esa designación no debe menoscabar la eficacia del Reglamento.

51. Pues bien, el hecho de que un Estado miembro atribuya a un tribunal especializado la competencia para examinar las cuestiones de restitución y de custodia del menor en el marco del procedimiento previsto en el art. 11, aps. 7 y 8, del Reglamento, incluso cuando un órgano jurisdiccional ya conozca por otra parte de un procedimiento sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental en relación con el menor, no puede en sí menoscabar la eficacia del Reglamento.

52. No obstante, es preciso procurar que en un supuesto como el del asunto principal esa atribución de competencia se acomode a los derechos fundamentales del menor enunciados en el art. 24 de la Carta y, en especial, al objetivo de celeridad de los procedimientos.

53. En lo referente al objetivo de celeridad debe recordarse que, al aplicar las disposiciones del Derecho interno pertinentes, el tribunal nacional que debe interpretarlas está obligado a hacerlo a la luz del Derecho de la Unión y, en especial, del Reglamento.

54. Por cuanto precede se ha de responder a la cuestión prejudicial planteada que el art. 11, aps. 7 y 8, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que no se opone, en principio, a que un Estado miembro atribuya a un tribunal especializado la competencia para examinar las cuestiones de restitución o de custodia del menor en el marco del procedimiento previsto por esas disposiciones incluso cuando un órgano jurisdiccional ya conozca por otra parte de un procedimiento sobre el fondo acerca de la responsabilidad parental en relación con el menor.

2014-2015/88.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Auto de 31 marzo 2015. Ponente: Ilma. Sra. Carmen Neira Vázquez. JUR/2015/117498

Restitución de menores.- Menor y progenitores residentes en Suiza: custodia atribuida a ambos progenitores por autoridad suiza.- Traslado de la menor a España sin consentimiento del padre: restitución de la menor a Suiza.

Normas aplicadas: Arts. 3 y 4 Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Hay que significar, fundamentalmente, y como cuestión principal, que la materia objeto básico de esta controversia, – expuestos los señalados antecedentes – en el marco de esa madeja procesal no ha de orillar la cuestión central, clara, y sometida a la consideración de la Sala que no es sino, en definitiva, la petición de restitución de la menor Estela de 5 años de edad como nacida el ... 2009, y ello al amparo de cuanto se regula en el Convenio de la Haya de 25 octubre 1980 ratificado por Instrumento de 28 mayo 1987 de la Jefatura del Estado, sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores. [...]

Así delimitado el marco normativo objeto de aplicación ha de tenerse en cuenta que:

1) La menor Estela.– a los electos que nos ocupan y en los términos que define el Convenio el concepto y contenido de “residencia habitual” de los arts. 3 y 4 antes transcritos.– residía en el lugar suizo de La CHaux de Fonds del cantón de Neuchâtel operando en este sentido entre otros documentos la Decisión del Tribunal tutelar de aquella localidad de 23 agosto 2010 que aprobando el convenio suscrito y firmado por ambas partes atribuye la patria potestad conjunta a ambos progenitores con el mismo domicilio de los dos, en aquella localidad, también, reseñada en la certificación extractada de nacimiento de Estela y en la copia del libro de familia que se incorpora al folio 193 de los autos....

En el mismo sentido el documento identificativo de la niña, cédula datada el 2 julio 2013 registra la localidad de La Chaux de Fonds a los fines que nos ocupan.

Son numerosos los documentos y escritos que en este sentido avalan la residencia de la menor en aquel lindar de Suiza y así los documentos médicos obrantes al folio 260 de los autos que entre otras menciones señalan que la consultada reside en Suiza desde hace 15 años y que convive con su hija.

Podemos concluir, por lo tanto, a los efectos de los citados artículos del Convenio que la residencia habitual de Estela era la citada localidad de Suiza.

2) La custodia de la menor Estela y este es un hecho también indiscutible, venía atribuida a ambos progenitores, por cuanto aquella misma decisión judicial de la Autoridad suiza que anteriormente se señaló otorgó la patria potestad conjunta a ambos interesados, y como no podía ser de otra forma la propia demandada ya en el acto de la vista oral celebrada en el Juzgado nº 29 de los de Madrid, manifestó que ambos tenían la custodia de la niña.

Y si bien llega a manifestar, en alguno de los números escritos incorporados al procedimiento, que un Suiza cuando no existe matrimonio entre los padres como el hecho que examinamos, la custodia es de la madre y que firmó el convenio por presiones totes consideraciones no se sostienen ni siquiera, mínimamente de forma cabal y rigurosa por doña Raquel, de profesión abogada autónoma ejerciente en Suiza.

Y así la Sra. Raquel vuelve, otra vez, a reiterar el carácter conjunto de aquella custodia esta vez como denunciante en las diligencias previas 694/2013, en su declaración de 22 noviembre 2013, donde reconoce abiertamente que la guarda y custodia la tienen adjudicada los dos lo que en el acto de la vista oral practicada en la primera instancia termina por admitir.

Se concluye, asimismo y a los mismos efectos del convenio que la custodia de la niña estaba atribuida a ambos progenitores.

Así establecida las premisas iniciales el traslado de la menor junto con la madre desde Grecia a España con motivo de los sucesos acaecidos durante la etapa vacacional de la familia en aquel país – por el desplazamiento al lugar de nacimiento del padre y permanencia junto a la familia extensa paterna– en agosto de 2013 ha de considerarse ilícito en los términos del art. 13 del citado Convenio de la Haya debiendo proceder al examen de las alegaciones de la parte demandada en orden a la posible existencia del consentimiento paterno para dicho traslado o de la acreditación siquiera mínima de un grave riesgo de exposición de la niña a un peligro físico o psíquico o de que cualquier otra manera se ponga a la menor en una situación intolerable, supuestos éstos en que el Convenio –pese a la existencia, del traslado lícito – establece que no procedería la restitución.

Y la primera de las excepciones señaladas en el caso que nos ocupa gira, y aquí hace gravitar toda su fuerza procesal la parte demandada, en torno al alcance, extensión límites que otorga al por ella denominado, consentimiento expreso del padre que lo dio en la Comisaría.– a la que se acude con motivo de aquellos incidentes – para que regresaran a España y en este sentido se insta incluso, en su momento nulidad de actuaciones haciendo hincapié una y otra vez en el consentimiento del padre para que la demandada regresara a España, al tiempo que se denuncia la existencia de malos tratos durante 7 años de convivencia.

Y lo que aquel documento en realidad dice – en su traducción obrante al folio 251 de los autos – es que Luis Carlos – el padre del ahora apelante – le agredió y amenazó y al manifestar su deseo de volver a su país Íñigo – el ahora apelante – se negó a entregar el pasaporte de su hija. “A la llega de todos los implicados a nuestras dependencias” – Comisaría de N. Moudania– “la denunciante declaró que ya tenía en su poder el pasaporte de su hija menor de edad, y se le informó sobre las acciones legales que podría emprender contra Luis Carlos por los hechos punibles anteriormente mencionados. La denunciante manifestó el deseo de volver a su país con su hija menor de edad, con el consentimiento de Íñigo el cual a continuación se retiró junto a su padre. La notificación española permaneció en nuestras oficinas hasta el momento de su salida hacia el aeropuerto “Macedonia”. Todo ello certificado informado, firmado y sellado por el Sargento del puesto como Oficial de Guardia.

Cierto que el interesado en la comparecencia ante las autoridades suizas en las que declara indica que la madre “deseó marcharse directamente a España como habíamos previsto, anteriormente. Debíamos pasar algunos días en Madrid hasta el 17 de agosto. Raquel se marchó el 3 de agosto por la noche desde el puesto de policía de Grecia para Madrid. Le preparé la maleta y para calmar la situación estuvo de acuerdo en que mi compañera se marchara con mi hija durante las vacaciones previstas. Eso permitirle a la hija ver a sus abuelos. Por mi parte yo me negaba a ir. Fui convenido que Raquel volvería el 17 de agosto y que durante ese tiempo me diera noticias”.

Así acreditado en las actuaciones la manifestación del interesado no puede tener el alcance que pretende la parte demandada por cuanto el consentimiento dado por el padre, al desplazamiento de la niña a España, en aquel contexto circunstancial, solo se concede para una estancia temporal en ese período vacacional que además ya estaba previsto –por más que el devenir de los acontecimientos precipitase y tensase el regreso– y no para un establecimiento definitivo de su hija con la madre en este país.

De esta forma el consentimiento del padre al viaje de la niña a España junto con su madre como un acto propio del recurrente no puede, objetivamente, generar la confianza de un aquietamiento del padre al traslado definitivo de la niña a este país, pues, aquel comportamiento puntual y realizado, con ocasión de aquel conflicto – y período vacacional – no puede tener la proyección y vinculación que se pretende, como lo evidencia, en primer lugar, la redacción genérica del documento policial al que se ha hecho referencia y, en segundo lugar, la inmediata puesta en marcha por parte del padre, de cuantos procedimientos judiciales estuvieron a su alcance para lograr el regreso de Estela a su residencia habitual.

Se rechaza por lo tanto la primera excepción a la que se refiere el art. 13 del Convenio. [...]

**ESTABLECIMIENTO DE MEDIDAS RELATIVAS A LA GUARDA,
CUSTODIA Y ALIMENTOS DE LOS MENORES**

2014–2015/89.– Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimosegunda, Sentencia nº 339/2014, de 31 marzo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. María del Pilar González Vicente. JUR\2014\133675.

Sentencia de divorcio extranjera: homologación por el tribunal español respecto de la disolución del vínculo matrimonial.– Ausencia de homologación del resto de medidas acordadas por el tribunal extranjero al no ser firmes.– Atribución de la guarda y custodia al padre.– Pensión por desequilibrio.– Disminución de la cuantía: procedencia.– Alimentos: finalización de la obligación del abandono de la pensión alimenticia a la madre: alcance de la mayoría de edad y conclusión de los estudios de secundaria.

Normas aplicadas: Art. 107 Cc; art. 22.2º LOPJ; art. Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

Hay que poner de manifiesto, que el hecho, de que no hayan sido reconocidas las medidas acordadas por el Tribunal extranjero, en relación con los hijos menores, los cónyuges, y los bienes del matrimonio, no impide que se deba admitir y resolver sobre la demanda de modificación de medidas solicitada por la parte actora. Sin que por ello se cause ninguna de las consecuencias aludidas por la parte recurrente como puede ser un conflicto jurisdiccional, ni inseguridad jurídica. Al contrario habiendo sido homologado por el tribunal español, la declaración de disolución del matrimonio por el divorcio de las partes, bajo su control y examen, y conforme prescribe el art. 107 Cc, este pronunciamiento cobra toda su eficacia; las restantes medidas que no han sido formalmente reconocidas no produce la excepción de cosa juzgada, permitiendo la admisión de la demanda, su tramitación y el pronunciamiento sobre las medidas solicitadas.

Debiéndose estar a la competencia de los tribunales españoles, prueba de ello es que en ningún momento la parte hoy recurrente alegó ni planteó ninguna cuestión de jurisdicción, ni de competencia ni de litispendencia, sometiéndose a los tribunales españoles, donde reside el demandante, con doble nacionalidad italiana y argentina, y el hijo que al plantearse la demanda era menor de edad, por tanto de conformidad con las normas de competencia establecidas en el art. 22.2º LOPJ, y el art. 3 Reglamento (CE) nº 2201/2003, sobre competencia, reconocimiento, ejecución de resoluciones de separación, divorcio, nulidad y responsabilidad parental. Máxime cuando según consta en la prueba documental aportada ha sido con fecha muy posterior a esta demanda cuando se ha iniciado el proceso de ejecución por la recurrente en Argentina.

[...]

2014–2015/90.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 577/2014, de 30 septiembre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Myriam Sambola Cabrer. JUR\2014\266611.

Divorcio de cónyuges de nacionalidad marroquí.– Legislación aplicable en materia de responsabilidad parental.– Convenio de la Haya de 5 octubre 1961: aplicabilidad de la ley nacional común de alimentante y alimentista.– Aplicación de la ley marroquí.– Alegación y prueba del Derecho extranjero.– Guarda y custodia: a favor del padre: procedencia.– Reducción de la pensión: improcedencia.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis); Convenio de 5 octubre 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores; arts. 9.7º y 12.6º y 107.2º Cc; art. 281.2º LEC.

[...]

Admitido por ambas partes y documentado en autos que el matrimonio se contrajo en Marruecos en septiembre de 2008 y que al tiempo de la ruptura y en la actualidad la residencia de ambos está en España, (Reus) Tarragona y Mataró (Barcelona), respectivamente, el Tribunal español es competente para conocer de la demanda de divorcio presentada en mayo de 2010, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 en vigor desde 2005. La ley aplicable para resolver el vínculo es la marroquí, ley nacional común originaria de ambos esposos. Así lo establece el art. 107.2º Cc, en la redacción dada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, precepto vigente al tiempo de la presentación de la demanda. La ley de la residencia habitual queda reservada a los casos en los que no exista nacionalidad común o a aquellos en que las leyes nacionales no reconocieran la separación o el divorcio, fuesen discriminatorias o contrarias al orden público. Ninguna oposición directamente dirigida a obstar la disolución conforme a su ley personal ha formulado la hoy apelante que se limita en su contestación a mostrar su conformidad con los hechos relatados por el esposo en la demanda rectora. No es aplicable al divorcio el Derecho español, invocado en la demanda y aplicado en la sentencia. Tratándose de una cuestión relativa al estado civil y en aplicación del principio iura novit curia" procede su subsanación en esta alzada. Así lo establece el Tribunal Constitucional en la sentencia de 17 enero 2000 a propósito del art. 12.6º Cc, lo que debe ser trasladado al vigente art. 281.2º LEC.

Examinado el caso de autos, procede pronunciar el divorcio judicial a petición de uno de los cónyuges conforme a lo dispuesto en los arts. 94 a 97 del Código de familia de Marruecos, la Al Mudawana.

Dado que el matrimonio se celebró en el extranjero, (Marruecos), el oficio debe ser remitido al Registro Civil Central, con testimonio de la sentencia y de la documentación acreditativa de la celebración del matrimonio para que se practique la inscripción de matrimonio como soporte para la inscripción marginal del divorcio decretado. (arts. 15.2º y 18.1º LRC).

Tampoco fundamenta la sentencia que ley debe aplicarse en materia de responsabilidad parental y relaciones personales y alimentos que son las dos cuestiones específicamente controvertidas en esta alzada. Con carácter previo a su examen debe ser indicado que, dada la fecha de la demanda, 5 mayo 2010, y no haber entrado en vigor el Protocolo de la Haya de 2007, la ley aplicable a la pensión de alimentos es la ley marroquí, conforme a lo dispuesto en el art. 9.7º Cc por ser la ley nacional común de alimentante y alimentista. No obstante el citado precepto dispone también que se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando esta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común lo que no es el caso. En materia de responsabilidad parental debe aplicarse el Convenio de la Haya de 5 octubre 1961 que determina la aplicabilidad a esta materia de la ley de la residencia habitual del menor, en este caso el Código de Familia de Catalunya.

[...]

RESPONSABILIDAD PARENTAL: COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

2014-2015/91.— Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 1 octubre 2014. Asunto C-436/13. Ponente: A. Arabadjiev.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.— Cooperación judicial en materia civil.— Reglamento (CE) nº 2201/2003.— Arts. 8, 12 y 15.— Competencia en materia de responsabilidad parental.— Procedimiento relativo a la custodia de un menor que reside habitualmente en el Estado miembro

de residencia de su madre.— Prórroga de la competencia en favor de un órgano jurisdiccional del Estado miembro de residencia del padre de ese menor.— Alcance.

Normas aplicadas: Arts. 8, 12 y 15 Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

42. En virtud de ese considerando 12 y del art. 8, ap. 2, del Reglamento n° 2201/2003, únicamente se admiten competencias distintas de esa competencia general en ciertos casos de cambio de residencia del menor, previstos, en particular, en el art. 9 de dicho Reglamento, o como consecuencia de un acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental, supuesto contemplado en el art. 12, ap. 3, de dicho Reglamento.

43. Por otro lado, se desprende del art. 9, ap. 1, del Reglamento n° 2201/2003 que, en caso de cambio de residencia habitual del menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual únicamente mantienen su competencia a efectos de modificar una resolución judicial dictada por dichos órganos jurisdiccionales antes del cambio de residencia, y, en cualquier caso, ya no la mantienen transcurridos tres meses.

44. Por lo que respecta a los objetivos que persigue el Reglamento n° 2001/2003, procede señalar que su considerando 12 dispone que las normas de competencia que establece dicho Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor y, en particular, en función del criterio de proximidad, y que uno de los requisitos enunciados en el art. 12, ap. 3, letra b), del Reglamento impone que toda prórroga de competencia en virtud de dicha disposición responda a ese interés.

45. De ello se desprende que la competencia en materia de responsabilidad parental debe determinarse, ante todo, en función del interés superior del menor.

46. Pues bien, como han señalado con buen criterio la madre, el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, aunque puede considerarse que la prórroga de una competencia aceptada por los titulares de la responsabilidad parental sobre un menor responde al interés superior de ese menor, no cabe admitir que, en todos los casos, tal competencia prorrogada siga respondiendo, una vez concluido el procedimiento para el que fue prorrogada y durante toda la minoría de edad de la persona en cuestión, al interés superior de ésta.

47. Por lo tanto, debe considerarse que, cuando se inicie un procedimiento ante un órgano jurisdiccional con arreglo al art. 12, ap. 3, del Reglamento n° 2201/2003, únicamente puede preservarse el interés superior del menor examinando, en cada caso particular, si la prórroga de competencia que se pretende es conforme con ese interés superior.

48. Además, dado que el citado art. 12, ap. 3, tiene por objeto permitir a los titulares de la responsabilidad parental someter a un órgano jurisdiccional, de común acuerdo y siempre que se cumplan otros requisitos, cuestiones relativas a la responsabilidad parental para cuya apreciación no es, en principio, competente, no puede presumirse que tal acuerdo subsista, en todos los casos, una vez concluido el procedimiento iniciado y en relación con otras cuestiones que puedan suscitarse posteriormente.

49. Ha de considerarse, por consiguiente, que una prórroga de la competencia basada en el art. 12, ap. 3, del Reglamento n° 2201/2003 únicamente es válida para el procedimiento específico incoado ante el órgano jurisdiccional cuya competencia se prorroga, y que esa competencia decae en favor del órgano jurisdiccional que ostenta una competencia general en virtud del art. 8, ap. 1, de dicho Reglamento, con la conclusión definitiva del procedimiento que motivó la prórroga de la competencia.

50. Habida cuenta del conjunto de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que la competencia en materia de responsabilidad parental, prorrogada, en virtud del art. 12, ap. 3, del Reglamento n° 2201/2003, en favor de un órgano jurisdiccional de un Estado

miembro ante quien los titulares de la responsabilidad parental han incoado de común acuerdo un procedimiento, se extingue al recaer una resolución firme en el marco de dicho procedimiento.

[E. Y B.]

2014-2015/92.- Tribunal de Justicia, Sala Tercera Sentencia de 12 noviembre 2014. Asunto C-656/13. Ponente: E. Jarašiūnas.

Espacio de libertad, seguridad y justicia.- Cooperación judicial en materia civil.- Competencia en materia de responsabilidad parental.- Reglamento (CE) n° 2201/2003.- Art. 12, ap. 3.- Menor cuyos padres no están casados.- Prórroga de competencia.- Inexistencia de otro asunto conexo aún pendiente.- Aceptación de la competencia.- Impugnación de la competencia de un tribunal por una parte que ha iniciado otro procedimiento ante el mismo tribunal.

Normas aplicadas: Art. 12.3° Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

45. De lo anterior se desprende que la extensión de la competencia prevista en el art. 12, ap. 3, del Reglamento n° 2201/2003 en materia de responsabilidad parental puede aplicarse sin que sea necesario que el procedimiento en esta materia tenga conexión con otro procedimiento que ya esté pendiente ante el tribunal al que se pretende atribuir la competencia por extensión.

46. A este respecto, procede señalar que esta interpretación es la única que puede evitar que resulte afectada la eficacia del citado art. 12, ap. 3, del Reglamento n° 2201/2003. En efecto, circunscribir el ámbito de aplicación de esta disposición a los supuestos en los que el procedimiento en materia de responsabilidad parental tenga conexión con otro procedimiento ya pendiente reduciría notablemente las posibilidades de aplicar la referida extensión de la competencia, teniendo en cuenta que la necesidad de incoar un procedimiento en materia de responsabilidad parental puede surgir con independencia de cualquier otro procedimiento.

47. Esta interpretación es asimismo la única idónea para garantizar la consecución de los objetivos perseguidos por el Reglamento n° 2201/2003.

48. En efecto, por una parte, según el considerando 12 del Reglamento n° 2201/2003, las reglas para determinar la competencia que dicho Reglamento establece están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad. De ello se deduce que el Reglamento se fundamenta en la concepción de que debe prevalecer el interés superior del menor (véase, en este sentido, la sentencia Rinau, C-195/08 PPU, ap. 51). Ahora bien, tal como se ha declarado en el ap. 46 de la presente sentencia, circunscribir la posibilidad de aplicar la extensión de la competencia prevista en el art. 12, ap. 3, del Reglamento n° 2201/2003 a los supuestos en los que el procedimiento en materia de responsabilidad parental tenga conexión con otro procedimiento excluiría la posibilidad de aplicar la referida extensión de la competencia en numerosas situaciones, aun cuando la misma pudiera responder al interés superior del menor de que se trate.

49. A este respecto, es importante subrayar que, según resulta del ap. 3 del art. 12 del Reglamento n° 2201/2003.- que supedita en todos los casos la aplicabilidad de la extensión de la competencia que prevé dicho ap. no sólo a la aceptación expresa o de cualquier otra forma inequívoca de la extensión de la competencia por todas las partes en el procedimiento en la fecha en que se sometió el asunto al tribunal, sino también al hecho de que la competencia de los tribunales del Estado miembro elegido responda al interés superior del menor.-, la aplicación de la mencionada extensión de la competencia en ningún caso podrá ser contraria a ese interés superior.

50. Por otra parte, el considerando 5 del Reglamento n° 2201/2003 afirma que, con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, dicho Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de

responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial. Excluir toda posibilidad de atribuir la competencia en materia de responsabilidad parental por la única razón de que el procedimiento de que se trate no tenga conexión con otro procedimiento ya pendiente pondría en peligro la plena realización del mencionado objetivo. Así sucedería, en particular, si, como sugiere el órgano jurisdiccional remitente, la expresión “procedimientos distintos de los contemplados en el ap. 1”, a efectos del art. 12, ap. 3, de dicho Reglamento, se entendiera en el sentido de que se refiere a las demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial en relación con las cuales la competencia de los tribunales de un Estado miembro no viniera determinada en virtud del art. 3 del mismo Reglamento, sino en virtud de otra regla para determinar la competencia prevista en el Reglamento. En efecto, tal interpretación excluiría toda posibilidad de extensión de la competencia, en virtud del citado ap. 3, en lo que atañe a las cuestiones de responsabilidad parental relativas a menores cuyos progenitores nunca han estado casados o que, habiéndolo estado, se han divorciado o separado o su matrimonio ha sido declarado nulo, lo que resultaría contrario al mencionado objetivo de igualdad de todos los hijos.

51. Por otro lado, la interpretación realizada en el ap. 45 de la presente sentencia no afecta a la eficacia del art. 15 del Reglamento nº 2201/2003, como contempla el órgano jurisdiccional remitente, ya que este artículo precisa que sólo se aplicará “excepcionalmente”. Así pues, no puede colmar las lagunas que, en términos de consecución de los objetivos perseguidos por el Reglamento nº 2201/2003, resultarían de una interpretación del art. 12, ap. 3, de éste que excluyera la aplicabilidad de dicha disposición si no existe un procedimiento ya pendiente con el que tenga conexión el procedimiento en materia de responsabilidad parental.

52. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 12, ap. 3, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un procedimiento en materia de responsabilidad parental, dicha disposición permite fundamentar la competencia de un tribunal de un Estado miembro que no es el de la residencia habitual del menor, aun cuando no exista ningún otro procedimiento pendiente ante el tribunal elegido.

[...]

55. A tenor del art. 12, ap. 3, letra b), del Reglamento nº 2201/200, la competencia del órgano jurisdiccional elegido debe haber sido “aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional”. El art. 16 del mismo Reglamento precisa que se considerará, en principio, iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente.

56. Así pues, el claro tenor literal del art. 12, ap. 3, letra b), del Reglamento nº 2201/200, interpretado a la luz del citado art. 16 del mismo Reglamento, exige que se acredite que la extensión de la competencia en cuestión ha sido objeto del consentimiento expreso.— o cuando menos inequívoco.— de todas las partes en el procedimiento, a más tardar en el momento en que se presente ante el tribunal elegido el escrito de demanda o un documento equivalente.

57. Es obvio que ello no es así cuando el tribunal en cuestión conoce de un asunto a instancia de una sola de las partes en el procedimiento, cuando la otra parte en el procedimiento insta ante ese mismo tribunal otro procedimiento en una fecha posterior y cuando esta última parte impugna en la primera actuación que le incumba en el marco del primer procedimiento, la competencia del tribunal elegido.

58. Procede añadir que, cuando se inicie un procedimiento ante un tribunal con arreglo al art. 12, ap. 3, del Reglamento nº 2201/2003, únicamente puede preservarse el interés superior del menor examinando, en cada caso particular, si la extensión de la competencia que se pretende es conforme con ese interés superior, y que una extensión de la competencia basada en la disposición que acaba de citarse únicamente es válida para el procedimiento específico incoado ante el tribunal cuya competencia se amplía (véase, en este sentido, la sentencia E, aps. 47 y 49).

59. De lo anterior se deduce que procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 12, ap. 3, del Reglamento nº 2201/2003 debe interpretarse en el sentido de que no puede considerarse que la competencia del tribunal ante el que una parte insta la sustanciación de un procedimiento en materia de responsabilidad parental ha sido “aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento”, a efectos de dicha disposición, cuando la parte demandada en este primer procedimiento inicie posteriormente un segundo procedimiento ante el mismo tribunal y alegue, con ocasión de la primera actuación que le incumba en el primer procedimiento, la incompetencia del tribunal.

[...]

[L / M.]

2014-2015/93.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Auto nº 58/2015, de 20 febrero 2015, AC\2015\344.

Competencia judicial internacional.- Competencia de los tribunales españoles.- Medidas derivadas de ruptura de pareja estable referentes a responsabilidad parental respecto de hija menor de italiano y española.- Pensión de alimentos.- Resolución dictada por Tribunal italiano que adopta medidas sobre responsabilidad parental respecto a la hija común.- Residencia de la menor en el momento de presentarse la demanda es España.

Normas aplicadas: Arts. 3 y 8 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

La parte demandada que plantea la declinatoria de jurisdicción internacional funda la falta de competencia de los tribunales españoles en el art. 3 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 por entender que deben aplicarse analógicamente las normas reguladoras de la competencia judicial internacional en materia de crisis matrimonial. Afirma que atendiendo a dichas normas la competencia de los tribunales españoles solo podría fundarse en la nacionalidad española de la demandante pero siempre que tuviera su residencia habitual en España seis meses antes de la presentación de la demanda, afirma que aunque se admitiera la presencia de la demandante en El Prat de Llobregat desde abril de 2013 no habría transcurrido el plazo de seis meses en el momento de presentarse la demanda en septiembre de 2013.

No compartimos los argumentos de la parte demandada. La norma aplicable para determinar la competencia de los tribunales españoles no es el art. 3 del Reglamento sino el art. 8. El objeto del proceso viene constituido por las medidas solicitadas en relación al la responsabilidad parental de la hija menor y la pensión de alimentos que se reclama. Las medidas solicitadas en relación a la responsabilidad parental encajan dentro del ámbito material del Reglamento (CE) nº 2201/2003 que define el art. 1,1 b) “ la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental”, conforme a la definición de responsabilidad parental que contiene el propio Reglamento en su art. 2,7. El ap. a) del art. 1,1 hace referencia al divorcio, a la separación y a la nulidad matrimonial. Las normas que determinan la competencia internacional en uno y otro supuesto son distintas. El art. 3 establece las normas que determinan la competencia en los procesos de divorcio, separación y nulidad y el art. 8 determina la competencia en materia de responsabilidad parental. El art. 8 establece que serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que los menores residan habitualmente en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional, por lo que debe examinarse si la menor tenía su residencia habitual en España en el momento de presentarse la demanda. Resulta indiferente a estos efectos la nacionalidad de los progenitores o el lugar de la residencia habitual de la pareja pues hay que estar al lugar de la residencia habitual de la menor. No es óbice que el pro-

cedimiento tenga también por objeto la reclamación de alimentos. El art. 3, letra d), del Reglamento nº 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos dispone que podrá ser competente para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros el tribunal competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. En este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 12 noviembre 2014 en el asunto C-656/2013.

Sobre la interpretación que debe darse al concepto de “residencia habitual” a los efectos de los art. 8 y 10 del Reglamento a fin de determinar el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre cuestiones relativas al derecho de custodia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dicho en sentencia de 22 diciembre 2010 Recurso C-497/10 que: “...”.

[...]

Concluyendo, ha quedado probado que la residencia de la menor en el momento de presentarse la demanda sobre medidas relativas a la responsabilidad parental de la hija y alimentos es España, por lo que de conformidad con el art. 8 del Reglamento son competentes los tribunales españoles.

Procede la desestimación de la declinatoria de jurisdicción internacional lo que conduce a la estimación del recurso.

2014-2015/94.- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Auto nº 161/2015, de 20 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez. JUR/2015/163589.

Competencia judicial internacional.- Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.- Menor residente en Polonia donde ha crecido y tiene su entorno actual.- Aceptación del padre que ha aceptado esta situación y el reconocimiento de un régimen de visitas a su favor.

Normas aplicadas: Arts. 3.1º.a), 8 y 15 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

3. La competencia española

La primera demanda se presentó en Polonia y correspondía al Tribunal de Lublin establecer qué Juzgado es competente. Sin embargo, mediante solicitud a la red judicial europea, se ha recibido la siguiente respuesta del juez de enlace polaco: “Ms. Tomasa filed for divorce on 19 October 2012 (case number III C 2754/12). Both of the parties have professional lawyers representing them (for Mr Baltasar for free). On 2 December 2014 at the request of the defendant's attorney progress on this case has been suspended until the end of the divorce case pending in Spain – Barcelona (case number 952/2012). No other steps are taken by the court in Poland at this moment” (La Sra. Tomasa instó divorcio el 19 octubre 2012 (caso número III C 2752/12). Ambas partes tienen abogados profesionales que les representan (para Don. Baltasar, de oficio). El 2 diciembre 2014 a petición del representante del demandado el desarrollo del proceso en este caso fue suspendido hasta la finalización del caso de divorcio pendiente en España –Barcelona (caso nº 952/2012. Ningún paso más ha sido tomado por el tribunal en Polonia hasta este momento”).

Por tanto, el juez polaco, llamado a resolver la cuestión de competencia planteada, ha optado por suspender las actuaciones hasta el final de este proceso, cuando debería haber decidido sobre la competencia, al ser el tribunal al que se presentó la primera demanda (art. 19 del Reglamento). Ello implica

una admisión inicial de su falta de competencia, aunque no la haya declinado formalmente, como exige el Reglamento. A mayor abundamiento, entendemos que podemos resolver sobre la competencia porque consideramos que no existe litispendencia, al concurrir a favor del Tribunal español los fueros del art. 3 del Reglamento.

En este sentido repetimos que existen indicios vehementes de que la competencia sobre el fondo correspondía inicialmente a los tribunales españoles, en tanto la última residencia de los cónyuges estuvo en Barcelona, aquí estaba la residencia habitual de la menor y en esta ciudad tiene el domicilio el alimentante. La Sala entiende que del contenido de la demanda presentada en Polonia se desprende de forma manifiesta que dicha demanda no contiene ningún elemento que permita justificar la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha interpuesto para conocer del fondo del asunto, en el sentido del Reglamento nº 2201/2003, por lo que este segundo órgano jurisdiccional puede estimar que no existe litispendencia.

Son aplicables, en cuanto al fondo, el art. 3.1, a) inciso primero y art. 8 Reglamento CE nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y el art. 3 a y c del Reglamento CE 4/2009, de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos).

4. La regla excepcional del art. 15 del Reglamento

A pesar de lo expuesto, concurre la circunstancia extraordinaria del art. 15 del Reglamento: el menor vive en Polonia desde el año 2012, donde ha crecido y tiene su entorno actual, todo ello con la aquiescencia del padre, que en medidas provisionales ha aceptado esta situación y el reconocimiento de un régimen de visitas a su favor. Concurren las circunstancias contempladas en los aps. a) b) y d) del art. 15 y la remisión puede acordarse de oficio en tanto concurre el consentimiento de una de las partes que mantiene la competencia de los Tribunales polacos.

Ante los Tribunales polacos ya consta presentada la demanda por lo que el plazo de seis semanas que establece el art. 15.5º debe computarse desde la comunicación de la remisión.

No hay duda que el tribunal polaco está en mejor situación para decidir, por lo que la Jurisdicción española ha de declinar su competencia a favor del Tribunal de Lublin.

2014-2015/95.-Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Segunda, Sentencia nº 94/2014, de 22 mayo 2014. Ponente: Ilma. Sra. Ane Maite Loyola Iriondo. JUR\2014\230099.

Competencia judicial internacional.- Competencia de los tribunales españoles: improcedencia.- Régimen de visitas de un menor de los abuelos paternos.- Modificación de medidas: madre e hijo menor de edad residentes en Francia.- Competencia de los Tribunales franceses.

Normas aplicadas: Arts. 12 y 15 Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

La acción que se ejercita en el presente caso, dirigida a la modificación de las medidas en su día acordadas respecto del régimen de visitas y estancias del menor con sus abuelos paternos, se corresponde con la responsabilidad parental, ya que en definitiva se dirige frente a quien, ostentando la patria potestad del menor en exclusiva, ejerce la guardia y custodia de aquel, debiendo tener en cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el art. 154 Cc, la patria potestad comprende entre otros los deberes y facultades consistentes en velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral, lo cual nos obliga a acudir al Reglamento nº 2201 /2003 de 27 noviembre 2003

El Reglamento mencionado, nº2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental conocido como Bruselas II bis dictado al amparo del art. 61.C del Tratado de la Comunidad Europea e introducido por el Tratado de Ámsterdam, permite la comunitarización en esta materia y se aplica en todos los estados miembros de la Unión Europea excepto en Dinamarca desde el 1 marzo 2005. Dicho Reglamento se aplica en materia de competencia judicial internacional por encima de la Ley interna en virtud del art. 96 CE y del art. 21 LOPJ. en los supuestos en los que se den sus ámbitos de aplicación material, temporal y espacial.

Dicho Reglamento recoge en sus considerandos cuales son los elementos esenciales a ponderar, así como los principios inspiradores de su redacción, siendo de destacar la diferenciación que se realiza en el mismo atendiendo a la materia sobre la cual versen las resoluciones judiciales o las pretensiones de la partes, incidiendo de forma expresa en las cuestiones que afectan a la responsabilidad parental, destacando en ese aspecto en el considerando décimo segundo que “las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad “esto significa por lo tanto que “son los órganos jurisdiccionales del estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual, los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental” y es precisamente dentro de ese ámbito de protección al interés del menor donde se permite (considerando decimotercero) la remisión del asunto a otro órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, siempre entendiendo que con ello se facilita un mejor conocimiento del caso y fundamentalmente de la situación del menor.

Y ya entrando a conocer del articulado del Reglamento referencia observamos cómo en el mismo art. 1.1º el derecho de visitas constituye una de las materias sometidas a su ámbito de aplicación, siendo así que como se desprende del tenor del art. 2.7º la responsabilidad parental comprenderá entre otras cuestiones el de derecho de visitas.

En la sección segunda del Reglamento comprensiva de la regulación de la responsabilidad parental el art. 8 recoge. el criterio general en materia de competencia fijando el criterio general de asignación de la competencia, siendo este el del lugar de residencia del menor ; la excepción prevista en el art. 9 debe tener aplicación estricta y obviamente su interpretación también deberá ser restringida, dada la excepcionalidad de la propia medida, de modo que dicho precepto no podrá ser de aplicación al caso autos ya que el menor reside en Francia desde al menos el año 2011.

En el art. 17 impone el examen de oficio de la competencia al órgano judicial ante el que se presente la demanda cuando se da la propia incompetencia y la competencia de otro Estado Miembro de la Unión Europea. Esto ocurre en el presente caso puesto que a tenor de lo dispuesto en el art. 8 son competentes los Tribunales de Francia, por ser este el Estado miembro del domicilio del menor respecto del cual se suscita la controversia relativa a responsabilidad parental.

No puede admitirse en este caso la sumisión tácita y tampoco estamos ante un supuesto de sumisión expresa, o presunta por actos inequívocos anteriores a la demanda.

Además, la propia regulación española establece también el examen de oficio de la competencia a tenor del art. 38 LEC, igual que la territorial, art 769.4º LEC Es más incluso en esta alzada, cabe la apreciación de la falta de jurisdicción o la incompetencia de los Tribunales españoles según el art. 227 último párrafo LEC.

El Juzgado a quo debió examinar su propia competencia internacional detenidamente y, a limine litis, debió no admitir a trámite la demanda en cuanto a la responsabilidad parental y régimen de relación con los abuelos no custodios.

Y a esta conclusión se debió llegar en virtud de lo dispuesto en el art. 8 ya mencionado una vez excluidas las posibles excepciones del art. 12.

En el presente caso, atendiendo a la naturaleza de la petición formulada en la demanda, no es admisible la prórroga de competencia prevista con carácter excepcional frente al régimen general en el art.

12.1º por conexidad con la acción relativa a la guarda y custodia del menor y tampoco cabe por conexidad con la acción alimenticia en virtud del art. 12.3º del mismo Reglamento Europeo, porque como veremos, tampoco los Tribunales españoles son competentes para esta acción (los propios demandantes niegan que su acción guarde relación con dichas cuestiones).

En todo caso, es evidente que, dada la configuración de las normas de competencia establecidas en el Reglamento en materia de responsabilidad parental, las mismas, como ya indicábamos anteriormente, se configuran en atención al interés superior del menor, de modo que en este caso deberá ser el lugar de residencia de aquel el criterio rector de la competencia.

Como última consideración, se ha de incidir en el superior interés del menor que indudablemente resultará mejor protegido con la competencia de los Tribunales franceses, pues ese interés es el que prima e inspira de forma implícita o expresa, toda la legislación internacional, europea estatal y autonómica. La proximidad de los Tribunales franceses a su lugar de residencia y asimismo a sus quehaceres cotidianos satisface el interés del menor al permitir la obtención de los datos relevantes para resolver las reclamaciones con mejor conocimiento y menor carga procesal que para los Tribunales españoles, y así lo demuestra por ejemplo el hecho de que el dictamen pericial obrante en autos haya tenido que hacerse solo con la participación de los demandantes y no con la exploración personal del menor o de su madre.

El considerando 12 de Bruselas II-bis expresa claramente que la competencia de los Tribunales de la residencia habitual del menor responde al interés de este, incluso cuando un Tribunal distinto al de la residencia es competente – sin ser este el presente caso; puede declinar su competencia a favor del órgano jurisdiccional mejor situado, según el art. 15.

La estimación de la falta de jurisdicción del Juzgado a quo deja sin objeto el análisis de la apelación del demandante, que formalmente debe ser desestimada. La inadmisión de la demanda supone el sobreseimiento de los autos, según el art. 65.2º LEC.

ACEPTACIÓN DE LA ADHESIÓN DE UN ESTADO TERCERO AL CONVENIO DE LA HAYA EL 25 OCTUBRE 1980, ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

2014-2015/96.- Dictamen 1/13 del Tribunal de Justicia, Gran Sala, de 14 octubre 2014. Ponente: J. Malenovský.

Dictamen emitido con arreglo al art. 218 TFUE, ap. 11.- Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.- Adhesión de Estados terceros.- Reglamento (CE) nº 2201/2003.- Competencia externa exclusiva de la Unión Europea.- Riesgo de menoscabo de la aplicación uniforme y coherente de las normas de la Unión y del buen funcionamiento del sistema que establecen.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis). Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

1. La cuestión sometida al dictamen del Tribunal de Justicia por la Comisión Europea está formulada en los siguientes términos:

“¿Es competencia exclusiva de la Unión [Europea] la aceptación de la adhesión de un tercer país al [Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980 (en lo sucesivo, “Convenio de La Haya de 1980”)]?”

[...]

Sobre el objeto del examen del Tribunal de Justicia

65. Con carácter preliminar procede constatar que, en el presente asunto, la declaración de aceptación de la adhesión y, por tanto, el acuerdo internacional del que ésta es un elemento constitutivo, son accesorios del Convenio de La Haya de 1980, que rige su existencia y sus efectos y del que esta declaración y este acuerdo no pueden por tanto ser separados. En efecto, como se ha señalado en el ap. 39 del presente dictamen, dicho acuerdo tiene por objeto permitir la aplicación de la totalidad de este Convenio en las relaciones bilaterales mantenidas entre los dos Estados interesados.

66. De ello se desprende que, al examinar la presente solicitud de dictamen, ha de tenerse en cuenta el conjunto de derechos y obligaciones previstos por dicho Convenio.

Sobre la existencia de la competencia de la Unión

67. La competencia de la Unión para celebrar acuerdos internacionales puede resultar no solamente de una atribución expresa del Tratado, sino también, de manera implícita, de otras disposiciones del Tratado y de actos adoptados por las instituciones de la Unión en virtud de dichas disposiciones. En particular, siempre que el Derecho de la Unión haya atribuido a dichas instituciones competencias en el ámbito interno con el fin de alcanzar un objetivo determinado, la Unión está facultada para asumir los compromisos internacionales necesarios para la consecución de este objetivo, aun cuando no exista una disposición expresa al respecto (dictamen 1/03, ap. 114 y jurisprudencia citada). Este último supuesto se contempla, por lo demás, en el art. 216 TFUE, ap. 1.

68. En el presente asunto, procede señalar que el Convenio de La Haya de 1980 tiene por objeto la cooperación civil en materia de traslado transfronterizo de menores y pertenece, pues, al ámbito del Derecho de familia con repercusión transfronteriza, en el que la Unión ostenta una competencia interna en virtud del art. 81 TFUE, ap. 3. Además, la Unión ha ejercido dicha competencia mediante la adopción del Reglamento nº 2201/2003. En estas circunstancias, la Unión dispone de competencia externa en el ámbito objeto de este Convenio.

Sobre la naturaleza de la competencia

69. El Tratado FUE precisa, en particular en el art. 3, ap. 2, los requisitos para que la Unión disponga de competencia externa exclusiva.

70. A este respecto, consta que la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio de La Haya de 1980 no está prevista por ningún acto legislativo de la Unión y no es necesaria para permitir que la Unión ejerza su competencia interna. Por consiguiente, procede examinar la solicitud de dictamen desde el punto de vista del requisito que figura en el art. 3 TFUE, ap. 2, en virtud del cual la celebración de un acuerdo internacional forma parte de la competencia exclusiva de la Unión en la medida en que “pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”.

71. La observancia de este requisito debe examinarse a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conforme a la cual existe el riesgo de que unos compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros afecten a normas comunes de la Unión o alteren el alcance de dichas normas, lo que justifica una competencia externa exclusiva de la Unión, cuando tales compromisos estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esas normas (véanse en este sentido las sentencias Comisión / Consejo, denominada “AETR”, 22/70, ap. 30; Comisión / Dinamarca, C-467/98, ap. 82, y Comisión / Consejo, C-114/12, aps. 66 a 68).

72. Para constatar la existencia de ese riesgo no se requiere una concordancia completa entre el ámbito abarcado por los compromisos internacionales y el abarcado por la normativa de la Unión (véanse el dictamen 1/03, ap. 126, y la sentencia Comisión / Consejo, ap. 69).

73. En particular, el alcance de las normas comunes de la Unión puede verse afectado o alterado por tales compromisos cuando éstos pertenezcan a un ámbito ya cubierto en gran medida por esas normas (véase, en este sentido, el dictamen 2/91, aps. 25 y 26). Como ya ha declarado el Tribunal de Justicia y en contra de lo que afirman el Consejo y algunos de los Gobiernos que han presentado observaciones, tal circunstancia sigue siendo pertinente, en el contexto del art. 3 TFUE, ap. 2, para apreciar

si se cumple el requisito relativo al riesgo de que se vean afectadas normas comunes de la Unión o de que se vea alterado su alcance (sentencia Comisión / Consejo, aps. 70, 72 y 73).

74. Dicho esto, como la Unión sólo dispone de competencias de atribución, la existencia de una competencia, y más aún de carácter exclusivo, debe basarse en las conclusiones resultantes de un análisis global y concreto de la relación entre el acuerdo internacional previsto y el Derecho de la Unión vigente. Este análisis debe tener en cuenta los ámbitos cubiertos respectivamente por las normas de la Unión y por las disposiciones del acuerdo previsto, sus perspectivas de evolución previsibles y la naturaleza y contenido de dichas normas y disposiciones, con objeto de comprobar si el acuerdo de que se trate puede poner en peligro la aplicación uniforme y coherente de las normas de la Unión y el buen funcionamiento del sistema que establecen (véase el dictamen 1/03, aps. 126, 128 y 133, y la sentencia Comisión / Consejo, ap. 74).

Sobre la concordancia de los ámbitos afectados

75. El Convenio de La Haya de 1980 prevé, más concretamente, dos procedimientos, a saber, por una parte, el de restitución de menores trasladados ilícitamente y, por otra parte, el destinado a garantizar el ejercicio del derecho de visita.

76. Por lo que se refiere, en primer lugar, al procedimiento de restitución del menor trasladado ilícitamente, los arts. 8 a 11 de dicho Convenio regulan la presentación de una demanda de restitución ante la autoridad central de un Estado contratante, el traslado de dicha demanda a la autoridad central del Estado contratante en el que se encuentre el menor y la tramitación de esta demanda por las autoridades judiciales o administrativas de este último Estado. El art. 12 del mismo Convenio establece los requisitos para que las autoridades judiciales o administrativas ordenen la restitución del menor al Estado contratante en el que tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención. Los arts. 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980 especifican los supuestos en los que estas últimas autoridades pueden denegar la restitución del menor y adoptar una decisión de no restitución.

77. El Reglamento nº 2201/2003 completa y precisa dichas normas del Convenio, en particular en su art. 11. Así, el art. 11, ap. 2, de dicho Reglamento impone el principio de audiencia del menor interesado en el procedimiento previsto en los arts. 12 y 13 de dicho Convenio. Asimismo, el art. 11, ap. 3, del mismo Reglamento señala un plazo preciso para la adopción de la decisión de restitución del menor trasladado ilícitamente. Por otra parte, el art. 11, aps. 4 a 6, del mismo Reglamento enmarca la facultad de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de denegar la restitución del menor sobre la base del mismo Convenio, sometiendo el ejercicio de esta facultad a requisitos adicionales. El art. 11, ap. 8, del Reglamento nº 2201/2003, en combinación con el art. 42 de este Reglamento, establece un procedimiento que facilita la restitución del menor trasladado ilícitamente, complementario del previsto por el Convenio de La Haya de 1980. Según estas disposiciones, aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio, el órgano jurisdiccional competente en virtud de dicho Reglamento puede adoptar una resolución posterior que ordene la restitución del menor y a esta resolución se le reconocerá carácter ejecutivo en el Estado miembro en el que se encuentre el menor, sin que las autoridades de este Estado puedan oponerse a dicho reconocimiento.

78. Del contenido de todas estas disposiciones del Reglamento nº 2201/2003 mencionadas en el apartado anterior se desprende que, o bien se basan en las normas del Convenio de La Haya de 1980, o bien establecen las consecuencias que procede deducir de la aplicación de tales normas. Estas dos categorías de disposiciones constituyen, por tanto, un conjunto normativo indivisible que se aplica a los procedimientos de restitución de menores trasladados ilícitamente dentro de la Unión.

79. A continuación, por lo que se refiere al procedimiento destinado a garantizar el ejercicio del derecho de visita, este Convenio sólo le dedica específicamente el art. 21, que se limita a prever la posibilidad de dirigir demandas relativas a tal ejercicio a las autoridades centrales de los Estados contratantes y a imponer a éstas obligaciones destinadas a asegurar el disfrute pacífico de este derecho.

80. El Reglamento nº 2201/2003 establece reglas de base análogas en lo que atañe al ejercicio de dicho derecho. En particular, según sus arts. 55 y 57, todo titular de la responsabilidad parental puede

presentar una solicitud de asistencia para el ejercicio del derecho de visita a la autoridad central del Estado miembro en el que resida habitualmente o a la autoridad central del Estado miembro en el que el menor de que se trate tenga su residencia habitual o esté presente.

81. Por último, el Convenio de La Haya de 1980 establece disposiciones generales que son comunes a los procedimientos relativos a la restitución del menor trasladado ilícitamente y al ejercicio del derecho de visita. Así, de los arts. 22 y 26 de este Convenio se deduce que, salvo determinadas excepciones, las autoridades competentes no pueden exigir el pago de gastos o una fianza en relación con estos procedimientos. Según el art. 23 de dicho Convenio, en el contexto de dichos procedimientos no se exigirá ninguna legalización ni otras formalidades análogas. El art. 24 del Convenio de La Haya de 1980 precisa los idiomas en los que pueden presentarse las demandas relativas a la aplicación de este Convenio a la autoridad central del Estado requerido. Además, según el art. 25 del mismo Convenio, la persona que resida habitualmente en un Estado contratante e interponga tal demanda tiene derecho a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en este último Estado.

82. El Reglamento n° 2201/2003 establece normas similares aplicables al procedimiento de restitución del menor trasladado ilícitamente y al procedimiento que garantiza el ejercicio del derecho de visita. En concreto, del art. 57, ap. 3, de dicho Reglamento se deduce que la ayuda proporcionada por las autoridades centrales es gratuita. En virtud del art. 41 del mismo Reglamento, el derecho de visita concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro será reconocido y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento. El art. 42 del Reglamento n° 2201/2003 prevé un reconocimiento análogo para las resoluciones que ordenen la restitución de un menor mencionadas en el art. 11, ap. 8, del mismo Reglamento. Conforme al art. 57, ap. 2, del citado Reglamento, existe la posibilidad de dirigir comunicaciones a las autoridades centrales de los Estados miembros en una lengua distinta de las suyas. Por último, el art. 50 dispone que el solicitante que, en el Estado miembro de origen, hubiere obtenido el beneficio de asistencia jurídica gratuita o de una exención de costas judiciales gozará también, en los procedimientos relativos a la restitución del menor trasladado ilícitamente y al ejercicio del derecho de visita previstos en los arts. 41, 42 y 48 del Reglamento, del beneficio más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del Estado miembro de ejecución.

83. Habida cuenta de lo anterior, procede constatar que las disposiciones del Reglamento n° 2201/2003 cubren en gran medida los dos procedimientos regulados por el Convenio de La Haya de 1980, esto es, el relativo a la restitución de menores trasladados ilícitamente y el destinado a garantizar el ejercicio del derecho de visita. Así pues, este Convenio debe considerarse cubierto en su conjunto por las normas de la Unión.

Sobre el riesgo de que las normas comunes se vean afectadas

84. Por lo que atañe al riesgo de que las normas comunes de la Unión se vean afectadas por las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 y por las declaraciones de aceptación de la adhesión, habida cuenta de las naturalezas y contenidos respectivos de unas y otras, procede señalar, por una parte, que el Reglamento n° 2201/2003 establece normas uniformes que se imponen a las autoridades de los Estados miembros.

85. Por otra parte, debido al solapamiento y a la íntima vinculación existente entre las disposiciones de dicho Reglamento y las de este Convenio y, en particular, entre las disposiciones previstas en el art. 11 del mismo Reglamento y las contenidas en el capítulo III del Convenio, las disposiciones de este último pueden tener incidencia en el sentido, el alcance y la eficacia de las normas del Reglamento n° 2201/2003.

86. No desvirtúa esta conclusión el hecho de que numerosas disposiciones de dicho Reglamento y las de este mismo Convenio puedan parecer coherentes entre sí. En efecto, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, la afectación de las normas de la Unión por los compromisos internacionales puede

producirse incluso en el caso de que no exista contradicción entre ellos (véanse en este sentido el dictamen 2/91, aps. 25 y 26, y la sentencia Comisión / Consejo ap. 71).

87. Más concretamente, la relación entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento n° 2201/2003 queda precisada, en particular, por el art. 60 de este Reglamento, conforme al cual el Reglamento prima sobre el Convenio en la medida en que las materias reguladas por ambos instrumentos se solapan.

88. Ahora bien, a pesar de la primacía conferida al Reglamento n° 2201/2003, el alcance y la eficacia de las normas comunes establecidas por este Reglamento corren el riesgo de verse afectadas por aceptaciones heterogéneas, por parte de los Estados miembros, de adhesiones de Estados terceros al Convenio de la Haya de 1980.

89. A este respecto, como señalaron el Parlamento y la Comisión, si fueran los Estados miembros, y no la Unión, los competentes para aceptar o no la adhesión de un nuevo Estado tercero al Convenio de La Haya de 1980, se correría el riesgo de menoscabar la aplicación uniforme y coherente del Reglamento 2001/2003 y, en particular, de las normas de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros cada vez que una situación de sustracción internacional de un menor afectara a un Estado tercero y a dos Estados miembros, uno de los cuales hubiera aceptado la adhesión de ese Estado tercero a dicho Convenio y el otro no.

90. Habida cuenta de lo anterior, la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio de La Haya de 1980 es competencia exclusiva de la Unión.

Por consiguiente, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) emite el siguiente dictamen:

La aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980, es competencia exclusiva de la Unión Europea.

Obs.: A. Borrás, “La aceptación de las adhesiones al Convenio de la Haya de 1980 sobre sustracción de menores: el Dictamen del TJUE de 14 octubre 2014”, *La Ley: Unión Europea*, n° 21, 2014, pp. 42–46.

PERSONA Y ESTADO CIVIL

ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE DATOS PERSONALES RESPECTO DE BUSCADORES DE INTERNETS

2014–2015/97.– Tribunal de Justicia, Gran Sala, Sentencia de 13 mayo 2014. Asunto C–131/12. Ponente: M. Ilešič.

Datos personales.– Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de dichos datos.– Directiva 95/46/CE.– Arts. 2, 4, 12 y 14.– **Ámbito de aplicación material y territorial.**– Motores de búsqueda en Internet.– Tratamiento de datos contenidos en sitios de Internet.– Búsqueda, indexación y almacenamiento de estos datos.– Responsabilidad del gestor del motor de búsqueda.– Establecimiento en territorio de un Estado miembro.– Alcance de las obligaciones de dicho gestor y de los derechos del interesado.– Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.– Arts. 7 y 8.

Normas aplicadas: Arts. 2, letras b) y d), 4, ap. 1, letras a) y c), 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a) Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[...]

53. Además, visto el objetivo de la Directiva 95/46 de garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, ésta expresión no puede ser objeto de una interpretación restrictiva (véase, por analogía, la sentencia L'Oréal y otros, C-324/09, aps. 62 y 63).

54. En este marco, cabe señalar que se desprende, concretamente de los considerandos 18 a 20 y del art. 4 de la Directiva 95/46, que el legislador de la Unión pretendió evitar que una persona se viera excluida de la protección garantizada por ella y que se eludiera esta protección, estableciendo un ámbito de aplicación territorial particularmente extenso.

55. Habida cuenta de este objetivo de la Directiva 95/46 y del tenor de su art. 4, ap. 1, letra a), procede considerar que el tratamiento de datos personales realizado en orden al funcionamiento de un motor de búsqueda como Google Search, gestionado por una empresa que tiene su domicilio social en un Estado tercero pero que dispone de un establecimiento en un Estado miembro, se efectúa "en el marco de las actividades" de dicho establecimiento si éste está destinado a la promoción y venta en dicho Estado miembro de los espacios publicitarios del motor de búsqueda, que sirven para rentabilizar el servicio propuesto por el motor.

56. En efecto, en tales circunstancias, las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en el Estado miembro de que se trate están indisolublemente ligadas, dado que las actividades relativas a los espacios publicitarios constituyen el medio para que el motor de búsqueda en cuestión sea económicamente rentable y dado que este motor es, al mismo tiempo, el medio que permite realizar las mencionadas actividades.

57. Sobre este particular, es necesario recordar que, como se ha precisado en los aps. 26 a 28 de la presente sentencia, la propia presentación de datos personales en una página de resultados de una búsqueda constituye un tratamiento de tales datos. Pues bien, toda vez que dicha presentación de resultados está acompañada, en la misma página, de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento del responsable del tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el caso de autos el territorio español.

58. En tales circunstancias, no se puede aceptar que el tratamiento de datos personales llevado a cabo para el funcionamiento del mencionado motor de búsqueda se sustraiga a las obligaciones y a las garantías previstas por la Directiva 95/46, lo que menoscabaría su efecto útil y la protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas que tiene por objeto garantizar (véase, por analogía, la sentencia L'Oréal y otros, aps. 62 y 63), en particular, el respeto de su vida privada en lo que respecta al tratamiento de datos personales, al que esta Directiva concede una importancia especial, como confirman, concretamente, su art. 1, ap. 1, y sus considerandos 2 y 10 (véanse, en este sentido, las sentencias Österreichischer Rundfunk y otros, C-465/00, C-138/01 y C-139/01, ap. 70; Rijkeboer, C-553/07, ap. 47, e IPI, C-473/12, ap. 28 y jurisprudencia citada).

59. En la medida en que el primero de los tres requisitos enumerados por el tribunal remitente basta por sí mismo para concluir que un establecimiento como Google Spain cumple el criterio recogido en el art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 95/46, no es necesario examinar los otros dos requisitos.

60. De lo anterior se deduce que procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra a), que el art. 4, ap. 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro.

[...]

78. A este respecto, procede recordar que se deriva del art. 28, aps. 3 y 4, de la Directiva 95/46 que toda autoridad de control entenderá de las solicitudes de cualquier persona relativas a la protección de sus derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales y que dispone de poderes de investigación y de poderes efectivos de intervención, que le permiten, en particular, ordenar el bloqueo, la supresión o la destrucción de datos, o prohibir provisional o definitivamente un tratamiento.

79. Deben interpretarse y aplicarse a la luz de estas consideraciones las disposiciones de la Directiva 95/46 que regulan los derechos del interesado cuando la autoridad de control o los tribunales conocen de una solicitud como la controvertida en el litigio principal.

80. A este respecto, debe señalarse, en primer lugar, que, como se ha afirmado en los aps. 36 a 38 de la presente sentencia, un tratamiento de datos personales como el controvertido en el litigio principal, efectuado por el gestor de un motor de búsqueda, puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo (véase, en este sentido, la sentencia eDate Advertising y otros, C-509/09 y C-161/10, ap. 45).

81. Vista la gravedad potencial de esta injerencia, es obligado declarar que el mero interés económico del gestor de tal motor en este tratamiento no la justifica. Sin embargo, en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar, en situaciones como las del litigio principal, un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los arts. 7 y 8 de la Carta. Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeña en la vida pública.

82. Como resultado del examen de los requisitos de aplicación de los arts. 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, que se ha de realizar cuando conocen de una solicitud como la controvertida en el litigio principal, la autoridad de control o el órgano jurisdiccional pueden ordenar a dicho gestor eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, sin que una orden en dicho sentido presuponga que ese nombre o esa información sean, con la conformidad plena del editor o por orden de una de estas autoridades, eliminados con carácter previo o simultáneamente de la página web en la que han sido publicados.

83. En efecto, como se ha afirmado en los puntos 35 a 38 de la presente sentencia, en la medida en que el tratamiento de datos personales llevado a cabo en la actividad de un motor de búsqueda se distingue del efectuado por los editores de sitios de Internet y se añade a éste y afecta de modo adicional a los derechos fundamentales del interesado, el gestor de este motor, como responsable del tratamiento, debe garantizar, en el marco de sus responsabilidades, de sus competencias y de sus posibilidades, que dicho tratamiento cumple los requisitos de la Directiva 95/46, para que las garantías que ella establece puedan tener pleno efecto.

84. A este respecto, cabe señalar que, habida cuenta de la facilidad con que la información publicada en un sitio de Internet puede ser copiada en otros sitios y de que los responsables de su publicación no están siempre sujetos al Derecho de la Unión, no podría llevarse a cabo una protección eficaz y completa de los interesados si éstos debieran obtener con carácter previo o en paralelo la eliminación de la información que les afecta de los editores de sitios de Internet.

85. Además, el tratamiento por parte del editor de una página web, que consiste en la publicación de información relativa a una persona física, puede, en su caso, efectuarse “con fines exclusivamente periodísticos” y beneficiarse, de este modo, en virtud del art. 9 de la Directiva 95/46, de las excepciones a los requisitos que ésta establece, mientras que ése no es el caso en el supuesto del tratamiento que lleva a cabo el gestor de un motor de búsqueda. De este modo, no puede excluirse que el interesado pueda en determinadas circunstancias ejercer los derechos recogidos en los arts. 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 contra el gestor, pero no contra el editor de dicha página web.

86. Por último, debe observarse que no sólo la razón que justifica, en virtud del art. 7 de la Directiva 95/46, la publicación de un dato personal en un sitio de Internet no coincide forzosamente con la que se aplica a la actividad de los motores de búsqueda, sino que, aun cuando éste sea el caso, el resultado de la ponderación de los intereses en conflicto que ha de llevarse a cabo en virtud de los arts. 7, letra f), y 14, párrafo primero, letra a), de la mencionada Directiva puede divergir en función de que se trate de un tratamiento llevado a cabo por un gestor de un motor de búsqueda o por el editor de esta página web, dado que, por un lado, los intereses legítimos que justifican estos tratamientos pueden ser diferentes, y, por otro, las consecuencias de estos tratamientos sobre el interesado, y, en particular, sobre su vida privada, no son necesariamente las mismas.

87. En efecto, en la medida en que la inclusión, en la lista de resultados obtenida tras una búsqueda llevada a cabo a partir del nombre de una persona, de una página web y de información contenida en ella relativa a esta persona facilita sensiblemente la accesibilidad de dicha información a cualquier internauta que lleve a cabo una búsqueda sobre el interesado y puede desempeñar un papel decisivo para la difusión de esta información, puede constituir una injerencia mayor en el derecho fundamental al respeto de la vida privada del interesado que la publicación por el editor de esta página web.

88. A la luz del conjunto de consideraciones precedentes procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras c) y d), que los arts. 12, letra b) y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, para respetar los derechos que establecen estas disposiciones, siempre que se cumplan realmente los requisitos establecidos en ellos, el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.

[...]

94. Por consiguiente, en el supuesto en el que se aprecie, tras una solicitud del interesado en virtud del art. 12, letra b), de la Directiva 95/46, que la inclusión en la lista de resultados obtenida como consecuencia de una búsqueda efectuada a partir de su nombre, de vínculos a páginas web, publicadas legalmente por terceros y que contienen datos e información verídicos relativos a su persona, es, en la situación actual, incompatible con dicho art. 6, ap. 1, letras c) a e), debido a que esta información, habida cuenta del conjunto de las circunstancias que caracterizan el caso de autos, es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse.

95. En lo que atañe a las solicitudes en el sentido de este art. 12, letra b), basadas en el supuesto incumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 7, letra f), de la Directiva 95/46 y con arreglo al art. 14, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva, ha de señalarse que cada tratamiento de datos personales debe ser legítimo, en virtud del art. 7, durante todo el período en el que se efectúa.

96. Visto lo que antecede, al apreciar tales solicitudes presentadas contra un tratamiento como el controvertido en el litigio principal, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre. A este respecto, cabe señalar que la apreciación de la existencia de tal derecho no presupone que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado.

97. Ya que el interesado puede, habida cuenta de sus derechos con arreglo a los arts. 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, es necesario considerar, como se desprende, en particular, del ap. 81 de la presente sentencia, que estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.

98. En relación con una situación como la del litigio principal, que se refiere a la presentación, en la lista de resultados que el internauta obtiene al efectuar una búsqueda a partir del nombre del interesado con ayuda de Google Search, de vínculos a dos páginas de archivos en línea de un periódico que contienen anuncios que mencionan el nombre de esta persona y relativos a una subasta inmobiliaria vinculada a un embargo por deudas a la Seguridad Social, es preciso considerar que, teniendo en cuenta el carácter sensible de la información contenida en dichos anuncios para la vida privada de esta persona y de que su publicación inicial se remonta a 16 años atrás, el interesado justifica que tiene derecho a que esta información ya no se vincule a su nombre mediante esa lista. Por tanto, en la medida en que en el caso de autos no parece existir razones concretas que justifiquen un interés preponderante del público en tener acceso a esta información en el marco de tal búsqueda, lo que no obstante incumbe comprobar al órgano jurisdiccional remitente, el interesado puede, en virtud de los arts. 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46, exigir que se eliminen estos vínculos de la lista de resultados.

99. De las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los arts. 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que, al analizar los requisitos de aplicación de estas disposiciones, se tendrá que examinar, en particular, si el interesado tiene derecho a que la información en cuestión relativa a su persona ya no esté, en la situación actual, vinculada a su nombre por una lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre, sin que la apreciación de la existencia de tal derecho presuponga que la inclusión de la información en cuestión en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. Puesto que éste puede, habida cuenta de los derechos que le reconocen los arts. 7 y 8 de la Carta, solicitar que la información de que se trate ya no se ponga a disposición del público en general mediante su inclusión en tal lista de resultados, estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en acceder a la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate.

[GOOGLE SPAIN, S.L., GOOGLE INC. Y AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD)]

Observaciones: 1. En lo relativo al ámbito de aplicación territorial de la legislación europea sobre protección de datos personales, punto de partida de las dificultades interpretativas es el contenido el actual marco normativo. Es conocido que el art. 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de

protección de datos de carácter personal (LOPD) –que incorpora el art. 4 de la Directiva 95/46/CE – prevé la aplicación de la legislación española, en particular, cuando “el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento” o cuando “el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito”. La sentencia Google Spain resulta ahora de particular interés con respecto a la interpretación del primero de esos criterios en relación con las actividades de operadores cuyo establecimiento principal se encuentra fuera de la UE, de gran importancia práctica en el caso de los motores de búsqueda y de las redes sociales.

A partir de la vinculación existente entre Google Inc –gestora del buscador– y su filial en España Google SL, el Tribunal de Justicia concluye sobre este particular que el requisito del art. 4 de la Directiva acerca de que el tratamiento de datos se lleve a cabo en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable en territorio español se cumple cuando el gestor de un motor de búsqueda cuenta en España con una sucursal o una filial destinada a la promoción y la venta de espacios publicitarios en el buscador cuya actividad se dirige a los habitantes de España. En un sentido similar, ya el Abogado General Jääskinen en sus conclusiones de 25 junio 2013 en este asunto, había considerado, a partir del criterio manifestado por el llamado Grupo del art. 29, que cuando un establecimiento del responsable del tratamiento de datos actúa como un nexo para el servicio de referencia con el mercado publicitario de un Estado miembro, cabe entender que el tratamiento de datos personales tiene lugar en el marco de dicho establecimiento, aunque las operaciones de tratamiento técnico de los datos estén situadas en otro Estado miembro o en países terceros .

2. Más allá de su concreta formulación en la sentencia, el resultado alcanzado con respecto al sometimiento del buscador Google a la legislación española de protección de datos no parece cuestionable. En general, cabe entender que tratándose de las actividades de un prestador de servicios que tiene decenas de millones de usuarios en la UE, que dirige sus servicios (entre otros) a los países de la UE, que ofrece espacios publicitarios específicamente dirigidos a anunciantes interesados en comercializar sus productos o servicios en países de la UE, que dispone de establecimientos en Estados de la UE dedicados a la comercialización de servicios esenciales para la rentabilidad del buscador... parece razonable que quede sometido a la legislación de la UE en materia de datos personales. Cualquier otro resultado menoscabaría gravemente la protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y colocaría en una posición de desventaja intolerable a los prestadores de servicios similares establecidos en la UE que favorecería la deslocalización de estos servicios a países con un marco menos estricto en materia de protección de datos (o incluso carentes de cualquier regulación en la materia).

Además, se trata de una respuesta coherente con el dato de que el concepto de “establecimiento” en el marco del art. 4 de la Directiva venía siendo entendido como un término muy amplio en el que lo determinante es el ejercicio efectivo y real en el país en cuestión de una actividad mediante una instalación estable con independencia de la forma jurídica de ésta. El objetivo de la Directiva 95/46 de garantizar una protección eficaz y completa del derecho fundamental al tratamiento de los datos personales, excluye según el criterio del Tribunal una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de la legislación europea (como recoge el ap. 53 de la sentencia), lo que favorece una interpretación según la cual la idea de que de que la existencia de una filial dedicada a comercializar servicios básicos para la rentabilidad y viabilidad del servicio que presta la empresa matiz resulta determinante para apreciar que ésta tiene un establecimiento en España a los efectos de la Directiva. A este respecto el Tribunal destaca que las actividades del gestor del motor de búsqueda y las de su establecimiento situado en España, dedicado básicamente a comercializar espacios publicitarios en el buscador, están indisociablemente ligadas, lo que le lleva a concluir que el tratamiento de datos personales por el gestor del buscador “se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento” existente en España.

3. Habida cuenta de lo anterior, no debe sorprender que resulte previsible que la evolución de la legislación europea sobre protección de datos consolide el resultado sobre el particular alcanzado por el Tribunal en la sentencia Google Spain. En concreto, el marco normativo en materia de protección de datos personales se halla en fase de revisión en el seno de la UE, como se refleja en la Propuesta de Reglamento general de protección de datos presentada por la Comisión el 25 enero 2012. Precisamente, el art. 3 de la Propuesta de Reglamento contempla cambios en la formulación de la disposición sobre el ámbito de aplicación espacial, para clarificar su alcance con respecto a actividades de operadores establecidos en terceros Estados. La propuesta de Reglamento incluye como criterio determinante de su aplicación a las situaciones en las que el tratamiento de datos no se produce en el territorio de un Estado miembro en el marco de un establecimiento del responsable, el que el tratamiento de datos personales de residentes en la Unión Europea esté relacionado con la oferta de bienes o servicios a esos interesados en la Unión.

Esta evolución se corresponde con el propósito de hacer depender la aplicación de la legislación de que el responsable dirija la actividad en el marco del cual tiene lugar el tratamiento al Estado de la residencia del interesado. Se trata de un enfoque que facilitará el sometimiento a la legislación europea (y a la competencia de las autoridades administrativas de sus Estados miembros) de quienes no se encuentran establecidos en la Unión, pero tratan datos de residentes en la Unión en circunstancias en las que es apropiado que queden sometidos a la legislación europea. En todo caso, la sentencia reseñada es de prever que siga siendo de gran interés tras la aprobación de la futura legislación de la UE en la materia, en la medida en que también se contempla mantener como criterio suficiente para que sea aplicable el futuro Reglamento el que el tratamiento de datos personales tenga lugar en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado del tratamiento en la Unión. Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*.

PROCESO

NOTIFICACIÓN DE DOCUMENTOS JUDICIALES Y EXTRAJUDICIALES EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2014-2015/98.-Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 11 junio 2015. Asuntos acumulados C-226/13, C-245/13, C-247/13 y C-578/13. Ponente: A.Tizzano.

Cooperación judicial en materia civil.- Notificación de documentos judiciales y extrajudiciales.- Reglamento (CE) nº 1393/2007.- Art. 1, ap. 1.- Concepto de “materia civil o mercantil”.- Responsabilidad del Estado por los *acta iure imperii*.

Normas aplicadas: Art. 1, ap. 1 Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.

[...]

49. *Por consiguiente, para poder considerar que el Reglamento nº 1393/2007 resulta aplicable, es suficiente con que el tribunal que conozca del asunto llegue a la conclusión de que no es manifiesto que la demanda presentada ante él no verse sobre materia civil o mercantil.*

* Catedrático de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

50. En cuanto a la cuestión de determinar si el Reglamento nº 1393/2007 resulta aplicable a acciones judiciales como las que se ventilan en los litigios principales, procede observar que del propio texto del art. 1, ap. 1, del Reglamento resulta que, si bien determinados litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidos dentro del ámbito de aplicación del citado Reglamento, la situación es distinta cuando la autoridad de que se trate actúa en ejercicio de la potestad pública.

51. Para responder a la mencionada cuestión, procede, por tanto, determinar si la relación jurídica que existe entre los demandantes en los litigios principales y el Estado griego se caracteriza de modo patente por constituir una manifestación de la potestad pública por parte del Estado deudor, por corresponder al ejercicio de facultades exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (sentencias Préservatrice foncière TIARD, C-266/01, ap. 30, y Lechouritou y otros, ap. 34).

52. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que un organismo nacional o internacional de Derecho público que se encarga de recaudar las tasas que debe abonar una persona de Derecho privado por la utilización de instalaciones y servicios del propio organismo, actúa en ejercicio de la potestad pública, en particular, cuando esta utilización sea obligatoria y exclusiva y cuando la cuantía de las tasas, las modalidades de cálculo y los procedimientos de recaudación se determinen de forma unilateral frente a los usuarios (sentencias LTU, 29/76, ap. 4, y Lechouritou y otros, ap. 32).

53. Ahora bien, la emisión de obligaciones no presupone necesariamente el ejercicio de facultades exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares. En efecto, no cabe excluir que una persona jurídica de Derecho privado pueda acudir al mercado para financiarse, concretamente mediante la emisión de obligaciones.

54. Por otro lado, en lo que atañe a los asuntos principales, de la documentación aportada no resulta de modo manifiesto que las condiciones financieras de los títulos en cuestión hayan sido fijadas unilateralmente por el Estado griego y no sobre la base de las condiciones de mercado que rigen el intercambio y la rentabilidad de estos instrumentos financieros.

55. Es verdad que la Ley nº 4050/2012 se inscribe en el marco de la gestión de las finanzas públicas y, más específicamente, de la restructuración de la deuda pública a fin de hacer frente a una situación de grave crisis financiera, y que con ese fin dicha Ley incluyó en los contratos en cuestión la posibilidad de un canje de títulos.

56. A este respecto, sin embargo, procede observar que, por un lado, el hecho de que la mencionada posibilidad haya sido introducida por una ley no resulta por sí solo determinante para llegar a la conclusión de que el Estado ha ejercido su potestad pública.

57. Por otro lado, no resulta de un modo manifiesto que la adopción de la Ley nº 4050/2012 haya producido directa e inmediatamente modificaciones en cuanto a las condiciones financieras de los títulos de que se trata y haya causado, por ende, el perjuicio alegado por los demandantes. En efecto, tales modificaciones sólo habrían podido ser el resultado de una decisión de la mayoría del sindicato de obligacionistas basada en la cláusula de canje que, en virtud de dicha Ley, debe introducirse en los contratos de emisión de obligaciones, extremo que, por lo demás, confirma la intención del Estado griego de mantener la gestión de los empréstitos dentro de un marco normativo de naturaleza civil.

58. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, no puede llegarse a la conclusión de que sea manifiesto que los litigios principales no versan sobre materia civil o mercantil a efectos del Reglamento nº 1393/2007, de manera que este Reglamento resulta aplicable a los mencionados litigios.

59. En virtud de todo lo expuesto, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales remitentes que el art. 1, ap. 1, del Reglamento nº 1393/2007 debe interpretarse en el sentido de que unas acciones judiciales destinadas a obtener una indemnización por perturbación de la posesión y de la propiedad, así como el cumplimiento de un contrato y una indemnización por daños y perjuicios, tales como las demandas sobre las que versan los litigios principales, ejercitadas contra un Estado por personas privadas titulares de obligaciones emitidas por dicho Estado, están comprendidas

dentro del ámbito de aplicación del citado Reglamento, en la medida en que no consta claramente que tales acciones o demandas no versan sobre materia civil o mercantil.

[STEFAN FAHNENBROCK (ASUNTO C-226/13), HOLGER PRIESTOPH (ASUNTO C-245/13), MATTEO ANTONIO PRIESTOPH (ASUNTO C-245/13), PIA ANTONIA PRIESTOPH (ASUNTO C-245/13), RUDOLF REZNICEK (ASUNTO C-247/13), HANS-JÜRGEN KICKLER (ASUNTO C-578/13), WALTHER WÖHLK (C-578/13), ZAHNÄRZTEKAMMER SCHLESWIG-HOLSTEIN VERSORGUNGSWERK (ASUNTO C-578/13)]

PROCESO MONITORIO EUROPEO

REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO DECLARADO EJECUTIVO

2014-2015/99.- Tribunal de Justicia, Sala Tercera, Sentencia de 4 septiembre 2014. Asuntos acumulados C-119/13 y C-120/13. Ponente: C. Toader.

Cooperación judicial en materia civil.- Reglamento (CE) nº 1896/2006.- Proceso monitorio europeo.- Falta de notificación o de notificación válida.- Efectos.- Requerimiento europeo de pago declarado ejecutivo.- Oposición.- Revisión en casos excepcionales.- Plazos.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo.

[...]

34. *En el presente asunto, de los autos aportados ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en las circunstancias de los litigios principales, el tribunal remitente no excluye la aplicación del procedimiento de oposición previsto en los arts. 16 y 17 del Reglamento nº 1896/2006. Además, los Gobiernos helénico e italiano consideran que esas disposiciones son las únicas aplicables en las circunstancias de los litigios principales.*

35. *La interpretación de los arts. 18 y 19 de dicho Reglamento también es pertinente en el marco de los litigios principales, ya que los requerimientos europeos de pago han sido declarados ejecutivos por el tribunal remitente.*

36. *En estas circunstancias y para responder adecuadamente al órgano jurisdiccional remitente, procede reformular la primera cuestión prejudicial entendiéndose que tiene fundamentalmente por objeto que se dilucide si el Reglamento nº 1896/2006 debe interpretarse en el sentido de que los procedimientos previstos en los arts. 16 a 20 de dicho Reglamento son aplicables cuando resulta que un requerimiento de pago no ha sido notificado de una forma que cumpla los requisitos mínimos establecidos en los arts. 13 a 15 de ese Reglamento.*

37. *A este respecto, debe señalarse, desde un principio, que de los arts. 12, ap. 5, y 13 a 15 del Reglamento nº 1896/2006 resulta que los requerimientos a que se refiere dicho Reglamento deben ser objeto de una notificación que, mediante una de las modalidades descritas en los arts. 13 a 15, cumpla los requisitos mínimos establecidos por ese Reglamento. Como el Abogado General señaló en los puntos 36 a 41 de sus conclusiones, de incumplirse los requisitos mínimos, se pondría en peligro el equilibrio entre los objetivos perseguidos por el Reglamento nº 1896/2006, de rapidez y eficacia, por una parte, y de respeto del derecho de defensa, por otra.*

38. *En lo que respecta, en primer lugar, a la posible aplicación del procedimiento de oposición previsto en los arts. 16 y 17 del Reglamento nº 1896/2006, debe precisarse que, como se desprende del considerando 24 del referido Reglamento, la oposición es la vía ordinaria que pone fin al proceso monitorio europeo y supone el traslado automático del asunto al proceso civil ordinario.*

39. En efecto, desde que los créditos en los que tiene su origen un requerimiento europeo de pago se impugnan por vía de oposición, deja de aplicarse el procedimiento especial regulado por el Reglamento nº 1896/2006, puesto que, con arreglo al art. 1, ap. 1, letra a), de dicho Reglamento, éste tiene por objeto únicamente “simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados”.

40. A este respecto, procede recordar que, en virtud del art. 16 del Reglamento nº 1896/2006, el demandado podrá presentar escrito de oposición al requerimiento europeo de pago ante el órgano jurisdiccional de origen valiéndose del formulario F, que se le remitirá adjunto al formulario E, que contiene el requerimiento. La oposición deberá formularse en un plazo de 30 días desde la notificación del requerimiento.

41. Ahora bien, si el requerimiento europeo de pago no se notifica de una forma que cumpla los requisitos mínimos establecidos en los arts. 13 a 15 del Reglamento nº 1896/2006, el demandado no recibe los formularios indicados en el ap. 40 de la presente sentencia, por lo que no se le informa correctamente de la existencia y el funcionamiento del requerimiento europeo de pago expedido en su contra. En tal caso, no dispone necesariamente de toda la información pertinente para decidir si debe oponerse o no a dicho requerimiento.

42. Una situación de este tipo no puede ser compatible con el derecho de defensa, de manera que no cabe considerar que el procedimiento de oposición previsto en los aps. 16 y 17 del Reglamento nº 1896/2006 es aplicable en circunstancias como las de los litigios principales.

43. En segundo lugar, ha de señalarse que, en caso de falta de notificación que cumpla los requisitos mínimos establecidos en los arts. 13 a 15 del Reglamento nº 1896/2006, el plazo de oposición fijado en el art. 16, ap. 2, de dicho Reglamento no comenzará a correr, de modo que ello afectará a la validez de los procedimientos que dependen de la expiración de ese plazo, como la declaración de ejecutividad a que se refiere el art. 18 del Reglamento o la solicitud de revisión a que se refiere el art. 20 de éste, aunque tales procedimientos se hayan iniciado ya.

44. En lo que respecta más concretamente al procedimiento de revisión, ha de recordarse que, como indica la propia rúbrica del art. 20 del Reglamento nº 1896/2006, ésta sólo se produce “en casos excepcionales” establecidos de manera taxativa en dicho artículo, entre los que no figura la falta de notificación.

45. En cualquier caso, debe recordarse que, en virtud del art. 26 del Reglamento nº 1896/2006, todas las cuestiones procesales no tratadas expresamente en dicho Reglamento “se regirán por el Derecho nacional”, por lo que, en dicho supuesto, se excluye una aplicación analógica del Reglamento.

46. Pues bien, en este caso, el Reglamento nº 1896/2006 no dice nada sobre las posibles vías de recurso de que dispone el demandado cuando sólo después de la declaración de fuerza ejecutiva de un requerimiento europeo de pago resulta que dicho requerimiento no ha sido notificado de una forma que cumpla los requisitos mínimos establecidos en los arts. 13 a 15 de ese Reglamento.

47. De ello se sigue que, en ese supuesto, tales cuestiones procesales se regirán por el Derecho nacional conforme al art. 26 del Reglamento nº 1896/2006.

48. En cualquier caso, debe señalarse que, como resulta del ap. 43 de la presente sentencia, cuando un requerimiento europeo de pago no haya sido notificado de una forma que cumpla los requisitos mínimos establecidos en los arts. 13 a 15 del Reglamento nº 1896/2006, no resultará aplicable el procedimiento de ejecución previsto en el art. 18 de dicho Reglamento. De ello se deduce que la declaración de fuerza ejecutiva de dicho requerimiento de pago debe considerarse inválida.

49. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el Reglamento nº 1896/2006 debe interpretarse en el sentido de que los procedimientos previstos en los arts. 16 a 20 de dicho Reglamento no son aplicables cuando resulta que un requerimiento europeo de pago no ha sido notificado de una forma que cumpla los requisitos mínimos establecidos en los arts. 13 a 15 de ese Reglamento. Cuando sólo después de la declaración de fuerza ejecutiva de un requerimiento europeo de pago se ponga de manifiesto tal irregularidad, el demandado debe

tener la posibilidad de denunciar esa irregularidad, la cual, si se demuestra debidamente, debe entrañar la invalidez de dicha declaración de fuerza ejecutiva.

[...]

[ECO COSMETICS GMBH & CO. KG Y VIRGINIE LAETITIA BARBARA DUPUY (C-119/13), Y RAIFFEISENBANK ST. GEORGEN REG. GEN. MBH Y TETYANA BONCHYK (C-120/13)]

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

PROTECCIÓN DE MONOGRAMA COMO OBRA ARTÍSTICA PROTEGIDA POR EL DERECHO MEXICANO QUE ES EL APLICABLE POR SER EL MÁS BENEFICIOSO

2014-2015/100.- Juzgado de lo Mercantil de Madrid, Sentencia nº 2/2014, de 9 enero 2014.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Miguel Alemany Eguidazu JUR\2014\34742.

Marcas internacionales.- Acción de nulidad: procedencia.- Monograma: protección como obra artística.- Obra queda protegida por el Derecho mexicano que es el aplicable por ser el más beneficioso.- Inexistencia de prescripción o prescripción por tolerancia.- Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de las acciones.

Normas aplicadas: Art. 10.4º Cc; art. 5.2º Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 septiembre 1886; Convenio de propiedad literaria, artística y científica entre España y México, de 31 marzo 1924; art. 954 LEC/1881; Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, hecho en Madrid el 17 abril 1989.

I. Derecho aplicable

Los demandantes interponen una serie de acciones al amparo de la legislación española y con fundamento en un derecho de autor conferido por las leyes mexicanas. La demandada no objeta esta escisión del Derecho aplicable, sin perjuicio de negar el derecho.

A) Existencia de obra artística.- Tanto España como México son parte del Convenio de Berna. El art. 5.2º del Convenio establece que “la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”.

No obstante, en cuanto al alcance objetivo del art. 5.2º del Convenio, la opinión mayoritaria no lo tiene por norma de conflicto general para todo el régimen jurídico de la propiedad intelectual (vid. STJCE 30 junio 2005, TodŽs/Heyraud, § 32) sino por norma de conflicto puntual. En este sentido, las condiciones de protección, como es la misma existencia del derecho o su titularidad, se rigen por la ley designada por las normas de conflicto de leyes del país cuyos tribunales conocen del asunto, aquí por las normas de conflicto españolas.

Pues bien, tanto el art. 10.4º Cc como el art. 163.3º Ley de Propiedad Intelectual, sin perjuicio de reconocer el principio de la ley del lugar en que se reclama protección (lex loci protectionis), salvan lo dispuesto en los Tratados: “En todo caso, los nacionales de terceros países gozarán de la protección que les corresponda en virtud de los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte” (art. 163.3º LPI).

El Convenio de propiedad literaria, artística y científica entre España y México, firmado el 31 marzo 1924 y ratificado el 6 abril 1925 (Gaceta de Madrid, 17-V-1925) está plenamente vigente (según

acredita el certificado del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación del Reino de España, doc. n° 48 de la contestación). El art. 2 de este Convenio establece en su párrafo I que “para determinar si una obra es literaria, científica o artística, y queda, en consecuencia, sujeta a los preceptos de este Convenio, regirá la ley de la parte contratante, cuya legislación sea más favorable a los derechos de los autores, traductores y editores”. En consecuencia, para determinar la existencia del derecho de autor aquí controvertido se aplicará la ley más favorable (*lex favorabilis*), sea la española o la mexicana.

Finalmente, incluso si se interpretara que el art. 5.2° del Convenio de Berna contiene una norma de conflicto general (*quod non*), sería una norma inaplicable al caso porque el art. 20 del mismo Convenio da preferencia a los arreglos particulares entre países de la Unión de Berna que “confieran a los autores derechos más amplios que los concedidos por este Convenio, o que comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio”.

Esta solución coincide, además, con el art. 30.3° sobre tratados sucesivos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 mayo 1969, que establece la aplicación del tratado anterior (aquí Berna) solo en lo compatible. Dicho sea de paso, por la misma norma sobre tratados sucesivos de la Convención de Viena, debería estimarse vigente, en lo compatible, el Tratado sobre Propiedad Científica, Literaria y Artística entre los Estados Unidos Mexicanos y España, firmado en la Ciudad de México el 26 marzo 1903 (Gaceta de Madrid, 24-IX-1903). No obstante, los Estados contratantes lo prorrogaron en varias ocasiones, asumiendo implícitamente la pérdida de vigencia si no fuera por las prórrogas.

Diversamente, la Convención Universal sobre Derecho de Autor (Ginebra, 6 septiembre 1952) establece en su art. XIX la prevalencia de sus disposiciones sobre, entre otras, las convenciones bilaterales sobre derecho de autor vigentes entre dos Estados contratantes, como lo son España y México. No obstante, esta Convención fija un nivel de protección inferior al de la Unión de Berna y no presenta divergencias relevantes para la decisión del caso.

B) Titularidad del derecho de autor.— El primer artículo del Convenio entre España y México señala que “los autores de obras literarias, científicas o artísticas de cualquiera de las dos Naciones que aseguren con los requisitos legales su derecho de propiedad en uno de los países contratantes, lo tendrán asegurado en el otro, sin más formalidades que las que se fijan en el presente Convenio”.

A diferencia del Convenio de Berna, que no contiene normas de conflicto sobre la propiedad; el Convenio hispano-mexicano contiene una norma mixta: es norma de conflicto en cuanto la obra se puede asegurar cumpliendo los requisitos de la ley de su origen (*lex originis*) y, además, es una norma de trato nacional. Por consiguiente, habrá que determinar si, conforme a Derecho mexicano, los demandantes son titulares del derecho de autor sobre el dibujo, lo que es un presupuesto de la eventual estimación de las acciones planteadas.

Además, incluso aunque se opinara que la norma no es conflictual y solo de trato nacional, aporta mayor certidumbre y facilita la explotación internacional de la obra, que la titularidad se resuelva bajo un principio de universalidad y no con un mosaico de territorialidades (cf. no obstante, por la *lex loci protectionis*, en Francia, la sentencia de la C. Cass. 10 abril 2013, ABC News), lo que puede resultar, alternativamente:

(a) De aplicar la ley del Estado donde la relación sea más significativa (*Itar-Tass Russian Agency v. Russian Kurier, Inc.* 153 F.3d 82, 89–90 [2nd Cir. 1998] y *Sadhu Singh Hamdad Trust v. Ajit Newspaper Adv.*, 503 F. Supp. 2d 577, 584 [E.D.N.Y. 2007]). En este sentido, los autores del dibujo son mexicanos y residentes en México, el dibujo se creó en México, la primera publicación del dibujo se produjo en México y está registrado en el Instituto del Derecho de Autor (INDAUTOR) de México.

(b) De que para determinar la titularidad de las obras creadas por el empleado se adopte la ley que disciplina la relación laboral (*lex contractus*) (vid. sec. 313[1][c] de ALI, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, 2008, consulta-

ble en el sitio WIPO Lex; y, por analogía con la obra por encargo [como proponen algunos autores], art. 3:201[2] de CLIP, Principles of Conflict of Laws in Intellectual Property, 2011, consultable en <http://www.cl-ip.eu>). Además, la aplicación de la ley de la relación laboral, en cuanto a los derechos patrimoniales, puede fundarse específicamente en el art. 1 C) del Convenio hispano-mexicano: “Los derechohabientes de los autores [...] gozarán, respectivamente, y en todas sus partes de los mismos derechos que el presente Convenio concede a los propietarios, autores [...] siempre que aquéllos acrediten su derecho con arreglo a las leyes del país donde se verificó el acto jurídico que les concedió el carácter de derechohabientes”. Esto igualmente nos remite a la ley mexicana porque no se discute que los demandantes crearon el dibujo mientras mantenían una relación laboral con la mercantil mexicana Clarke Modet y Cía. de México, S.A.

C) Nulidad de la marca española.— La demanda cita, entre otros y como más ajustado al derecho de autor invocado, el art. 13, letra d) de la Ley de Marcas de 1988, aplicable por razones temporales.

Efectivamente, las causas por las que se puede instar la nulidad de la marca española se determinan por la ley española. El único elemento de extranjería es el derecho prioritario de propiedad intelectual que puede anular el registro de la marca. Una vez que se reconozca la eficacia del derecho del autor mexicano en España, se conforma el *factum subsumible* en el supuesto de hecho de la Ley de Marcas previgente.

D) Acciones indemnizatoria, de cesación y publicación.— Previamente, descartamos la aplicación del art. 8.1º Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”); porque, aunque contiene una norma de conflicto multilateral y universal (art. 3 Roma II), los hechos generadores del daño o de la infracción son anteriores a su entrada en vigor (art. 31 Roma II a contrario).

En el caso, el art. 1º, letra B) del Convenio de 1924 establece que “para las garantías de esas ventajas, [y] la obtención de daños y perjuicios”, los autores “tendrán la misma protección y los mismos recursos legales que estén concedidos o se concedieren a los autores naciones de cada uno de los países contratantes por las legislaciones respectivas”. Sin embargo, no consideramos que la anterior sea una norma de conflicto sino una norma de extranjería para el tratamiento nacional, a fin de eliminar las posibles discriminaciones que sufrirían los nacionales de un país en el otro.

En su defecto, cabría aplicar el art. 5.2º del Convenio de Berna que, en materia de infracciones de propiedad intelectual (no de titularidad), se remite a la “legislación del país en que se reclama la protección” (*lex loci protectionis*); debatiéndose si es la del lugar en que se comete la infracción (*lex loci delicti commissi*, como se entiende en el país vecino en sentencias de la C. Cass. 5 marzo 2002, Sistro y 30 enero 2007, Lamore) o el del lugar del daño (*lex loci damni*, como se dijo en sentencia de la C. App. París 26 enero 2011, SAIF/Google).

Sin embargo, en ilícitos ubicuos o plurilocalizados, esto obligaría a la prueba y a la aplicación conjunta de numerosas leyes (como en el caso francés Sistro). Por lo tanto, se ha propugnado, sensatamente, escapar de esta escisión territorial para adoptar un enfoque de ley única que, en la mayoría de propuestas, será la del país con vínculos más estrechos con la disputa (o suficientemente estrechos). Entre los factores de conexión que se proponen destaca el del lugar donde se produjo el ilícito primero y determinante (*lex originis* del caso francés Lamore).

En el supuesto enjuiciado, se pide protección por las violaciones del derecho de los actores en varios países: España, México, también Chile y Perú, así como en otros seis territorios que figuran en la Sentencia mexicana de 28 enero 2004. Ahora bien, se demanda a una sociedad española, ante los tribunales españoles, imputándose a CM España, además de la infracción en España, que “se arrogó unilateralmente la propiedad de la obra y con ella otorgó licencias o autorizaciones a sus filiales a cambio de beneficios económicos recibidos de esta por ser propietaria de cada una de esas filiales, de donde surge la responsabilidad de la demandada y la responsabilidad solidaria de todas sus filiales” (p. 36 de la demanda), operando las filiales en varios países distintos. En consecuencia, interpretado el Convenio de Berna bajo el criterio del lugar de comisión de la infracción y considerando que el hecho determinante imputable a CM España sería su propia conducta y las instruccio-

nes ilícitas a sus filiales, la ley aplicable a las acciones de violación del derecho de autor puede accederse razonablemente a que sea la ley española por ser la ley en conexión más estrecha con las infracciones que ahora dirimimos.

[...]

COMERCIALIZACIÓN DE MERCANCÍAS FALSIFICADAS Y MEDIDAS ADUANERAS

2014-2015/101.–Tribunal de Justicia, Sala Segunda, Sentencia de 6 febrero 2014. Asunto C–98/13. Ponente: J.–C. Bonichot.

Mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual.– Reglamento (CE) nº 1383/2003.– Medidas dirigidas a impedir la comercialización de mercancías falsificadas y de mercancías piratas.– Art. 2.– Ámbito de aplicación del Reglamento.– Venta por Internet desde un tercer Estado de un reloj falsificado a un particular residente en un Estado miembro para fines privados.– Incautación del reloj por las autoridades aduaneras a su entrada en el territorio del Estado miembro.– Licitud de la incautación.– Requisitos.– Requisitos relacionados con la lesión de los derechos de propiedad intelectual.– Directiva 2001/29/CE: art. 4.– Distribución al público.– Directiva 2008/95/CE: art. 5 – Reglamento (CE) nº 207/2009: art. 9.– Uso en el tráfico económico.

Normas aplicadas: Reglamento (CE) nº 1383/2003 del Consejo, de 22 julio 2003, relativo a la intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos; art. 4, ap. 1 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 mayo 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; art. 5, aps. 1 y 3 Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 octubre 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas; art. 9, aps. 1 y 2 Reglamento (CE) nº 207/2009 del Consejo, de 26 febrero 2009, sobre la marca comunitaria.

[...]

24. Según la definición de los términos “mercancías falsificadas” y “mercancías piratas” que figuran en el art. 2, ap. 1, del Reglamento aduanero, estos conceptos se refieren a la vulneración de una marca, un derecho de autor o un derecho afín o también un modelo o un dibujo, que esté protegido en virtud de la normativa de la Unión o en virtud del Derecho interno del Estado miembro en el que se produce la intervención de las autoridades aduaneras. De ello se deduce que se refieren únicamente a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual que confieren el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de los Estados miembros (véase la sentencia Philips y Nokia, ap. 50).

25. El Reglamento aduanero no establece a este respecto ningún nuevo criterio para verificar la existencia de una lesión de los derechos de propiedad intelectual (véase, en ese sentido, la sentencia de 9 noviembre 2006, Montex Holdings, C–281/05, ap. 40). En consecuencia, sólo se puede alegar esa lesión para justificar la intervención de las autoridades aduaneras en virtud de ese Reglamento si la venta de la mercancía de que se trate puede afectar a derechos conferidos conforme a las condiciones previstas por la Directiva sobre derechos de autor, la Directiva de marcas y el Reglamento sobre la marca comunitaria.

26. Siendo así, se han de entender las cuestiones prejudiciales en el sentido de que el tribunal remitente trata de saber si del Reglamento aduanero se deduce que, para que el titular de un derecho de propiedad intelectual sobre una mercancía vendida a una persona residente en el territorio de un Estado miembro en un sitio Internet de venta en línea situado en un tercer país se beneficie de la protección

que ese Reglamento confiere a dicho titular en el momento en que esa mercancía entra en el territorio del referido Estado miembro, es necesario que se considere en dicho Estado miembro que esa venta es una forma de distribución al público o un uso en el tráfico económico. El tribunal remitente también se pregunta si antes de dicha venta la mercancía debe haber sido objeto de una oferta de venta o de una publicidad dirigida a los consumidores del mismo Estado.

27. Hay que recordar en ese sentido, por un lado, que el titular de una marca está facultado, con fundamento en la Directiva de marcas y en el Reglamento sobre la marca comunitaria, para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, de un signo idéntico a dicha marca cuando dicho uso se produzca en el tráfico económico, para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada, y menoscabe o pueda menoscabar las funciones de la marca (sentencia de 23 marzo 2010, Google France y Google, C-236/08 a C-238/08, ap. 49 y jurisprudencia citada).

28. Por otro lado, conforme a la Directiva sobre derechos de autor, se atribuye a los autores un derecho exclusivo a autorizar o prohibir toda forma de distribución al público, mediante venta o por otro título, del original de sus obras o de copias de éstas. La distribución al público se caracteriza por una serie de operaciones que incluyen, cuando menos, la celebración de un contrato de venta y el cumplimiento del mismo mediante la entrega a un comprador que forma parte del público. Por tanto, los comerciantes son responsables de cualquier operación que realicen o que se realice por su cuenta que dé lugar a una “distribución al público” en un Estado miembro en el que los bienes distribuidos estén protegidos por un derecho de autor (véase, en ese sentido, la sentencia Donner, aps. 26 y 27).

29. Siendo así, el Derecho de la Unión exige que se considere en el territorio de un Estado miembro que esa venta es una forma de distribución al público, en el sentido de la Directiva sobre derechos de autor, o un uso en el tráfico económico, en el sentido de la Directiva de marcas y del Reglamento sobre la marca comunitaria. La existencia de una distribución al público debe estimarse demostrada en caso de conclusión de un contrato de venta y de envío.

30. No se discute en el asunto principal que Rolex es titular en Dinamarca de los derechos de autor y de marcas que invoca y que el reloj en cuestión en ese asunto es una mercancía falsificada y una mercancía pirata en el sentido del art. 2, ap. 1, letras a) y b), del Reglamento aduanero. Tampoco se discute que Rolex habría estado legitimada para alegar la lesión de sus derechos en el supuesto de que esa mercancía hubiera sido puesta en venta por un comerciante establecido en ese Estado miembro, ya que con ocasión de esa venta, realizada con carácter comercial, se habría hecho uso, en una distribución al público, de sus derechos dentro del tráfico económico. Por tanto, para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, sólo queda por comprobar si un titular de derechos de propiedad intelectual como Rolex puede reclamar la misma protección de sus derechos en el supuesto, como ocurre en el litigio principal, de que la mercancía referida haya sido vendida en un sitio Internet de venta en línea situado en un tercer país en cuyo territorio esa protección no es aplicable.

31. Es cierto que la simple posibilidad de acceder a un sitio Internet desde el territorio cubierto por esa protección no basta para concluir que las ofertas de venta que se muestran en ese sitio están destinadas a consumidores situados en ese territorio (véase la sentencia L'Oréal y otros, ap. 64).

32. No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que los derechos así protegidos pueden verse vulnerados cuando, incluso antes de su llegada al territorio cubierto por esa protección, mercancías procedentes de terceros países sean objeto de un acto comercial dirigido a los consumidores situados en dicho territorio, como una venta, una oferta de venta o una publicidad (véase, en ese sentido, la sentencia Philips, ap. 57 y jurisprudencia citada).

33. Así pues, las mercancías procedentes de un tercer Estado que sean una imitación de un producto protegido en la Unión Europea por un derecho de marca o que constituyan una copia de un producto protegido en la Unión por un derecho de autor, un derecho afín o también por un modelo o un dibujo, pueden vulnerar esos derechos y, por tanto, calificarse de “mercancías falsificadas” o de “mercancías piratas” cuando se acredite que están destinadas a una comercialización en la Unión, extremo que queda acreditado, en particular, cuando se comprueba que las citadas mercancías han sido objeto de

una venta a un cliente en la Unión o de una oferta de venta o de una publicidad dirigida a consumidores en la Unión (véase, en ese sentido, la sentencia Philips y Nokia, ap. 78).

34. Pues bien, consta que en el litigio principal la mercancía referida fue objeto de una venta a un cliente en la Unión, supuesto que por tanto no es comparable en ningún caso al de los productos ofrecidos en un “lugar de mercado en línea”, ni tampoco al de productos introducidos en el territorio aduanero de la Unión bajo un régimen de suspensión. En consecuencia, la sola circunstancia de que esa venta haya tenido lugar en un sitio Internet de venta en línea situado en un tercer país no puede tener el efecto de privar de la protección derivada del Reglamento aduanero al titular de un derecho de propiedad intelectual sobre la mercancía objeto de la venta, sin que sea necesario comprobar si antes de esa venta la referida mercancía ha sido objeto además de una oferta al público o de una publicidad dirigida a los consumidores de la Unión.

35. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el Reglamento aduanero debe interpretarse en el sentido de que el titular de un derecho de propiedad intelectual sobre una mercancía vendida a una persona residente en el territorio de un Estado miembro en un sitio Internet de venta en línea situado en un tercer país se beneficia, en el momento en que esa mercancía entra en el territorio de ese Estado miembro, de la protección que ese Reglamento confiere a dicho titular por el solo hecho de la adquisición de dicha mercancía. No es necesario a ese efecto que antes de dicha venta la referida mercancía haya sido objeto además de una oferta de venta o de una publicidad dirigida a los consumidores de ese mismo Estado.

[MARTIN BLOMQVIST Y ROLEX SA, MANUFACTURE DES MONTRES ROLEX SA]

Observaciones: 1. Esta sentencia precisa que la venta por Internet de mercancías falsificadas desde terceros Estados a residentes en la UE constituye una infracción de la propiedad intelectual que justifica la adopción de medidas aduaneras con independencia de que el sitio web de venta esté dirigido a la UE. En síntesis, el Tribunal de Justicia ha establecido que los titulares de derechos de propiedad intelectual (en el caso concreto, derechos de autor y marcas) pueden hacer valer la protección que les atribuye el Reglamento (CE) nº 1383/2003 relativo a la intervención de las autoridades aduaneras respecto de las mercancías que vulneren derechos de propiedad intelectual, cuando entra en el territorio del Estado miembro de destino una mercancía vendida a una persona residente en dicho Estado miembro en un sitio Internet de venta en línea de un tercer país. La posibilidad de invocar tal protección existe por el solo hecho de la adquisición de dicha mercancía por la persona residente en la UE, sin que sea necesario apreciar que antes de la venta la mercancía hubiera sido objeto de una oferta de venta o de una publicidad dirigida a los consumidores de ese Estado miembro. En el caso controvertido, se trataba de la solicitud de destrucción de un reloj retenido por las autoridades aduaneras danesas que había sido adquirido en un sitio de Internet chino por una persona residente en Dinamarca, que se oponía a su destrucción (conforme a la legislación danesa, al adquirir el bien para su uso personal el comprador no infringía la legislación sobre propiedad intelectual, por lo que resultaba clave apreciar si la empresa china había infringido tales derechos conforme a la legislación danesa o europea).

El Reglamento (CE) nº 1383/2003 no establece criterios propios o adicionales para determinar qué actividades constituyen infracción de la propiedad intelectual. La concreción de cuándo una mercancía es “falsificada” o “pirata” a los efectos del Reglamento aduanero viene determinada por la vulneración de un derecho de exclusiva protegido por la normativa de la UE o la legislación del Estado miembro en el que se produce la intervención de las autoridades aduaneras.

2. La adopción de medidas con base en el Reglamento aduanero a la infracción de un derecho conforme a la ley del Estado miembro para el que se reclama la protección, lo que resulta coherente no sólo con el limitado ámbito de materias reguladas por el Reglamento aduanero así como con el alcance territorial propio de estos derechos y la regla de conflicto del art. 8 Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Se trata de un enfoque que se corresponde con la circunstancia de que con carácter general en el Estado en el que se entrega la mercancía al comprador tiene lugar

típicamente la “distribución al público” de la mercancía, como resultaba ya de la sentencia de 21 junio 2012, C-5/11: *Donner*. También es coherente con el criterio adoptado por la STJ 1 diciembre 2011, C-446/09 y C-495/09: *Philips*, que ya había establecido que los derechos de propiedad intelectual (incluyendo la propiedad industrial) pueden resultar infringidos cuando mercancías procedentes de terceros países son objeto de un acto comercial dirigido a los consumidores situados en dicho territorio, como una venta, una oferta de venta o una publicidad (ap. 57 de la sentencia *Philips*, a la que se remite el ap. 32 de la sentencia *Blomqvist*). De acuerdo también con la sentencia *Philips*, las mercancías procedentes de terceros pueden vulnerar los derechos de exclusividad de los Estados miembros o de la Unión cuando se acredite que están destinados a una comercialización en la Unión, lo que el Tribunal entiende que concurre cuando las “mercancías han sido objeto de una venta a un cliente en la Unión o de una oferta de venta o de una publicidad dirigida a consumidores en la Unión” (ap. 33 sentencia *Blomqvist*).

En consecuencia, el Tribunal parece diferenciar tres situaciones: 1) la mera accesibilidad desde un Estado miembro a un sitio de Internet que no basta para concluir que las ofertas de venta que se muestran en ese sitio están destinadas a consumidores situados en el Estado miembro (de acuerdo con lo ya afirmado en su sentencia de 12 julio 2011, C-324/09: *L'Oréal*); 2) la existencia de un sitio de Internet que dirige sus actividades comerciales a un Estado miembro, en particular al realizar ofertas de venta o publicidad dirigidas a consumidores de ese Estado, lo que resulta determinante de que realice actos de infracción en la medida en que tales actividades vayan referidas a productos falsificados (conforme a la legislación de ese Estado miembro o de la UE); y 3) la realización de “un acto comercial dirigido a los consumidores situados en un Estado miembro –ap. 32 sentencia *Blomqvist*–, como la venta para su entrega en ese Estado, que, con independencia de que el sitio dirija sus actividades comerciales (sus ofertas de venta y publicidad) a ese territorio, también puede constituir una infracción a la que resulta aplicable la legislación de ese Estado miembro y de la UE. En todo caso, la delimitación de este tercer tipo de situaciones con respecto a las incluidas en la segunda categoría no parece que será siempre precisa.

3. Tradicionalmente se ha considerado –y debe mantenerse– que el criterio de que un sitio de Internet pueda entenderse dirigido a un país resulta relevante al apreciar en qué medida puede infringir derechos de propiedad intelectual (incluida la propiedad industrial) de ese país. En el caso de los signos es conocido que resulta de particular interés la Recomendación conjunta relativa a la protección de las marcas y otros derechos de propiedad industrial sobre signos en Internet de 2001, adoptada por la Asamblea de la Unión de París y la Asamblea General de la OMPI, tendente a desarrollar estándares que faciliten una aplicación equilibrada del criterio *lex loci protectionis* en el contexto de Internet, según la cual quien usa un signo en Internet puede ser responsable por la infracción de una marca nacional con la que entre en conflicto sólo en la medida en que el uso por su parte de signo en Internet suponga un uso en ese Estado, lo que concurre sólo si la utilización tiene un efecto comercial en ese país.

Aunque a este respecto se atribuye gran importancia a las circunstancias indicativas de que quien usa la marca tiene intención de hacer negocios en ese país, en gran medida coincidentes con las relevantes para apreciar si un sitio de Internet va dirigido a un país, debe tenerse en cuenta que en un supuesto como el planteado en el asunto *Blomqvist* las circunstancias del caso son muy diferentes a situaciones de otro tipo relativas a la eventual infracción de marcas en Internet, como las que surgen en conflictos vinculados a la coexistencia en Internet de derechos de exclusividad de distintos países que recaen sobre un mismo objeto pero pertenecen a diferentes titulares (y se plantea, por ejemplo, si el uso por uno de ellos del signo como nombre de dominio infringe la marca del otro). Cuando el supuesto infractor ha efectivamente vendido un producto a través de Internet a una persona residente en un Estado para su entrega en el territorio de ese Estado, resulta claro que ese acto de comercialización tiene un efecto comercial en ese país y supone una utilización del signo en ese país. Precisamente del conjunto de la sentencia *Blomqvist* (incluido especialmente su ap. 32) parece desprenderse que si bien no es determi-

nante a esos efectos y en esas circunstancias valorar adónde el sitio web dirige su actividad comercial, si resulta clave el dato de que la concreta venta se dirige a un Estado miembro. Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO*.

**REQUERIMIENTO JUDICIAL DIRIGIDO A UN PROVEEDOR DE ACCESO
A INTERNET PROHIBIÉNDOLE CONCEDER A SUS CLIENTES ACCESO A UN
SITIO DE INTERNET**

2014–2015/102.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 27 marzo 2014. Asunto C–314/12. Ponente: J. Malenovský.

Derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor.– Sociedad de la información.– Directiva 2001/29/CE.– Sitio de Internet que pone a disposición del público obras cinematográficas sin el consentimiento de los titulares de un derecho afín al derecho de autor.– Art. 8, ap. 3.– Concepto de “intermediarios a cuyos servicios recurra un tercero para infringir un derecho de autor o un derecho afín a los derechos de autor”.– Proveedor de acceso a Internet.– Requerimiento judicial dirigido a un proveedor de acceso a Internet prohibiéndole conceder a sus clientes acceso a un sitio de Internet.– Ponderación de los derechos fundamentales.

Normas aplicadas: Arts. 5, aps. 1 y 2, letra b), y 8, ap. 3 Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 mayo 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

[...]

37. En efecto, la Directiva 2001/29 exige que las medidas que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar para acomodarse a ella tengan como objetivo no sólo hacer que cesen las violaciones de los derechos de autor o los derechos afines a los de autor ya cometidas, sino también evitarlas (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 noviembre 2011, *Scarlet Extended*, C–70/10, ap. 31, y de 16 febrero 2012, *SABAM*, C–360/10, ap. 29).

38. Pues bien, tal efecto preventivo implica que los titulares de los derechos de autor o los derechos afines a los de autor puedan actuar sin tener que probar que los clientes de un proveedor de acceso a Internet acceden efectivamente a las prestaciones protegidas puestas a disposición del público sin el consentimiento de dichos titulares.

39. Ello es tanto más cierto cuanto que la existencia de un acto de puesta a disposición de una obra al público supone únicamente que esa obra se haya puesto a disposición del público, sin que sea determinante que quienes componen ese público hayan tenido o no efectivamente acceso a dicha obra (véase, en este sentido, la sentencia de 7 diciembre 2006, *SGAE*, C–306/05, ap. 43).

40. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la primera cuestión que el art. 8, ap. 3, de la Directiva 2001/29 debe interpretarse en el sentido de que una persona que pone a disposición del público en un sitio de Internet prestaciones protegidas sin el consentimiento de quien es titular de los derechos con arreglo al art. 3, ap. 2, de dicha Directiva, recurre a los servicios del proveedor de acceso a Internet de las personas que acceden a esas prestaciones, el cual debe considerarse un intermediario en el sentido del art. 8, ap. 3, de la Directiva 2001/29.

[...]

* Catedrático de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

61. *Procede señalar que no se desprende en absoluto del art. 17, ap. 2, de la Carta que el derecho de propiedad intelectual sea intangible y que, por lo tanto, su protección deba garantizarse en términos absolutos (véase, en este sentido, la sentencia Scarlet Extended, ap. 43).*

62. *Ahora bien, las medidas adoptadas por el destinatario de un requerimiento judicial, como el que es objeto del procedimiento principal, en ejecución de éste deben ser lo suficientemente eficaces para garantizar una protección efectiva del derecho fundamental de que se trata, es decir que deben tener como efecto impedir, o al menos, hacer difícilmente realizable, el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de acceder a esas prestaciones puestas a su disposición en violación del mencionado derecho fundamental.*

63. *Por consiguiente, aunque las medidas adoptadas en ejecución de un requerimiento judicial como el que es objeto del procedimiento principal no puedan dar lugar, en su caso, al cese completo de las violaciones del derecho de propiedad intelectual cometidas, no deben considerarse por ello incompatibles con la exigencia del justo equilibrio que, con arreglo al art. 52, ap. 1, in fine, de la Carta, ha de encontrarse entre todos los derechos fundamentales aplicables, con la condición, no obstante, de que, por una parte, no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible, y, por otra parte, tengan como efecto impedir o, al menos, hacer difícilmente realizable el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de consultar esas prestaciones puestas a su disposición en violación del derecho de propiedad intelectual.*

64. *Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la tercera cuestión que los derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, mediante un requerimiento emitido por un juez, se prohíba a un proveedor de acceso a Internet conceder a sus clientes acceso a un sitio de Internet que ofrece en línea prestaciones protegidas sin el consentimiento de los titulares de los derechos, cuando dicho requerimiento no especifica qué medidas debe adoptar ese proveedor de acceso y éste puede eludir las sanciones derivadas del incumplimiento de dicho requerimiento demostrando que adoptó todas las medidas razonables, con la condición, no obstante, de que, por una parte, las medidas adoptadas no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible, y, por otra parte, dichas medidas tengan como efecto impedir o, al menos, hacer difícilmente realizable el acceso no autorizado a las prestaciones protegidas y disuadir seriamente a los usuarios de Internet que recurran a los servicios del destinatario de dicho requerimiento de consultar esas prestaciones puestas a su disposición en violación del derecho de propiedad intelectual, extremo que corresponde verificar a las autoridades y a los órganos jurisdiccionales nacionales.*

[...]

[UPC TELEKABEL WIEN GMBH Y CONSTANTIN FILM VERLEIH GMBH, WEGA
FILMPRODUKTIONSGESELLSCHAFT MBH]

COMPETENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE VIOLACIÓN DE MARCA

2014-2015/103.– Tribunal de Justicia, Sala Cuarta, Sentencia de 5 junio 2014. Asunto C-360/1. Ponente: M. Safjan.

Cooperación judicial en materia civil.– Reglamentos (CE) nos 40/94 y 44/2001.– **Marca comunitaria.**– Art. 93, ap. 5, del Reglamento nº 40/94.– **Competencia internacional en materia de violación de marca.**– **Determinación del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso.**– **Participación transfronteriza de varias personas en el mismo acto ilícito.**

Normas aplicadas: Art. 93, ap. 5 Reglamento (CE) n° 40/94 del Consejo, de 20 diciembre 1993, sobre la marca comunitaria; art. 5.º Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Burselas I).

[...]

31. En relación con la interpretación del mencionado art. 93, ap. 5, teniendo en cuenta lo que se ha señalado en los aps. 27 y 28 de la presente sentencia, el concepto de “territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho o el intento de violación” que figura en dicha disposición debe interpretarse autónomamente en relación con el concepto de “lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”, recogido en el art. 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001.

32. En consecuencia, la dualidad de vínculos de conexión, es decir, el del lugar del hecho causal y el lugar de la materialización del daño, utilizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al art. 5, punto 3, del Reglamento n° 44/2001 (véanse la sentencia Bier, 21/76, ap. 19, y, más recientemente, la sentencia Kainz, C-45/13, ap. 23 y jurisprudencia citada), no puede aplicarse automáticamente a la interpretación del concepto de “territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho o el intento de violación”, que figura en el art. 93, ap. 5, del Reglamento n° 40/94.

33. Para determinar si la interpretación autónoma de esta disposición conduce sin embargo a reconocer esta dualidad de vínculos de conexión, procede, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tener en cuenta no sólo el tenor de la disposición, sino también su contexto y sus objetivos.

34. En relación con el tenor del art. 93, ap. 5, del Reglamento n° 40/94, el concepto de “territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho de [la] violación” sugiere, como señaló el Abogado General en el punto 31 de sus conclusiones, que este vínculo de conexión se relaciona con un comportamiento activo del autor de dicha violación. Por tanto, el vínculo de conexión establecido por esta disposición se refiere al territorio del Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó o amenazó con originar la violación alegada, y no al territorio del Estado miembro en el que la mencionada violación produce efectos.

35. También ha de ponerse de manifiesto que la existencia de una competencia jurisdiccional con arreglo a dicho art. 93, ap. 5, basada en el lugar en el que la violación alegada produce sus efectos, sería contraria al tenor del art. 94, ap. 2, del Reglamento, que limita la competencia de los tribunales de marcas comunitarias en virtud de este art. 93, ap. 5, a los hechos cometidos o que amenazan con cometerse en territorio del Estado miembro en el que tiene su sede el tribunal que conoce del asunto.

36. Por otro lado, como observó el Abogado General en los puntos 28 y 29 de sus conclusiones, tanto la génesis como el contexto del Reglamento n° 40/94 confirman la voluntad del legislador de la Unión de establecer una excepción a la regla de competencia prevista en el art. 5, ap. 3, del Reglamento n° 44/2001, habida cuenta, en particular, de la insuficiencia de esta regla de competencia para dar respuesta a los problemas particulares relativos a la violación de una marca comunitaria.

37. Por consiguiente, la competencia jurisdiccional con arreglo al art. 93, ap. 5, del Reglamento n° 40/94 sólo puede concederse en favor de los tribunales de marcas comunitarias del Estado miembro en cuyo territorio el demandado cometió el hecho ilícito alegado.

38. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el concepto de “territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho de [la] violación” que figura en el art. 93, ap. 5, del Reglamento n° 40/94 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de una venta y de una entrega de un producto que viola el derecho de marca llevadas a cabo en territorio de un Estado miembro, seguidas de una reventa por parte del adquirente en territorio de otro Estado miembro, esta disposición no permite determinar una competencia jurisdiccional para conocer de una acción de violación de marca dirigida contra el vendedor inicial, que no ha actuado en el Estado miembro en el que tiene su sede el tribunal que conoce del asunto.

[...]

57. Por consiguiente, ha de considerarse que, en circunstancias como las del litigio principal, puede interponerse ante los tribunales alemanes un litigio relativo a una infracción de dicha Ley, siempre que el hecho cometido en otro Estado miembro haya generado o pueda generar un daño en la circunscripción territorial del tribunal que conoce del asunto.

58. A este respecto, incumbe al tribunal que conoce del asunto apreciar, a la luz de los elementos de que dispone, en qué medida la venta del perfume denominado "Blue Safe for Women" a Stefan P., efectuada en territorio belga, pudo infringir lo dispuesto en la Ley alemana contra la competencia desleal, y, por ello, entrañar un daño en la circunscripción territorial del mencionado tribunal.

59. A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el art. 5, punto 3, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de una alegación de publicidad comparativa ilícita o de imitación desleal de un signo protegido por una marca comunitaria, prohibidas por la ley contra la competencia desleal del Estado miembro en el que tiene su sede el tribunal que conoce del asunto, esta disposición no permite determinar, en virtud del lugar del hecho generador de un daño resultante de la infracción de dicha ley, la existencia de competencia de un tribunal de dicho Estado miembro, cuando alguno de los presuntos autores de la infracción demandados ante él no ha actuado en dicho Estado. En cambio, en tal caso, dicha disposición permite determinar, en virtud del lugar de materialización del daño, una competencia jurisdiccional para conocer de una acción de responsabilidad basada sobre dicha ley nacional interpuesta contra una persona establecida en otro Estado miembro y en relación con la cual se alega que ha cometido en éste un hecho que ha generado o puede generar un daño en la circunscripción territorial del tribunal que conoce del asunto.

[COTY GERMANY GMBH, ANTERIORMENTE COTY PRESTIGE LANCASTER GROUP GMBH, Y FIRST NOTE PERFUMES NV]

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES

DECISIONES DE CONDENA DE CANTIDAD EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2014-2015/104.- Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, Sentencia nº 8/2014 de 13 enero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez. JUR\2014\54582.

Espacio judicial europeo.- Sentencia belga de condena de cantidad.- Oposición al reconocimiento en España: improcedencia.- No reconocimiento de la jurisdicción belga: improcedencia.- Aplicación del Reglamento Bruselas I.

Normas aplicadas: Art. 41 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); arts. 951 a 958 LEC/1881.

[...]

Con dicho inicial motivo, se vuelve a traer a colación, lo que el demandado recurrente, denomina no reconocimiento de la jurisdicción de los Tribunales Belgas para conocer de la demanda que le condenó al pago de la suma ahora reclamada, y tal alegato tampoco es de recibo.

Además de lo razonado en la sentencia impugnada, que se admite en esta alzada, debe manifestarse lo que sigue.

El no reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal Belga, concretamente del Tribunal de Comercio Sexta Sala de Amberes, la basa el demandado / recurrente, en que el conflicto surge entre España y Francia (sic) en la medida en que, toda la actividad logística desarrollada por el mismo se centró en el único y exclusivo cliente francés denominado Panzanisas con domicilio social en el nº 4 Rue Baileau de la localidad de Lyon dedicado al sector de la alimentación; de modo que los encargos fueron realizados por Panzani (cargador) a la sociedad ahora demandada (porteador) la cual contrató los servicios de la entidad aquí demandante (porteador efectivo). De esta forma, entiende el demandado/recurrente, en la medida en que los encargos se hicieron a favor de aquella empresa francesa, serían los Tribunales franceses o españoles los competentes pero nunca los belgas.

Omite el recurso que tal planteamiento obligaría a este Tribunal a entrar a conocer del “fondo” de la reclamación que fue presentada, por la aquí demandante ante un Tribunal Belga y ello esta vedado, no solo por el principio de cosa juzgada, de naturaleza erga omnes y marcado matiz de orden publico, cuanto porque la pretendida vulneración de las normas de competencia judicial internacional, vinculadas al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE y STC 127/2013 de 3 de junio) debieron hacerse valer ante en el momento procesal oportuno, que, desde luego, no era la contestación a la demanda rectora del presente recurso, sino a la presentada ante el Tribunal Belga y notificada personalmente al ahora demandado/recurrente el día 29 noviembre 2010 (...) o bien formulando recurso frente a la sentencia dictada, en Bélgica, que también fue notificada personalmente a aquel en su domicilio el 1 julio 2011 (...).

Ya advertía la demandante en su demanda (...) que su intención era la de efectuar un procedimiento de executur, pero la previa comprobación de la liquidación de la sociedad condenada al pago, aconsejó, a su entender, la necesidad de accionar frente al socio unipersonal que gestionaba la misma, y ello era lógico, al entender de esta Sala, en la medida en que, tratándose de sentencia ejecutoria en la que se condenaba al pago de una suma de dinero, el ejecutado había desaparecido físicamente por disolución y posterior liquidación, justamente tras la notificación de la sentencia de Bélgica.

Es sabido que, con carácter general, la sentencia extranjera, o la resolución equivalente que sea susceptible de ejecución, como acto de soberanía de otro Estado, no constituye título de ejecución en España, salvo que la autoridad judicial española le conceda ese carácter o fuerza ejecutiva de manera específica y determinada. De otro lado, la LEC no regula específicamente la eficacia en España de sentencias extranjeras. El art. 523.1º dispone someramente que para que una sentencia firme u otro título ejecutivo extranjero lleven aparejada ejecución en España, se estará prioritariamente a lo dispuesto en Tratados internacionales, y subsidiariamente a las disposiciones de la legislación sobre cooperación judicial civil internacional, que actualmente, y ante la falta de cumplimentación de esta previsión legislativa (DF 20º LEC), son los arts. 951 a 958 LEC/1881, vigentes con arreglo a la DD 1.3º.a LEC/2000.

Es por lo expuesto, que en el presente caso, al no resultar de aplicación el Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, previsto en el art 19 del Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 abril de 2004, por no haber sido traspuesto a la legislación belga, como dice la propia sentencia aportada a la demanda (doc. nº 7), resultaba de aplicación las previsiones del denominado Reglamento “Bruselas I”, esto es el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, cuyo antecedente más relevante es el Convenio de Bruselas de 1968, que vino a consagrar una homologación o un reconocimiento automático por el Estado de ejecución, a partir de un simple control estrictamente formal (art. 41), sin que de oficio la autoridad judicial pueda proceder al examen de los motivos que impiden el reconocimiento, para lo cual tiene que existir un recurso o una oposición del deudor. Pues bien, con arreglo al art. 32 del meritado Reglamento, se entiende por “resolución” cualquier decisión adoptada por un tribunal de un estado miembro, con independencia de la denominación que reciba, como Auto, Sentencia o Providencia, Mandamiento de ejecución o acto del Secretario de liquidación de costas del proceso.

En definitiva, quedan incluidos en el procedimiento especial y simplificado de reconocimiento y ejecución en un Estado requerido para ello, todos los títulos ejecutivos jurisdiccionales y extrajurisdiccionales que nuestra LEC contempla en el art. 517 y 519. Y por otro lado, y como regla general, este

Reglamento sólo resulta aplicable a las acciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a su entrada en vigor, es decir, a partir del 1 marzo 2002.

Resumiendo, en el presente supuesto, nos hallamos ante lo que la doctrina denomina, “modalidad automática de reconocimiento” establecida en el art. 32.1º, según el cual las resoluciones dictadas en un Estado miembro (Estado de origen), serán reconocidas en los demás Estados miembros (Estados requeridos o de ejecución), sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno.

Lo expuesto conduce a desestimar la cuestión relativa al no reconocimiento de la sentencia de donde dimana la deuda reclamada a persona física, ejercitada por el demandado/recurrente.

[...]

DECISIONES SOBRE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

2014-2015/105.- Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, Auto nº 108/2014, de 11 junio 2014. Ponente: Ilma. Sra. Nuria Auxiliadora Orellana Cano. AC\2014\1269.

Sentencia dictada en Finlandia sobre materia de responsabilidad parental que establece la guarda y custodia compartida del hijo menor.- Posterior sentencia dictada en España que atribuía la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, y se señala el régimen de visitas a favor del padre.- Sentencia no conciliable con la resolución cuyo reconocimiento se solicita: la demanda presentada en el presente procedimiento de execuatur.- Aplicación del art. 23 e) del Reglamento (CE) nº 2201/2003.

Normas aplicadas: Art. 23 e) Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis).

[...]

En el presente caso, resulta de aplicación el art. 23 del Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, cuyo ap. e) prevé como motivo de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia de responsabilidad parental: “ e) si la resolución fuere inconciliable con otra dictada posteriormente en relación con la responsabilidad parental en el Estado miembro requerido”.

No resulta controvertido que con posterioridad a la resolución cuyo reconocimiento se interesa se inició, ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer número Dos de Torrox, demanda sobre guarda y custodia, habiéndose dictado, primero, auto de medidas provisionales con fecha 26 marzo 2012, y, posteriormente, sentencia de fecha 3 octubre 2012, que aprobaba el convenio regulador suscrito entre las partes, en el que entre otras medidas se atribuía la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, y se señalaba el régimen de visitas a favor del padre. Dicha sentencia no resulta conciliable con la resolución cuyo reconocimiento solicitó D. Serafin, dictada con fecha 24 julio 2008 por el Tribunal del Distrito de Candado de Mayo (Finlandia), en la que se establecía (antes del nacimiento de Braulio) la guarda y custodia compartida del hijo menor Germán . Ciertamente, la demanda presentada en el presente procedimiento es anterior a la referida sentencia, pero ello no puede impedir la aplicación del art. 23 e) Reglamento (CE) nº 2201/2003, sin perjuicio de que se tenga en cuenta a efectos del pronunciamiento sobre costas en primera instancia, que se omite en la resolución recurrida, y que la apelante interesa sean impuestas a la parte apelada, imposición de costas que resulta improcedente por los motivos expuestos, por lo que procede la estimación del recurso, y la denegación del reconocimiento, sin hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia.

[...]

**POSIBILIDADES DE FUNDAMENTACIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN EN
PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA**

2014-2015/106.- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 573/2014, de 16 octubre 2014. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena. RJ\2014\5813.

Sentencia extranjera: ejecución.- Solicitud conforme al Reglamento (CE) 44/2001 de ejecución de pronunciamiento de sentencia extranjera relativo a los intereses derivados de deuda principal: improcedencia.- Recurso de casación : motivos.- Normas en las que puede basarse.- Normas sustantivas: excepción.- Recurso de casación en procedimiento de ejecución de sentencia extranjera: posible fundamentación en la infracción de normas procesales: caducidad de la acción.

Normas aplicadas: Arts. 34 a 35 y 41 a 45 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I).

[...]

1.- *Omega Spice, S.L. plantea como motivo de inadmisibilidad la inadecuación del recurso de casación para plantear cuestiones de naturaleza procesal.*

2.- *La Sala no acepta dicha causa de inadmisión. La distinción entre lo que puede ser objeto del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación suele simplificarse afirmando que el primero tiene por objeto la infracción de normas procesales, y el segundo, la de normas sustantivas.*

Tal simplificación responde a que, efectivamente, los motivos en que puede fundarse el recurso extraordinario por infracción procesal, establecidos en los cuatro aps. del art. 469.1º LEC, suponen necesariamente la infracción de alguna norma reguladora del proceso, sea orgánica (como las referidas a la jurisdicción y la competencia objetiva) o propiamente procesal. Por el contrario, el recurso de casación “habrá de fundarse, como único motivo, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (art. 477.1º LEC), y lo habitual es que las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso sean de naturaleza sustantiva.

Pero, excepcionalmente, algunos procesos civiles pueden tener por objeto cuestiones de naturaleza procesal. Tal es el caso objeto de este recurso, en el que se decide sobre la ejecución en España de una sentencia extranjera, en aplicación de lo previsto en el Reglamento (CE) 44/2001.

Es este caso, la infracción de las normas que se denuncia (la del art. 518 LEC) no tiene encaje en ninguno de los cuatro motivos del art. 469.1 LEC puesto que se trata precisamente de las normas aplicables a las cuestiones objeto del proceso. Por eso han de ser objeto de recurso de casación. Así lo ha declarado expresamente esta sala en el auto de 26 febrero 2002, recurso de queja nº 2145/2001, y en el auto de 29 julio 2008, recurso de casación nº 2145/2001, así como en la sentencia 144/2014, de 13 de marzo. Y en relación al recurso de casación de resoluciones dictadas en aplicación del Reglamento (CE) 44/2001, así se ha afirmado en los autos de 23 noviembre 2004, 21 enero 2003 y 12 marzo 2002, y en la sentencia nº 831/2009, de 18 diciembre.

De no entenderlo así y exigir que el recurso de casación en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 44/2001 solo pueda tener por objeto la infracción de normas sustantivas, quedaría vacía de contenido la previsión del art. 44 en relación al anexo IV del Reglamento (CE) 44/2001, pues no sería posible interponer tal recurso, dado que dicho Reglamento regula la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y sus arts. 36 y 45.2º prohíben cualquier revisión de la resolución extranjera o del Estado miembro de origen en cuanto al fondo.

[...]

1.- *El Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se*

integra en el desarrollo del espacio común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, y supone un avance en este campo respecto del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. De ahí que los considerandos 16 y 17 del Reglamento declaren:

“(16) La confianza recíproca en la justicia dentro de la Comunidad legítima que las resoluciones dictadas en un Estado miembro sean reconocidas de pleno Derecho, sin que sea necesario, excepto en caso de oposición, recurrir a ningún otro procedimiento.

“(17) Esta misma confianza recíproca justifica que sea eficaz y rápido el procedimiento para hacer ejecutoria, en un Estado miembro, una resolución dictada en otro Estado miembro. A tal efecto, el otorgamiento de la ejecución de una resolución debería producirse de manera casi automática, previo mero control formal de los documentos aportados, sin que el tribunal pueda invocar de oficio ninguno de los motivos de denegación de la ejecución previstos en el presente Reglamento “.

Esta integración en materia de justicia ha culminado, por el momento, con el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre, que aún no ha entrado en vigor, y que suprime la declaración de fuerza ejecutiva previa a la ejecución en el Estado miembro requerido. “ Como consecuencia de ello, cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido ” (considerando 26 del nuevo Reglamento, en relación al art. 39).

2.– El régimen establecido por el Reglamento (CE) nº 44/2001 para la ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro es, efectivamente, de otorgamiento inmediato y casi automático de la ejecución, puesto que las formalidades cuyo cumplimiento ha de verificar el Juez ante el que se solicita la ejecución son muy elementales (aportación de copia auténtica de la resolución y de la certificación prevista en el art. 54 en relación al anexo V del Reglamento), y el examen de objeciones a la ejecución, de carácter limitado y excepcional (las previstas en los arts. 34 y 35 del Reglamento), es eventual, pues solo se produce en caso de que la parte contra la que se solicitare la ejecución interponga el recurso previsto en el art. 43 del Reglamento.

3.– Lo anteriormente expuesto debe llevar a la conclusión de que, a los efectos de determinar si la acción de ejecución de una resolución dictada por otro Estado miembro ha sido ejercitada a tiempo, la solicitud regulada en los arts. 38 ss Reglamento (CE) 44/2001 deba considerarse integrada en el proceso de ejecución de la sentencia. No es razonable considerar que dicha causa de oposición no podía formularse en este momento, sino que debía esperarse a que se dictara la resolución acordando las concretas medidas de ejecución para oponerla, por diferenciar a estos efectos entre la declaración de haber lugar a la ejecución y el despacho de ejecución propiamente dicho, cuando la cuestión puede ser apreciada en este momento por concurrir todos los elementos necesarios para hacerlo, y el control a que se somete la resolución extranjera cuya ejecución se solicita es, como se ha expuesto, muy liviano.

La solicitud de ejecución de la resolución dictada por un Estado miembro, al amparo del Reglamento (CE) 44/2001, no tiene un plazo de prescripción o de caducidad propio, sino que ha de aplicársele el previsto para la ejecución de los títulos judiciales. Dado que Reglamento comunitario no regula el plazo en que ha de pedirse la ejecución de la resolución del Estado miembro en otro, a falta de tal previsión expresa ha de aplicarse subsidiariamente la *lex fori* [ley del foro] a este aspecto de la solicitud de ejecución. Así resulta de lo dispuesto en el art. 523.2º LEC, y es conforme a la jurisprudencia comunitaria (STJCE 2 julio 1985, asunto nº 148/84).

4.– Es pertinente recordar que el principio de seguridad jurídica forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, y que los plazos de prescripción tienen, con carácter general, la función de garantizar la seguridad jurídica, como ha declarado la STJUE (Sala Cuarta) 28 octubre 2010, asunto C-367/09.

No sería acorde con este principio que, ante la ausencia de una previsión específica de plazo de prescripción o de caducidad para la solicitud de ejecución de la resolución de un Estado miembro en el régimen del Reglamento (CE) 44/2001, esta solicitud pudiera presentarse en cualquier momento, o en un plazo desproporcionadamente mayor que el previsto para las resoluciones nacionales.

Por estas razones, la Sala considera que el plazo previsto en el art. 518 LEC, conforme al cual la acción ejecutiva basada en un título judicial “ caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución “, es también de aplicación a la solicitud de ejecución de resoluciones de otros Estados miembros en el régimen del Reglamento (CE) 44/2001.

Es un plazo suficientemente amplio para solventar los inconvenientes derivados de tratarse de una resolución dictada en un Estado miembro distinto de aquel en que se formula la solicitud de ejecución, por lo que no se priva de efectividad a la norma comunitaria, y no es más restrictivo que el previsto para las resoluciones nacionales, con lo que se respeta el principio de equivalencia.

[...]

8.— El argumento de que no se ha probado cuál es la fecha de firmeza de la sentencia conforme al Derecho finlandés no puede ser acogido, puesto que en la propia documentación aportada por “Mp Mausteovalvelu Oy” para solicitar la ejecución de la sentencia en lo que respecta al pronunciamiento condenatorio al pago de intereses, constaba que el plazo para recurrir la sentencia finalizaba el 25 julio 2005 .

9.— Tampoco puede ser obstáculo para la estimación de la caducidad de la solicitud el hecho de que la ejecutante acudiera a un despacho de abogados finlandés para que calculara los intereses, y el documento de liquidación emitido por tal despacho tenga fecha 25 febrero 2009.

El argumento de que en Finlandia no es posible obtener una fijación judicial del importe de los intereses para presentarla ante el tribunal de ejecución y que por eso hubo de solicitar a un despacho de abogados que realizara la liquidación es irrelevante. Tampoco en España es posible obtener un pronunciamiento judicial previo que fije el importe de los intereses, sino que tal fijación lo realiza el propio tribunal que lleva a cabo la ejecución de la sentencia dictada en un proceso civil. No hay diferencia por tanto entre la ejecución de una sentencia española y de una extranjera.

[...]

En el caso objeto de este recurso, la parte ejecutante dispuso de cinco años desde la firmeza de la sentencia para obtener los justificantes de la normativa finlandesa que regula el devengo de los intereses fijados en la sentencia dictada por el tribunal de ese Estado, conseguir una propuesta de liquidación por parte de un experto en Derecho finlandés, si consideraba que era necesario, y ejercitar la acción ejecutiva. Se trata de un plazo más que razonable, que no impide la eficacia del Reglamento (CE) 44/2001 para solicitar la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro.

10.— Lo expuesto lleva a que deba ser estimado el recurso de casación, se revoque el auto dictado por la Audiencia, y se estime el recurso interpuesto contra el auto que acordó haber lugar a la ejecución en España de la sentencia dictada por el tribunal finlandés en el extremo relativo al pronunciamiento sobre el pago de intereses.

[MP—MAUSTEPALVELU, O / OMEGA SPICE, S.L.]

RECHAZO DE LA REBELDÍA POR CONVENIENCIA EN EL EXECUTATUR

2014–2015/107.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 328/2015 de 15 mayo 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Ferrer Amigo. JUR\2015\165995.

Sentencia venezolana de divorcio.- Sentencia dictada en rebeldía: inexistencia.- Rebeldía por conveniencia.- Executatur: si.

Normas aplicadas: Arts. 951 a 958 LEC/1881.

[...]

Del examen en la alzada de los documentos acompañados por los actores con su solicitud, no obstante, no puede desprenderse la conclusión de que la sentencia fue dictada en rebeldía del demandado en la forma prevista en el art. 954, por cuanto en el testimonio de la sentencia, que contiene las legitimación de las firmas que garantizan su autenticidad, consta a) que la pretensión de separación de cuerpos y bienes fue formulada de mutuo acuerdo (...) y b) que pese a que la solicitud de conversión de la separación en divorcio fue instada exclusivamente por la Sra. Edurne, se siguió el trámite de notificar al Sr. Simón quien “no compareció en su oportunidad”. La sentencia acuerda el divorcio y mantiene la totalidad de los pactos que en su día fueron alcanzados por los cónyuges por convenio y que fueron homologados en la sentencia de fecha 7 septiembre 1987.

La consecuencia de lo anterior, es que no existió la situación de rebeldía impositiva del reconocimiento. Dificilmente puede darse dicha situación de rebeldía en un procedimiento jurisdiccional no contencioso, en el que no existe como tal parte demandada, sino que las dos personas interesadas son las que promueven la declaración de separación de su matrimonio y que después es convertido en divorcio por el mero transcurso del tiempo sin reconciliación y con ratificación y sin alteración de los pactos vigentes para la separación y a la vista de los acontecimientos posteriores.

Así, el hecho de que la esposa comparezca ante el Tribunal jurisdiccional español para solicitar el reconocimiento de la resolución, y otorgue el Sr. Simón poder expreso y especial para este fin, supondría que el hipotético déficit de rebeldía, ha quedado salvado, puesto que lo que el legislador pretende es que a nadie le pueda alcanzar los efectos de una sentencia dictada en un proceso que no ha conocido y en el que no ha podido defenderse, pero siempre que no haya sido purgada su rebeldía por un acto propio, como lo es que la propia parte supuestamente rebelde, solicita la declaración de eficacia de la misma.

Lo que no cabe duda, en cualquier caso, es que los dos interesados, eran perfectos conocedores de la vertencia del litigio, y ello excluye toda situación de rebeldía, puesto que la doctrina internacionalista distingue y otorga distintos efectos, a la llamada rebeldía “a la fuerza” o propia, de la rebeldía impropia, “por convicción” o conveniencia, que es la de aquella persona que no compareció en el proceso habiéndolo podido hacer. Así ha sido interpretado el precepto de forma reiterada por el Tribunal Supremo AATS 28 mayo 1985 y 5 abril 2005, y por el Tribunal Constitucional, SSTC nº 82/1999, de 15 de junio, y nº 59/2002, de 16 de abril, en principio que forma parte del orden público internacional.

Por ello debe de ser estimado el recurso de apelación interpuesto y revocar el auto impugnado.

RESPONSABILIDAD

RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE AÉREO

2014-2014/108.- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 649/2014, de 13 enero 2014. Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena. RJ\2015\612.

Responsabilidad por accidente aéreo.- Reclamación de familiares de pasajeros.- Avión ruso que se estrelló tras chocar en pleno vuelo contra una aeronave de la compañía Airways.- Defecto del sistema de anticolidión de que ambos iban dotados.- Defectos de diseño, fabricación e información al piloto de dicho sistema como causa del siniestro: aplicabilidad del art. 6 del Convenio de la Haya de 1971.- Inaplicación de su art. 5 referido a la “adquisición del producto”.

Normas aplicadas: Art. 22.2º LOPJ; arts. 1, 3, 5 y 6 Convenio de 2 octubre 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos.

[...]

Aplicabilidad del Convenio de la Haya de 1973 . La adquisición de los billetes del transporte aéreo por los pasajeros no equivale a la adquisición del sistema anticolidión con que iba equipado el avión

1.— Las sentencias de instancia razonan correctamente la aplicación del Convenio de la Haya de 1973 para la determinación de la ley aplicable, en base al primer párrafo del art. 1 del Convenio, que establece: “ El presente Convenio determinará la ley aplicable a la responsabilidad de los fabricantes y otras personas señaladas en el art. 3 por los daños causados por un producto, comprendidos los derivados de la descripción inexacta del producto o la falta de indicación adecuada de sus cualidades, características o modo de empleo ”.

2.— Los demandantes no exigen a los fabricantes del sistema anticolidión que equipaba el avión, con quienes no habían celebrado contrato alguno, una indemnización porque el sistema anticolidión no fuese útil, como podría hacer la compañía aérea que lo adquirió si hubiera tenido problemas por la falta de utilidad del producto.

Los demandantes ejercitan una acción en la que reclaman una indemnización al fabricante porque atribuyen al producto una serie de defectos de diseño, fabricación e información, que a su juicio trajeron como consecuencia daños catastróficos al colisionar el avión en que viajaban sus familiares con otro avión dotado del mismo sistema anticolidión.

La amplitud con la que el art. 1 del Convenio de la Haya de 1973 describe su ámbito de aplicación (como resaltan las sentencias de instancia, habla de “ daños producidos por un producto ”, sin exigir siquiera que este sea defectuoso) responde a la finalidad de que el Convenio tenga un amplio campo de aplicación, lo que hace que sea aplicable a las acciones ejercitadas en la demanda y estimadas en parte en la sentencia recurrida. Que los defectos imputados al producto sean o no ciertos, o que efectivamente constituyan defectos que conforme a la ley aplicable den lugar a la responsabilidad del fabricante, es la cuestión de fondo a discutir en el litigio, que no afecta a la determinación de la ley aplicable sino a la prosperabilidad de la acción.

3.— Tampoco puede aceptarse la tesis de las recurrentes sobre la aplicabilidad del art. 5.b del Convenio de la Haya de 1973, que excluiría la del art. 6.

El art. 5.b del Convenio de la Haya de 1973 establece: “ No obstante lo dispuesto en el art. 4, la legislación aplicable será el Derecho interno del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada en el caso de que dicho Estado sea también: [...]

b) el Estado en cuyo territorio hubiese sido adquirido el producto por la persona directamente perjudicada ”.

Es razonable que una interpretación amplia del concepto “adquisición del producto” permita aplicar el criterio de determinación de la ley aplicable establecido en el art. 5.b del Convenio de la Haya de 1973 en situaciones en las que la persona directamente perjudicada no ha adquirido la propiedad del producto pero ha celebrado un negocio que le atribuye, siquiera temporalmente, facultades similares a las del propietario en cuanto a la posesión material y efectiva y el control sobre el producto. Pero por más amplitud que se dé a esta expresión, nunca podrá incluir supuestos como la compra de los billetes por parte de los pasajeros, que no les otorga facultades sobre el producto (sistema anticolidión del avión) que puedan considerarse similares, ni por aproximación, a las que otorga la adquisición del producto en sí.

4.— Por tanto, los tribunales de instancia aplicaron correctamente el art. 6 del Convenio de la Haya de 1973 como norma de conflicto, y la remisión que esta hace al Derecho de Nueva Jersey y de Arizona, como estados en que se hallan los establecimientos principales de las sociedades a las que se imputa la responsabilidad, ya que los demandantes no basan su reclamación en el Derecho interno del estado en cuyo territorio se produjo el daño, Alemania.

5.— Lo expuesto determina que no proceda analizar los motivos de los recursos que se basan en el Derecho español, en concreto los motivos segundo, cuarto y quinto del recurso de Honeywell, ni los motivos segundo y cuarto a octavo del recurso de ACSS, puesto que su formulación suponía que era aplicable el Derecho español por no haberse seleccionado correctamente la norma de conflicto procedente.

[...]

Formulación de los motivos sexto del recurso de Honeywell y noveno del recurso de ACSS

1.— El motivo sexto del recurso de Honeywell se encabeza del siguiente modo: “En el improbable caso de que esa Excma. Sala considere bien aplicado por la Sentencia recurrida el Convenio de La Haya de referencia, y consiguientemente, declare aplicable a mi mandante la legislación del Estado de Nueva Jersey, la sentencia recurrida vulnera el derecho de prioridad por la legislación federal (Federal Preemption), de base constitucional, con arreglo al cual el cumplimiento de la normativa de seguridad federal, y en concreto de la Ley Federal de Aviación (FAA), puede tener, y tiene en este caso, un efecto preferente que desplaza cualquier prueba de defecto en virtud de una ley estatal”.

2.— El epígrafe con el que se inicia el motivo noveno del recurso de ACSS es el siguiente: “En el improbable caso de que esa Excma. Sala considere bien aplicado por la Sentencia recurrida el Convenio de La Haya de referencia, y, consiguientemente declare aplicable a mi mandante la legislación del Estado de Arizona, vulneración por la Sentencia recurrida de la Ley Federal de Aviación (Federal Aviation Act) y del derecho de prioridad de la legislación federal (Federal Preemption), consagrado en la Constitución de los Estados Unidos de América, con arreglo al cual el cumplimiento de la normativa de seguridad federal puede tener, y tiene en este caso, un efecto preferente que desplaza cualquier prueba de defecto en virtud de una ley estatal”.

3.— Las recurrentes fundamentan estos motivos, resumidamente, en que la prueba de que un producto cumple la normativa federal de seguridad es un factor relevante para analizar si un producto es defectuoso, pues el cumplimiento de esta normativa, aunque puede no ser determinante o concluyente, en algunas circunstancias tiene un efecto preferente. Que no cabe exigir responsabilidad por daños conforme al Derecho de Arizona, en el caso de ACSS, pues basta la observancia de los requisitos exigidos por la legislación federal para que el fabricante quede eximido de responsabilidad a efectos del Derecho estatal de Arizona. Y que el fabricante no puede introducir modificación en las especificaciones de los productos una vez aprobadas por la autoridad federal de aviación.

[...]

Decisión de la Sala. No es aplicable la doctrina de la “federal preemption” porque no existe conflicto entre la ley federal y la ley estatal

1.— La doctrina de la federal preemption supone la existencia de un conflicto entre la legislación federal de los Estados Unidos y la de alguno de los Estados federados, que se soluciona otorgando preferencia a la legislación federal sobre la estatal si concurren determinados requisitos.

2.— En el caso enjuiciado, no se ha producido ningún conflicto entre la ley federal y la estatal. No se alega que exista una ley de Nueva Jersey, o de Arizona, que regule la seguridad aérea y que entre en conflicto con la normativa federal sobre seguridad aérea. La sentencia de la Audiencia Provincial, asumiendo lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia, reconoce en todo momento que la normativa sobre seguridad aérea relevante para decidir la cuestión litigiosa es la Ley Federal de Aviación (Federal Aviation Act), y declara que nadie ha afirmado que exista normativa estatal al respecto.

3.— La cuestión que pretende plantearse a través de este motivo (si el alegado cumplimiento de la Ley Federal de Aviación o la homologación del producto por las autoridades federales de aviación civil excluye la existencia de defectos en el producto y, por tanto, de responsabilidad en los fabricantes) es ajena a la existencia de un conflicto de leyes que haya de ser resuelto otorgando prioridad a una sobre otra, pues lo que hay que resolver es si la existencia de una normativa federal de seguridad aérea que establece unos requisitos para el producto y la existencia de autorizaciones administrativas que homologan el producto y autorizan su utilización son suficientes para excluir la existencia de responsabilidad en el fabricante. A tal cuestión se refiere ACSS en el motivo duodécimo de su recurso.

[...]

3.— El motivo decimotercero del recurso de ACSS se encabeza así:

“Subsidiariamente, en el improbable caso de que esa Excma. Sala considere bien aplicado por la Sentencia de apelación el Convenio de la Haya de 1973, y, consiguientemente, declare aplicable a mi mandante el Derecho del Estado de Arizona, vulneración de la legislación del Estado de Arizona, A.R.S. § 12-683 (1) (Arizona Revised Statutes), con arreglo al cual un fabricante puede afirmar y oponer, como medio de defensa, que no había diseño alternativo posible del producto según el estado de la técnica al tiempo de su venta”.

[...]

2.– Los sistemas anticolidión aérea en cuestión se diseñaron y fabricaron en los Estados Unidos. El Código de Normativa Federal de los Estados Unidos (Code of Federal Regulations), en su título 14, ap. 21, regula los procedimientos de certificación para productos utilizados en la aviación. Conforme a esta normativa, las Órdenes Técnicas Estándar (TSO, Technical Standard Order) emitidas por la Autoridad Federal de Aviación de los Estados Unidos (FAA, Federal Aviation Administration) establecen el estándar de prestaciones mínimas que deben cumplir los productos aeronáuticos que se utilicen en los aviones civiles. Cuando la FAA constata que el producto cumple las especificaciones de un determinado TSO, concede una “autorización TSO” (TSO authorization) que permite al fabricante el diseño y producción del producto.

La FAA emitió en diciembre de 1998 una TSO, la C119b, en la que especificaba los estándares de prestaciones mínimas que debían cumplir los sistemas anticolidión TCAS II, y en él se especificaba cuáles eran los requisitos del software del TCAS II versión 7.0, que eran los del documento RTCA/DO-185A, que establecía unos determinados MOPS (estándares operacionales mínimos de prestaciones).

Si bien en el año 2000 se empezó a estudiar la mejora del sistema de la RA inversa, con la propuesta de cambio CP112, no fue hasta abril de 2009 cuando una versión mejorada de esta propuesta, la CP112E (“E” de enhanced, esto es, “mejorada”), fue finalmente aprobada mediante la TSO C119c, dando lugar al TCAS II versión 7.1, lo que ha supuesto una variación de las condiciones en que deberá emitirse una RA inversa, puesto que ya no es preciso que exista una diferencia de altitud de al menos cien pies entre una y otra aeronave.

3.– Sentado lo anterior, han de admitirse los argumentos de las recurrentes. Tratándose de un producto del sector de los sistemas de seguridad de la aviación civil, fuertemente intervenido por la administración de aviación civil y sujeto a estrictas regulaciones imperativas, el fabricante no puede apartarse del diseño aprobado por las autoridades administrativas competentes, ha de fabricar y comercializar el producto para el que ha recibido autorización, y no puede introducir cambios en el mismo en tanto no sea autorizado por la autoridad administrativa de aviación civil tras haberse comprobado que se adapta a la TSO vigente.

Es preciso asegurarse de que las ventajas de la nueva versión del producto no provocan consecuencias indeseadas, como es alguna de las que intentaba evitar el algoritmo para el cálculo de la RA inversa existente en el TCAS II versión 7.0 y que se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial (la emisión de RA inversas reiteradas en las maniobras de evasión propiciadas por el TCAS).

Ha de tomarse en consideración que se trata de un producto cuyo funcionamiento exige coordinación entre los equipos instalados en los aviones implicados en el encuentro, puesto que el sistema anticolidión TCAS supone la interacción entre los sistemas anticolidión instalados en una y otra aeronave, y que había varios fabricantes de TCAS II versión 7.0.

La exoneración de responsabilidad del fabricante no se debe a que cumpla unas exigencias administrativas mínimas en materia de seguridad. La cuestión es que el diseño del software del producto debía atenerse a unos determinados MOPS (Minimum Operational Performance Specification) establecidos en las especificaciones técnicas aprobadas por la administración, con unos determinados algoritmos, cuyo cumplimiento determinó la concesión de autorización.

[...]

[HONEYWELL INTERNACIONAL, INC Y AVIATION COMMUNICATIONS AND SURVEILLANCE SYSTEMS]

Observaciones: 1. En el presente comentario se van a analizar algunos de los aspectos de la prolija decisión dictada por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Primera) de 13 enero 2014 en relación al recurso presentado por “Honeywell Internacional, INC” y “Aviation Communications and Surveillance Systems”, contra la decisión dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) el 7 mayo 2012 [sobre esta última decisión *vid.*, A. Hernández Rodríguez, “Accidentes aéreos y *forum non conveniens*. Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España”, *CDT* (octubre 2012), vol. 4, Nº 2, pp. 307-321; M. Herranz Ballesteros, “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: el asunto Honeywell y Spanair”, *CDT*, (octubre 2013), vol. 5, nº, 2, pp. 592-609, esp. pp 596-597].

2. El asunto trae causa en un accidente en pleno vuelo entre dos aviones en el lago Constanza. Uno de ellos era un avión que partió de Moscú y cuyo destino final era Barcelona. La aeronave estaba explotada por la compañía aérea *Bashkirian Airline*. El segundo, un *Boeing* modelo B 757-2000 explotado por la compañía *DHL Airways*, partió de Bérgamo con destino Bruselas. Todos los ocupantes tanto del primer avión (sesenta y nueve personas) como del segundo (la tripulación) fallecieron en el choque.

Este caso, como otros, es una muestra de lo compleja que resulta la litigación internacional cuando, como en el caso de los accidentes aéreos, la plurilocalización de la situación es muy acusada.

Los familiares de las víctimas interponen primero demandas ante un Juzgado Federal del Distrito de New Jersey, lugar del domicilio tanto de *Honeywell Internacional Inc*, como *Aviation Communication & Surveillance Systems*; este Tribunal, a instancia de las demandas, acepta, en aplicación del *forum non conveniens*, declinar su competencia judicial a favor de las autoridades españolas. De esta forma, los Tribunales españoles, a juicio de los Tribunales estadounidenses, son un foro alternativo adecuado para conocer del asunto (sobre este aspecto esencial para la aplicación del *forum non conveniens* y la figura en general así como su aplicación en la práctica, *vid.*, M. Herranz Ballesteros, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011).

3. La primera de las cuestiones a despejar sería establecer el criterio por el que las autoridades españolas asumen competencia judicial internacional para conocer del asunto. La autonomía de la voluntad, en concreto la sumisión tácita de las partes, ha sido el foro de competencia empleado por las distintas instancias para entrar a conocer del asunto. En efecto, no hay otro criterio de conexión por el que los Tribunales españoles fueran internacionalmente competentes. Hay que destacar que en relación a la competencia judicial internacional no hay referencia alguna ni en la decisión del Juzgado de Primera Instancia ni por la Audiencia Provincial, sólo en la decisión del Tribunal Supremo, en el resumen de los antecedentes, se hace alude a este aspecto. Sumisión tácita que se produce dado que los demandados en ningún momento impugnan la competencia del Tribunal español; en efecto, esta forma de proceder es la consecuencia del cumplimiento de la condición impuesta por los Tribunales estadounidenses para aplicar el *forum non conveniens* (no son pocas las dudas creadas en torno a la existencia real en estos casos de autonomía de la voluntad, pero no del demandado sino del propio demandante, cuando la sumisión tácita se produce tras la aplicación del *forum non conveniens*, *vid.* M. Herranz Ballesteros, “Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia...”, *loc. cit.*, pp. 596-597).

En el marco de la competencia judicial internacional, y por la materia sobre la que versa el asunto, el Tribunal español ha de descartar la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 para poder aplicar el art. 22.2º LOPJ. Es cierto que ni en la decisión del Juzgado de Primera Instancia, ni posteriormente en la decisión de la Audiencia Provincial hay referencia alguna al texto normativo de aplicación para determinar la competencia judicial internacional. Es el Tribunal Supremo en el resumen de los hechos la instancia que sí se refiere como instrumento aplicable a la LOPJ, y en particular a su art. 22.2º. No hay mención alguna del Reglamento (CE) nº 44/2001 por tanto: o bien se descarta su aplicación porque se entiende que el presupuesto de aplicación no se produce —el demandado no está domiciliado en un Estado miembro— y en consecuencia se aliena con el sector de la doctrina que entiende la inaplicación

del texto en tales supuestos; o simplemente ni se plantea la posible aplicación de la norma de fuente europea y directamente alude a la norma de fuente interna.

Lo cierto es que tras la entrada en vigor del Reglamento (UE) n° 1215/2012 la ampliación del ámbito espacial de la norma, al menos en lo que hace a la aplicación del criterio de sumisión expresa (art. 25), y aunque es cierto que el precepto referido a la sumisión tácita no se ha modificado con las consiguientes dudas que ello puede suscitar, llevará a la aplicación del mencionado instrumento aunque ninguna de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro desplazando, en consecuencia, a las previsiones de la recién modificada LOPJ.

4. En lo que hace a la determinación del Derecho aplicable, es el Convenio sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, firmado en La Haya el 2 octubre 1973 el texto que remite: a la aplicación del Derecho de New Jersey para determinar la responsabilidad de *Honeywell Internacional Inc.*, y al derecho de Arizona en lo que respecta a la responsabilidad de *Aviation Communication & Surveillance Systems*. Hay que recordar que este texto hubiera seguido siendo aplicable aunque los hechos hubieran ocurrido tras la entrada en vigor en 2009 del Reglamento Roma II, y ello como resultado de la cláusula contenida en este último en relación a su compatibilidad con normas convencionales internacionales existentes (art. 28 Reglamento Roma II).

Pues bien al citado Convenio de La Haya se refieren para resolver la cuestión de la ley aplicable tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona.

En el recurso ante el Tribunal Supremo las recurrentes tratan de descartar primero su completa aplicación, por estimar que el asunto no está comprendido en el ámbito de aplicación del texto contenido en su artículo 1, a lo que la Sala responde de forma negativa al entender comprendida en el texto la reclamación que se pretende. En segundo lugar, continúan las demandantes insistiendo que si este motivo no fuera estimado por la Sala, y por tanto entendiera que dicha norma convencional es de aplicación, que en su resolución el Derecho aplicable se determine conforme al art. 5.b), y no conforme al artículo 6 del que resulta de aplicación el Derecho interno del Estado en el que se halle el establecimiento principal de la persona a la que se la imputa la responsabilidad (...). Descarta, a mi juicio de forma acertada, el Tribunal la interpretación maximalista que pretenden las recurrentes, y así entiende que la compra de billetes por los pasajeros no les otorga facultades sobre el producto al que se le atribuyen defectos de diseño, fabricación e información –el sistema anticolidión–, y por tanto no puede ser de aplicación el artículo 5 b) que llevaría al ordenamiento de la residencia habitual de la víctima –ordenamiento ruso–, descartando entonces la aplicación del derecho estadounidense. Finalmente al entender el Tribunal Supremo la acertada aplicación por las instancias inferiores del art. 6 del Convenio de La Haya, y con ello la correcta selección de la norma de conflicto, no analiza los motivos de los recursos basados en la aplicación de un ordenamiento distinto que no sea el estadounidense.

Como puede observarse todos los esfuerzos de las demandadas se concentran en que no sea el ordenamiento estadounidense el que finalmente resulte aplicable a la responsabilidad; empeño que se inicia ya desde que ante las autoridades estadounidenses las demandadas instan el expediente del *forum non conveniens*.

5. Alegan las recurrentes la aplicación de la denominada *Federal Preemption* (contenida en el art. 6 cláusula 2 de la Constitución estadounidense *Supremacy Clause*), por la que cualquier conflicto entre una norma federal y una norma estatal se resuelve en favor de la aplicación de la primera. En este asunto la normativa sobre seguridad aérea que está siendo aplicada es la Ley Federal de Aviación sin que, como expone el Tribunal, se haya alegado que exista normativa estatal al respecto. Efectivamente, como ya sostuviera la Audiencia Provincial de Barcelona y asumiera el Tribunal Supremo, nadie alega que haya una normativa estatal al respecto por tanto no puede haber el pretendido conflicto.

Lo realmente central es determinar si cumplidos los requisitos que la Ley Federal de Aviación establece, este hecho exime al fabricante de responsabilidad; pues bien de conformidad con el criterio de la Sala la existencia de tales normas imperativas incide de forma mínima en la rectificación del fallo dic-

tado por la Audiencia, de forma que las demandadas no quedan relevadas de su responsabilidad en la producción del daño.

6. Otro de los motivos alegados por las recurrentes es la existencia en el supuesto de terceros a los que se les puede imputar parte del daño y con ello se proceda a reducir las indemnizaciones impuestas. La decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona declaró exclusivamente culpables a las empresas fabricantes. Estas ahora en el recurso presentado al Tribunal Supremo insisten tanto en la responsabilidad de la tripulación rusa como en la del controlador aéreo suizo. La revisión en casación es posible dado que se trata de revisar el juicio de imputación jurídica que debe añadirse a la causalidad física. Pues bien aunque el Tribunal descarta la responsabilidad de la tripulación rusa no hace lo mismo con el controlador.

Ahora bien, como con acierto hace el Tribunal, la determinación de la responsabilidad del controlador no ha de hacerse conforme al Derecho español de daños sino ha de juzgarse conforme al ordenamiento de Arizona y de New Jersey, según han quedado dichos ordenamientos, como leyes extranjeras, establecidos en la causa; es decir probados en cuanto a su vigencia, contenido y aplicación por los tribunales extranjeros.

Pues bien el Tribunal Supremo aprecia especialmente cómo han sido aplicado ambos ordenamientos extranjeros por los Tribunales estadounidenses y es donde la Sala basa principalmente su razonamiento al establecer: que si bien apreciada la responsabilidad del controlador aéreo conforme al ordenamiento de New Jersey, su aplicación por parte de los Tribunales de dicho Estado no hace posible dicho reparto, dado que conforme a esta jurisprudencia no es posible distribuir la culpa entre partes demandas y terceros que no hayan sido parte en el proceso; sin embargo, en el caso de ordenamiento de Arizona concurren a juicio de la Sala los criterios necesarios para que el controlador sea junto con el fabricante responsable de los daños y además se divide, conforme a lo previsto en la legislación de Arizona la indemnización a la que es condenada la empresa fabricante ACCS, correspondiendo la otra mitad de la misma al centro de control aéreo.

7. Visto lo anterior el Tribunal Supremo en su decisión reduce a la mitad la cantidad a la que el fabricante ACCS había sido condenado dejando igual la indemnización fijada a *Honeywell*. La Sala en su decisión revisa también la imposición de las costas de conformidad a las previsiones de nuestra LEC.

8. Con la decisión del Tribunal Supremo se cierra un caso que llega a las autoridades españolas por un expediente ajeno, salvo en supuestos excepcionales, al ordenamiento español, el *forum non conveniens*; sobre el que a diferencia de otras normativas en nuestro caso ni la normativa de fuente interna ni la normativa de fuente Unión Europea van a suponer un elemento disuasorio para aquellas empresas que fundamentalmente tratan de evitar que a la responsabilidad extracontractual se aplique el derecho estadounidense y para ello tratan a toda costa de evitar la competencia de los Tribunales estadounidenses. Sólo queda que las autoridades españolas con sus decisiones sean capaces de dar respuestas adecuadas a estos supuestos. Mónica HERRANZ BALLESTEROS*.

ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA

2014-2015/109.- Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Sexta, Sentencia nº 293/2014, de 16 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio Francisco Míguez Tabares. AC\2014\1265.

* Profesora titular de DIPr. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Accidente de circulación por carretera. Accidente acaecido en Portugal. Prueba del Derecho extranjero. Carga de la prueba: incumbe a la parte demandada que invoca el Derecho extranjero e insta su aplicación al supuesto enjuiciado. Dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal. Aplicación de la Ley española.

Normas aplicadas: Arts. 10.9º y 12.6º Cc; art. 281.2º LEC; art. 4.1º Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); arts. 20 ss Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 septiembre 2009 relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

[...]

En el presente procedimiento nos encontramos ante un accidente de tráfico acaecido el 5 junio 2010 en el Lugar de Vila Mea en Vila Nova da Cerveira (Portugal) en el que vieron implicados el turismo BMW matrícula-QLJ, en el que viajaban los demandantes, y el automóvil Seat León matrícula-NQ-..., asegurado en la entidad Liberty, representada en España por la sociedad demandada. Como hemos indicado no se discute ni la mecánica del accidente ni la responsabilidad imputable al conductor del vehículo asegurado en la compañía representada en España por la entidad demandada, sino que, en relación con la reclamación planteada por las lesiones de los demandantes el debate se limita a la legislación aplicable. Tampoco se ha planteado declinatoria sobre la competencia territorial para conocer del proceso, por lo que se ha aceptado la competencia de los tribunales españoles para conocer del presente proceso.

Respecto a la legislación sustantiva aplicable, el art. 10.9º Cc establece que las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven. El art. 4.1º del Reglamento (CE nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) dispone que “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño”. El art. 31 RDL 8/2004, de 29 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, indica que a los siniestros a que se refiere este título (siniestros ocurridos en un Estado distinto al de residencia del perjudicado) les será de aplicación la legislación del Estado en cuyo territorio haya ocurrido el accidente. Por lo tanto en principio la legislación sustantiva aplicable en el presente supuesto es la de Portugal al haberse producido en dicho país el accidente de circulación.

Sin embargo el art. 281.2º LEC dispone que “serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero ... El Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el Tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. Por lo tanto, la prueba del Derecho extranjero no incumbe en el presente proceso a la parte demandante, sino a la parte demandada que invoca el Derecho extranjero e insta su aplicación al supuesto enjuiciado. Así resulta de reiterada doctrina reflejada en la STS 1ª 30 abril 2008, a cuyo tenor “la jurisprudencia ha declarado que quien invoca el Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia de la legislación que solicita, la vigencia de la misma y su aplicación al caso litigioso, y la facultad que se concede al juez en el art. 12.6. II, inciso final (texto hoy derogado por la Ley 1/2000 de 7 de enero) no constituye una obligación”. En igual sentido se pronuncia la STS 1ª 27 diciembre 2006, que se remite a la de 31 diciembre 1994, cuando declara que “la prueba corresponde “a quien invoca el Derecho extranjero “, y es lo que cabe leer en múltiples decisiones de esta Sala, como las que se contienen en las SS 4 mayo 1989, 7 septiembre 1990, 16 julio 1991, 9 febrero 1999, hasta la de 4 julio 2006. Pues, de no haberse aportado la prueba de la existencia, contenido y vigencia del Derecho extranjero que se estima aplicable, se produce un vacío jurídico que los Tribunales han de llenar fallando de acuerdo con la ley española”. En la STS 1ª 24 junio 2010 se afirma que “No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del Derecho” aplicable, concepto este referido a

la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada...”.

La parte recurrente invoca la vigencia como legislación aplicable de la Portaria n.º 377/2008, de 26 de Maio do Ministérios das Finanças e da Administração Pública e da Justiça de Portugal; sin embargo resulta constatable que la citada normativa ha sido objeto de rectificación, ya que consta a este juzgador que, al menos, se ha producido una primera modificación a través de la Portaria n.º 679/2009 de 25 junio 2009 que afecta tanto a la normativa reguladora como a los anexos en los que se contemplan las cuantías indemnizatorias, ignorando si se han producido nuevas reformas o si la citada normativa reformada se encuentra vigente y es aplicada por los tribunales portugueses. Por lo tanto al plantearse dudas acerca de la normativa vigente aplicable en Portugal, correspondiendo dicha prueba a la parte demandada, debemos resolver fallando de acuerdo con la ley española, tal y como establece la doctrina jurisprudencial antes citada.

Al no haberse impugnado la corrección de las lesiones y secuelas fijadas en los informes periciales emitidos por D. (...), que han sido aportados con la demanda, debe estarse a las cuantías resultantes de los mismos, conforme se establece por la juez a quo en la sentencia, importes estos que no han sido además específicamente impugnados en esta alzada.

De igual forma debemos ratificar la condena al pago del factor de corrección del 10%, aplicable únicamente a las secuelas, y la aplicabilidad del art. 20 LCS al corresponderse con los intereses legales aplicables respecto a la indemnización por lesiones, ya que los mismos resultan siempre que el asegurador incurra en mora, entendiéndose por tal cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción del siniestro.

Se impugna asimismo por la parte demandada la condena al pago a la entidad AXA por la acción subrogatoria ejercitada por la misma respecto a la cantidad abonada para la reparación de los daños sufridos por el vehículo BMW matrícula-QLJ, ya que se alega que las personas jurídicas no pueden reclamar vía repetición en estado extranjero y que la aseguradora demandante no aportó la póliza de seguro que acreditase la cobertura de los daños propios del vehículo asegurado.

La parte recurrente invoca el ap. 49 del Considerando de la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 septiembre 2009 relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. En dicho epígrafe se establece que “las personas jurídicas subrogadas con arreglo a la ley en las reclamaciones del perjudicado contra la persona responsable del accidente o su entidad aseguradora (por ejemplo, otras entidades aseguradoras u organismos de seguridad social) no deben estar facultados para presentar la correspondiente reclamación ante el organismo de indemnización”. No se afirma entonces la imposibilidad, por parte de la entidad aseguradora que ha indemnizado a su asegurado en el siniestro, de reclamar vía subrogación, ya que la existencia y finalidad del organismo de indemnización viene contemplado en el ap. 47, que indica que “a fin de garantizar que el perjudicado no quede sin la indemnización a la que tiene derecho, es necesario prever un organismo de indemnización ante el cual aquel pueda recurrir en los casos en que la entidad aseguradora no haya designado un representante o demore innecesariamente la tramitación del siniestro, o en los casos en que no pueda identificarse a la entidad aseguradora” y el ap. 48 señala que “el cometido del organismo de indemnización es la liquidación de los siniestros respecto de cualquier perjuicio o lesión que se cause al perjudicado únicamente en casos que puedan determinarse objetivamente, y que por esa razón la actividad del organismo de indemnización debe limitarse a la comprobación de que se ha hecho una oferta de indemnización con arreglo a los plazos y procedimientos establecidos, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto”. En el concreto caso de España dicho organismo es Ofesauto, tal y como establece el art. 26 RDL 8/2004, de 29 de octubre.

En los arts. 20 ss RDL 8/2004 –relativos a siniestros ocurridos en un Estado distinto, entre los que se incluye en el art. 20.1º. b) un supuesto como el acontecido en el presente procedimiento, en que el lugar en que ocurra el siniestro sea un Estado miembro del Espacio Económico Europeo distinto a

España y el perjudicado tenga su residencia en España— se regula el procedimiento de reclamación del perjudicado contra entidades aseguradoras autorizadas en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, así como los organismos de información e indemnización y la repetición entre estos últimos, sin que se haga mención alguna al derecho de subrogación de una entidad aseguradora en los derechos de su asegurado. En los arts. 20 ss Directiva 2009/103/CE se contempla una regulación similar, y concretamente en el art. 20 se hace referencia a los perjudicados con derecho a indemnización por los perjuicios o lesiones sufridos como consecuencia de accidentes que hayan tenido lugar en un Estado miembro que no sea el de residencia del perjudicado y causados por vehículos que tengan su estacionamiento habitual y estén asegurados en un Estado miembro. En la referencia genérica a los derechos de los perjudicados cabe englobar los derechos de la entidad que se ha subrogado en los derechos del inicial y directamente perjudicado por haber indemnizado al mismo en base a la póliza contraída entre ambas partes. Por lo tanto la limitación relativa a las personas jurídicas subrogadas únicamente afecta a la reclamación que las mismas pretendan plantear frente a los organismos de indemnización, pero sí cabe ejercitar la acción directa contra la entidad aseguradora del vehículo causante del siniestro o el representante designado por aquella en España para la tramitación y liquidación de los siniestros.

Resulta entonces de aplicación la facultad establecida en el art. 43 LCS, ya que la aseguradora AXA, al haber abonado los gastos de reparación del vehículo asegurado en dicha compañía, se subrogó en el derecho de crédito que ostentaba su asegurado, sin que exista normativa alguna que impida su reclamación ante los tribunales españoles frente a la compañía aseguradora del vehículo causante del siniestro. La legitimación activa dimana del pago efectuado por la entidad AXA, que resulta acreditado por la factura emitida y por la manifestación efectuada mediante comparecencia por el representante legal del Taller Redomotor, S.L., entidad esta donde se repararon los daños sufridos por el turismo BMW matrícula—QLJ en el siniestro.

[...]

En principio la no aportación de la póliza no impide a la aseguradora ejercitar el derecho que otorga el art. 43 LCS una vez que esta haya pagado y conste probada la existencia y vigencia del aseguramiento, porque dicho precepto señala al asegurador como el legitimado para subrogarse, aunque ciertamente en determinados casos puede tener relevancia la falta de aportación de la póliza, pues ésta acredita la condición misma de asegurador y además de su contenido se pueden derivar efectos para el tercero ajeno a la misma, que se convierte en sujeto pasivo de la acción ejercitada por causa de la subrogación, ya que, por ejemplo, solo se puede reclamar hasta el límite de las cantidades que amparen las pólizas de seguro y hay supuestos en que el aseguramiento incluye conceptos (como el perjuicio estético o el valor a nuevo) que pueden no resultar repercutibles al tercero ajeno a los términos del contrato de seguro pactado. Sin embargo en el presente supuesto el importe abonado al taller por los gastos de reparación del vehículo, junto con la acreditación de la existencia de la póliza de seguro, constituyen documentación suficiente para acreditar la procedencia de la acción subrogatoria ejercitada por la entidad AXA.

Todo lo cual nos lleva a la desestimación del recurso de apelación interpuesto y a la confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

[...]

SOCIEDADES

RÉGIMEN DE EXENCIÓN APLICADO A LOS DIVIDENDOS DISTRIBUIDOS POR SOCIEDADES QUE SON RESIDENTES DE OTRO ESTADO MIEMBRO QUE LA SOCIEDAD BENEFICIARIA O DE UN TERCER ESTADO

2014-2015/110.– Tribunal de Justicia, Sala Primera, Sentencia de 11 septiembre 2014. Asunto C-47/12. Ponente: E. Levits.

Libertad de establecimiento.– Arts. 49 TFUE y 54 TFUE.– **Libre circulación de capitales.**–Arts. 63 TFUE y 65 TFUE.– **Legislación tributaria.**– **Impuesto sobre sociedades.**– **Normativa de un Estado miembro destinada a suprimir la doble imposición de los beneficios distribuidos.**– **Régimen de imputación aplicado a los dividendos distribuidos por sociedades que son residentes del mismo Estado miembro que la sociedad beneficiaria.**– **Diferencia de tratamiento de las pérdidas de la sociedad beneficiaria de los dividendos.**

Normas aplicadas: Arts. 49, 54, 63 y 65 TFUE.

[...]

46. Por consiguiente, las sociedades que no se han constituido de conformidad con la legislación de un Estado miembro no pueden acogerse a la libertad de establecimiento.

47. La referida consideración no queda desvirtuada por la alegación de Kronos de que las sociedades de terceros Estados no puedan ser discriminadas fiscalmente en relación con las sociedades alemanas y por lo tanto deban tener derecho a invocar la libertad recogida en el art. 49 TFUE.

48. Efectivamente, a falta de una definición uniforme dada por el Derecho de la Unión de las sociedades que pueden gozar del derecho de establecimiento en función de un criterio de conexión único que determine el Derecho nacional aplicable a una sociedad, si el art. 49 TFUE se aplica o no a una sociedad que invoca la libertad fundamental consagrada en dicho artículo constituye una cuestión previa que, en el estado actual del Derecho de la Unión, sólo puede ser respondida sobre la base del Derecho nacional aplicable (véanse las sentencias Cartesio, C-210/06, ap. 109, y National Grid Indus, ap. 26).

49. En consecuencia, cada Estado miembro dispone de la facultad de definir el criterio de conexión que se exigirá a una sociedad para que pueda considerársela constituida de conformidad con el Derecho nacional de dicho Estado y, por ello, pueda gozar del derecho de establecimiento (véanse, en este sentido, las sentencias Cartesio, ap. 110, y National Grid Indus, ap. 27).

50. No obstante, los Estados miembros no pueden ampliar unilateralmente el ámbito personal de aplicación del capítulo del Tratado relativo a la libertad de establecimiento, pues el objetivo de éste es asegurar dicha libertad exclusivamente en provecho de los nacionales de los Estados miembros (véase, en este sentido, el auto Lasertec, C-492/04, ap. 27).

51. Por consiguiente, procede declarar que en una situación, como la del litigio principal, en la que no cabe invocar la libertad de establecimiento dado que la sociedad beneficiaria de los dividendos está ligada al ordenamiento jurídico de un tercer Estado, es a la luz del art. 63 TFUE a la que debe apreciarse una normativa nacional relativa al tratamiento fiscal de dividendos originarios de otro Estado miembro o un tercer Estado, cuando dicha normativa no es aplicable exclusivamente a situaciones en que la sociedad matriz ejerce una influencia determinante en la sociedad que distribuye los dividendos.

52. Por lo tanto, las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un tercer Estado y residentes en un Estado miembro, con independencia de la magnitud de la participación que posean en la sociedad que distribuye dividendos y que está establecida en otro Estado miembro o un tercer país, pueden invocar el referido artículo para cuestionar la legalidad de tal normativa.

53. Es preciso además señalar que el Tribunal de Justicia tiene declarado que, dado que el Tratado no amplía la libertad de establecimiento a terceros países, es necesario evitar que la interpretación del art. 63 TFUE, ap. 1, por lo que se refiere a las relaciones con terceros países, permita que operadores económicos que excedan los límites del ámbito territorial de aplicación de la libertad de establecimiento extraigan provecho de ésta (sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ap. 100).

54. Ahora bien, tal como, en lo esencial, señaló el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones, tal riesgo no existe en una situación como la del litigio principal. Efectivamente, la normativa alemana no contempla los requisitos de acceso al mercado de una sociedad de este Estado miembro en un tercer país o de una sociedad de un tercer país en dicho Estado miembro. Sólo se refiere al tratamiento fiscal de dividendos derivados de inversiones efectuadas por el beneficiario de éstos en una sociedad establecida en otro Estado miembro o un tercer país.

55. En tales circunstancias, procede contestar a la primera cuestión prejudicial que debe apreciarse a la luz de los arts. 63 TFUE y 65 TFUE la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional, como la del litigio principal, según la que una sociedad residente en un Estado miembro no puede imputar las cuotas del impuesto sobre sociedades abonadas en otro Estado miembro o un tercer Estado por sociedades que han distribuido dividendos, como consecuencia de la exención fiscal de que gozan dichos dividendos en el primer Estado miembro cuando se derivan de participaciones sociales que alcanzan al menos el 10 % del capital de la sociedad que los ha distribuido, en una situación en que la sociedad beneficiaria de los dividendos ostenta una participación efectiva superior al 90 % y ha sido creada de conformidad con la legislación de un tercer Estado.

[...]

79. En una situación, como la del asunto principal, en que la sociedad beneficiaria de los dividendos registra pérdidas, podría considerarse que la devolución pecuniaria del impuesto abonado por la sociedad que distribuye los dividendos es una ventaja de tesorería.

80. Cierto es que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, excluir una ventaja de tesorería en una situación con elementos transfronterizos mientras que sí se acepta en una situación equivalente que carece de tales elementos constituye una restricción a la libre circulación de capitales (véase, por analogía, la sentencia *Comisión / España*, C-269/09, ap. 59 y jurisprudencia citada).

81. Sin embargo, en el contexto del asunto principal, la denegación de la devolución pecuniaria y la diferencia de tratamiento que ello supone se explican por una diferencia objetiva de la situación. Efectivamente, por lo que respecta a la devolución pecuniaria del impuesto abonado por la sociedad que distribuye los dividendos, que es lo solicitado por *Kronos*, las sociedades que perciben dividendos de origen extranjero no se encuentran en una situación comparable a la de las sociedades que perciben dividendos de origen nacional.

82. La diferencia que existe entre ambas situaciones estriba, en primer lugar, en que, como consecuencia de la firma de Convenios de doble imposición con otros Estados miembros y terceros Estados, la República Federal de Alemania ha renunciado a ejercer su potestad tributaria sobre los dividendos distribuidos por sociedades que residen en dichos Estados.

83. El Tribunal de Justicia tiene ya declarado que la libre circulación de capitales consagrada en el art. 63 TFUE, ap. 1, no puede tener como consecuencia obligar a los Estados miembros a ir más allá de la anulación del impuesto nacional sobre la renta que debe abonar el accionista en concepto de los dividendos de origen extranjero percibidos, y a devolver un importe que tiene su origen en el sistema fiscal de otro Estado miembro (véase, por analogía, la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ap. 52), para no restringir la autonomía fiscal del primer Estado miembro mediante el ejercicio de la potestad fiscal del otro Estado miembro (véase, en particular, la sentencia *Meilicke* y otros, C-262/09, ap. 33 y jurisprudencia citada).

84. Además, el Tribunal de Justicia ya declaró en su día que la condición de Estado miembro de residencia de la sociedad beneficiaria de los dividendos no puede suponer que ese Estado miembro quede obligado a compensar una desventaja fiscal resultante de una imposición en cadena íntegramente efectuada por el Estado miembro en cuyo territorio está establecida la sociedad que distribuye tales

dividendos, dado que el primer Estado miembro no grava ni tiene en cuenta de manera distinta los dividendos percibidos por lo que respecta a las instituciones de inversión colectiva establecidas en su territorio (sentencia Orange European Smallcap Fund, C-194/06, ap. 41).

85. Por lo tanto, en una situación en que el Estado miembro de que se trate no ejerce su potestad tributaria sobre los dividendos procedentes del extranjero, pues ni los grava ni los tiene en cuenta de manera distinta por lo que respecta a la sociedad beneficiaria de los mismos, las obligaciones de aquél como Estado de residencia de la sociedad que percibe dichos beneficios no alcanzan al deber de compensar la carga tributaria que se deriva del ejercicio de la potestad tributaria de otro Estado miembro o un tercer Estado.

86. De lo anterior se deduce que las obligaciones del Estado de residencia de la sociedad beneficiaria de los dividendos que no ejerce su propia potestad fiscal sobre los mismos se distinguen, en lo que respecta al tratamiento de la tributación aplicada por otro Estado miembro, de las que le incumben cuando sí decide gravar dichos dividendos y debe, por tanto, tener en cuenta, dentro de los límites de su propia tributación, la carga tributaria que se deriva del ejercicio de la potestad tributaria de ese otro Estado miembro.

87. En segundo lugar, la devolución pecuniaria interesada por Kronos constituye, en el contexto de un régimen de imputación, el complemento lógico de la toma en consideración de los dividendos, y de la minoración de las pérdidas trasladables que se ha efectuado con anterioridad. Efectivamente, a falta de dicha devolución, la toma en consideración de esos dividendos y la minoración de las pérdidas de la sociedad beneficiaria pueden dar lugar a que los dividendos se vean gravados por una doble imposición económica en ejercicios fiscales posteriores, cuando los resultados de la sociedad sean positivos (véanse, en este sentido, la sentencia Cobelfret, C-138/07, aps. 39 y 40, y el auto KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 y C-499/07, aps. 39 y 40).

88. En cambio, cuando se trata del régimen de exención, dado que las pérdidas no se minoran, no existe riesgo alguno de doble imposición económica de los dividendos percibidos. La contrapartida de la falta de devolución pecuniaria es que los dividendos no se toman en consideración al calcular la base imponible.

89. En tales circunstancias, procede contestar a la segunda cuestión prejudicial que el art. 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se aplique el régimen de exención a los dividendos distribuidos por sociedades que son residentes de otros Estados miembros y terceros Estados mientras que a los dividendos distribuidos por sociedades que son residentes del mismo Estado miembro que la sociedad beneficiaria se les aplica en cambio el régimen de imputación, imputación que da lugar a que, cuando la sociedad beneficiaria registra pérdidas, se produzca una devolución pecuniaria total o parcial de la cuota del impuesto abonada por la sociedad residente que ha distribuido los dividendos.

[KRONOS INTERNATIONAL INC. Y FINANZAMT LEVERKUSEN]

Observaciones: 1. La imposición sobre los beneficios societarios y las limitaciones que para la normativa tributaria de los Estados se derivan de la aplicación de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales recogidas por el Derecho de la UE se han convertido en un tema recurrente en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, con incidencia en la legislación interna de los Estados miembros de la UE. La Sentencia *Kronos* se une así a otras decisiones relevantes en materia fiscal, como *National Grid* [STJ (Gran Sala) 29 noviembre 2011, as. C-371/10: *National Grid Indus BV e Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*] o las varias en las que el Tribunal de Justicia, a instancias de la Comisión, declaró contrarios al Derecho de la UE los impuestos “de salida” que varios países europeos mantenían para el caso de traslado de domicilio social a otro Estado miembro de la UE (vid. H. Zhang, “La compatibilidad de los impuestos de salida y la libertad de establecimiento desde la perspectiva española”, en R. Arenas García, C. Górriz López y J. Miquel Rodríguez (coords.), *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el Derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 191-208).

En la Sentencia *Kronos* se trataba de dilucidar si era compatible con el Derecho de la UE la normativa alemana sobre doble tributación de dividendos sociales, y en concreto si era posible que se estableciera un diferente régimen de tributación en función de si nos encontrábamos ante un doble tributación interna (en relación a sociedades sometidas al Derecho alemán) o en un caso de doble tributación externa (en el que los dividendos recibidos por la sociedad obligada a declarar procedían de sociedades extranjeras). En el primer caso la sociedad alemana podía deducir en la cuota del impuesto de sociedades las cantidades pagadas como impuesto en relación a los beneficios de los que hubiese resultado el dividendo cobrado (método de imputación). En el segundo caso la opción era excluir de la base imponible los dividendos recibidos (método de exención). De acuerdo con la primera de las posibilidades podía resultar, incluso, una cuota negativa; esto es, la sociedad alemana podría llegar a tener derecho a una devolución de impuestos. En el segundo caso (método de exención) esta devolución nunca sería posible ya que no se trataba de reducir la cuota que debía abonar la sociedad, sino de disminuir su base imponible, lo que no podría conducir en ningún caso a un resultado negativo.

2. La diferencia entre el sistema de exención y de imputación es relevante en relación a la tributación en Alemania de la sociedad *Kronos*, una sociedad constituida en Delaware (Estados Unidos) y con sede en Alemania. *Kronos* es una sociedad “holding” con participación en sociedades constituidas en diversos países que configuran un grupo multinacional. A *Kronos* le interesaría que se aplicara el sistema de imputación previsto en el Derecho alemán para los dividendos obtenidos de sociedades alemanas en vez del sistema de exención, que es que le correspondería en relación a los dividendos percibidos en sociedades establecidas fuera de Alemania. La regulación alemana, sin embargo, no permite que la tributación de los dividendos se acoja al sistema de imputación. Ante esto *Kronos* alega que la imposibilidad de acudir a este sistema de tributación es contraria al Derecho de la UE, en concreto a las exigencias de la libre circulación de capitales y de libertad de establecimiento. Es sobre este punto sobre el que debe pronunciarse el Tribunal de Luxemburgo.

El debate, por tanto, desde la perspectiva que interesa al Derecho europeo es la de en qué forma se proyectan sobre el caso la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento. *Kronos* alega ambas libertades, aunque le resultaría más favorable la libertad de establecimiento. La libre circulación de capitales impide un tratamiento discriminatorio en la tributación en relación a la residencia de los obligados tributarios; pero también se había concluido que la prohibición de una diferencia de trato injustificada no podía conducir a que la Hacienda de un Estado miembro resulte obligada a la devolución de tributos sobre la base de pagos hechos a la Administración Tributaria de otro Estado (*vid.* n^{os} 83 y 89 de la Sentencia), que es justamente lo que pretende *Kronos*.

3. La manera en que, quizás, podría *Kronos* obtener la declaración de que la normativa tributaria alemana es contraria al Derecho de la UE sería sobre la base de la regulación sobre libertad de establecimiento. El argumento del que se partiría es el de que el establecimiento de una diferenciación en la tributación en función del país en el que se abona el dividendo desincentiva el establecimiento en otros países de la UE en beneficio del país de tributación. Parece difícil rebatir que, efectivamente, esta distinción perjudica objetivamente la libertad de establecimiento, por lo que sería necesario justificar la normativa tributaria sobre la base de la existencia de un fin de interés general que ha de ser protegido mediante la prohibición de utilizar el mecanismo de la imputación en relación a la tributación de los dividendos generados en el extranjero. Habría que mostrar, además, que la medida restrictiva a la libertad de establecimiento es necesaria y proporcional al fin pretendido y, finalmente, que no existe otra medida alternativa que perjudique en menor medida la libertad de establecimiento y consiga el fin pretendido.

Quizás pudiera cumplirse con todas las exigencias que acaban de ser expuestas, lo que permitiría acabar declarando la compatibilidad con el Derecho de la UE de la normativa tributaria alemana; ahora bien, no es necesario llegar a ello porque en el caso concreto la normativa sobre libertad de establecimiento no es aplicable. La razón para ello es que la sociedad que alega dicha libertad, *Kronos*, se encuentra constituida en Estados Unidos, no en la UE. Solamente las sociedades constituidas de acuerdo con lo previsto en el Derecho de un Estado miembro de la UE gozan de la libertad de establecimiento. El art. 54 del TFUE es claro al respecto. Además de la constitución en la UE se exigen otros requisitos

para que una sociedad sea titular de esa libertad de establecimiento, pero es inexcusable que haya sido constituida de acuerdo con lo previsto en el Derecho de un Estado miembro de la UE. Además de esto, ha de tener en la UE (no necesariamente en el Estado de constitución) su sede social, administración central o principal establecimiento; pero el hecho de que cualquiera de estas circunstancias concurren no permite obviar la constitución de la sociedad fuera de la UE, como es el caso. El resultado es que de ninguna forma una sociedad constituida en Delaware podrá ser beneficiaria de la libertad de establecimiento, aunque fije su administración central o su principal establecimiento en la UE. De esta manera *Kronos* no podrá alegar la libertad de establecimiento para fundamentar la contrariedad con el Derecho de la UE de la normativa tributaria alemana.

El resultado es claro y no ha de plantear excesivas dudas; el requisito de constitución es la base de la atribución de la libertad de establecimiento, de tal forma que bien podría reformularse la determinación de sus beneficiarios a partir de este criterio: la constitución de la sociedad según lo establecido en el Derecho de algún Estado miembro de la UE. A este requisito se le añade la exigencia de que el domicilio social, administración central o principal establecimiento se encuentren en la UE, pero se trata, como muestra esta sentencia, de requisitos añadidos al criterio que determina la aplicación de la libertad de establecimiento. Además, en la práctica será imposible que pueda darse que una sociedad se haya constituido de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro sin fijar, al menos su sede formal en dicho Estado, pues es requisito común en los Derechos de sociedades, por lo que a efectos prácticos las sociedades beneficiarias de la libertad de establecimiento serán aquellas que se han constituido según lo establecido en el Derecho de un Estado miembro y no serán beneficiarias aquellas que, como *Kronos* han sido constituidas fuera de la UE.

Podría pensarse que siendo tan clara la dicción del art. 54 TFUE resultaría ocioso plantearse la posibilidad de que la sociedad de Delaware resultase beneficiada por la misma, pero la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo da cierta base para la duda, toda vez que en ocasiones se ha referido a las diferentes conexiones del art. 54 TFUE como si se tratara de opciones basadas en la divergencia de criterios de los Estados para la determinación de la *lex societatis* [vid., por ejemplo, los nºs 106 a 108 de la Sentencia *Cartesio*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 diciembre 2008, As. C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*]. Bien es cierto que el Tribunal no afirma que la concurrencia de alguno de los criterios “secundarios” previstos en el art. 54 TFUE puede sustituir a la exigencia de constitución de acuerdo con el Derecho de un Estado miembro; pero dado que en Alemania la conexión tradicional en materia de sociedades es, precisamente, la determinada por la sede real de la sociedad, y no su sede formal, podría pensarse que el criterio retenido por el legislador alemán podría ser suficiente para gozar de la libertad de establecimiento según lo previsto en el art 54 TFUE. Esta enrevesada interpretación es incompatible con la Sentencia que nos ocupa que confirma, por tanto, lo que resulta del tenor literal del precepto.

No parece que se plantearan problemas en este caso en relación a otra de las circunstancias que ha de tenerse en cuenta en la delimitación entre libre circulación de capitales y libertad de establecimiento: la de que la titularidad de las acciones permita incidir en el control de la sociedad. En este supuesto la participación de *Kronos* en las sociedades de las que recibe dividendos es significativa, lo que implica que la titularidad de las acciones no ha de considerarse meramente como una inversión, sino que implica el establecimiento a través de la forma de una sociedad filial. Esto, sin embargo, carece de relevancia en el caso dada la imposibilidad de considerar la libertad de establecimiento como consecuencia del lugar de constitución de *Kronos*.

4. Excluida, por tanto, la posibilidad de que sea considerada la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales –que sí se proyecta a este caso dado que tal libertad opera tanto en las relaciones intra-europeas como también en relación a países terceros– no permite llegar a la conclusión de que la normativa alemana contradice el Derecho europeo dado que en lo que se refiere a libre circulación de capitales se ha justificado que el Derecho de un Estado miembro establezca límites que tengan como objetivo que la Hacienda de dicho Estado no se vea obligada a una devolución de tributos sobre la base de lo satisfecho en otros Estados. Parece un límite lógico que solamente podría ser superado mediante

una coordinación entre administraciones tributarias mucho más profunda que la que ahora existe. Rafael ARENAS GARCÍA*.

FUSIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN LA UNIÓN EUROPEA

2014-2015/111.- Tribunal de Justicia, Sala Quinta, Sentencia de 5 marzo 2015. Asunto C-343/13. Ponente: C. Vajda.

Régimen de las fusiones de sociedades anónimas.- Directiva 78/855/CEE.- Fusión por absorción.- Art. 19.- Efectos.- Transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente.- Infracción cometida por la sociedad absorbida antes de la fusión.- Constatación de la infracción mediante resolución administrativa posterior a dicha fusión.- Derecho nacional.- Transmisión de la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida.- Procedencia.

Normas aplicadas: Art. 19 Directiva 78/855/CEE del Consejo de 9 octubre 1978.

[...]

31. Pues bien, el concepto de tercero es más amplio que el utilizado en el considerando 6 de la citada Directiva, de “acreedores, obligacionistas o no, y los portadores de otros títulos de las sociedades que se fusionen”, ya que esos acreedores y esos portadores de otros títulos son objeto de determinadas medidas de protección específicas previstas, en particular, en los arts. 13 y 15 de la Directiva 78/855.

32. Por tanto, procede considerar que entre los terceros, cuyos intereses pretende proteger la Directiva, figuran las entidades que, en la fecha de la fusión, aún no pueden calificarse de “acreedores” o de “portadores de otros títulos”, sino que pueden calificarse de ese modo tras dicha fusión en razón de situaciones nacidas antes de ésta, como la comisión de infracciones al Derecho del trabajo constatadas mediante resolución sólo después de la citada fusión. Si no se transmite a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron tal multa.

33. En esas circunstancias, procede señalar, como plantearon los Gobiernos portugués y húngaro y la Comisión, que, si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados.

34. Esa conclusión no queda en entredicho por la alegación de MCH de que la transmisión de la responsabilidad por infracciones de una sociedad absorbida mediante una fusión es contraria a los intereses de los acreedores y de los accionistas de la sociedad absorbente, ya que éstos no están en condiciones de evaluar las consecuencias económicas y patrimoniales de dicha fusión. En efecto, por un lado, en virtud del art. 13, ap. 2, de la Directiva 78/855, esos acreedores deben tener derecho a obtener garantías adecuadas cuando la situación económica de las sociedades que se fusionen lo hacen necesario, en su caso acudiendo ante la autoridad administrativa o judicial competente para obtener dichas garantías. Por otro lado, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, los accionistas de la sociedad absorbente pueden quedar protegidos, en particular, mediante la inclusión de una cláusula de declaraciones y garantías en el acuerdo de fusión. Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información

* Catedrático de DIPr. Universidad Autónoma de Barcelona.

disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad.

35. En consecuencia, procede responder a las cuestiones prejudiciales primera a tercera que el art. 19, ap. 1, de la Directiva 78/855 debe interpretarse en el sentido de que una “fusión por absorción”, en el sentido del art. 3, ap. 1, de la mencionada Directiva, supone la transmisión, a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión.

[MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS S.A. Y AUTORIDADE PARA AS
CONDIÇÕES DE TRABALHO – CENTRO LOCAL DO LIS (ACT)]

Observaciones: 1. Podría parecer que la cuestión prejudicial que plantea el Tribunal portugués en este caso es inútil (J. Alfaro Águila–Real la califica de “idiota”, *vid.* “Más cuestiones prejudiciales idiotas, en *Almacén de Derecho*, <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es>, entrada del 9 marzo 2015); pero como tendremos ocasión de ver ésta sería solamente una primera impresión, ya que el problema que ha de resolverse es fuente de algunas dudas que justifican el recurso al Tribunal de Luxemburgo.

La duda que ha de despejarse es la de si la sociedad absorbente en un proceso de fusión puede ser sancionada por las infracciones en materia laboral en las que había incurrido la sociedad absorbida, evidentemente, con anterioridad a la fusión. Ya adelantamos que la respuesta del Tribunal es afirmativa; esto es, la sociedad absorbente responderá por tales infracciones; pero aunque intuitivamente pudiéramos pensar que no podría ser de otra manera, no es ocioso reflexionar sobre el problema y las diferentes interpretaciones posibles de la normativa relevante, la Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 octubre 1978, Tercera Directiva en materia societaria relativa a las fusiones de sociedades anónimas. En concreto, se ha de determinar si la responsabilidad por la infracción cometida se integra en el patrimonio pasivo de la sociedad absorbida. Ninguna duda se plantearía en el caso de que la sociedad absorbida hubiera sido ya sancionada con anterioridad a la fusión, porque en este caso la deuda que resulta de la sanción con claridad es parte integrante de dicho patrimonio pasivo; pero en el supuesto que nos ocupa la sanción es posterior al perfeccionamiento de la fusión, por lo que la sociedad que es directamente sancionada es la absorbente, no la absorbida, lo que resulta relevante en la delimitación de dicho patrimonio pasivo.

2. En el caso del que se ocupa esta Sentencia, una sociedad portuguesa, “Good and Cheap” es objeto de una inspección laboral en el mes febrero 2011. El acta de inspección se levanta el 7 de marzo y es comunicada a “Good and Cheap” el 4 de abril; pero como cuatro días antes, el 31 marzo 2011, se había inscrito la absorción de “Good and Cheap” por la sociedad, también portuguesa *Modelo Continente Hipermercados*, el procedimiento continúa contra ésta, estableciéndose la sanción correspondiente en el mes septiembre de 2012. De esta forma, lo que se debate es si el procedimiento sancionador puede continuar contra la empresa absorbente pese a que los hechos que se le imputan no fueron cometidos por ella.

La resolución de la duda interpretativa exige considerar lo previsto en la Directiva sobre fusiones. En esta se optó por articular la sucesión entre la sociedad absorbida y la absorbente mediante la transmisión del patrimonio (pasivo y activo) de la sociedad que desaparece como consecuencia de la fusión (art. 19 de la Directiva). Podría haberse establecido una regla que fijara una sustitución de la sociedad absorbida por la absorbente; pero al haberse preferido formular dicha sucesión como transmisión del patrimonio activo y pasivo puede plantearse la duda, pues no es claro que una sanción todavía no impuesta pueda entenderse integrada en el patrimonio pasivo de la sociedad.

La respuesta del Tribunal de Luxemburgo es que sí, que en un supuesto como el que nos ocupa la sociedad absorbente ha de responder por el incumplimiento en el que había incurrido la sociedad absorbida. El argumento del tribunal no es tanto la interpretación del concepto “patrimonio pasivo” como la constatación de que si se interpretara que la sociedad absorbente no responde por las infracciones cometidas por la absorbida se perjudicaría los intereses de quienes no eran acreedores en el momento de la

fusión pero lo acabarían siendo en caso de que no se hubiera producido la fusión, y siempre sobre la base de actuaciones anteriores a la fusión (*vid.* nº 32 de la Sentencia). El que se como consecuencia de la fusión se pudiera llegar a eludir la responsabilidad que se deriva de la actividad de la absorbida iría contra la filosofía de la regulación de la fusión (*vid.* nºs 28 y 29 de la Sentencia).

A partir de aquí, el Tribunal de Luxemburgo concluye que ha de interpretarse el concepto “patrimonio pasivo” de tal forma que se incluya en el mismo la responsabilidad por las actuaciones de la sociedad absorbida con anterioridad a la fusión. Como hemos visto, esta solución responde no tanto a la interpretación del concepto como a la necesidad de dar una respuesta determinada al problema planteado, una respuesta que impida que la fusión pueda ser utilizada como una vía para eludir las responsabilidades en que pudieran incurrir las sociedades. En esta línea el Tribunal también rechaza que el concepto se interprete a partir de una remisión a los Derechos nacionales de los Estados miembros (*vid.* nº 26 de la Sentencia), lo que es lógico ya que, como es sabido, ha de procurarse una interpretación uniforme del Derecho europeo, con independencia del órgano jurisdiccional que se encuentre conociendo del litigio.

3. La respuesta del Tribunal de Luxemburgo es, por tanto, adecuada desde una perspectiva valorativa; aunque no pueden dejar de señalarse algunos problemas que podría plantear y que, quizás, exijan alguna matización. En primer lugar, y tal como ha sido apuntado, pese a que el resultado en el caso concreto sea positivo, no puede dejar de señalarse que implica una interpretación extensiva del concepto “patrimonio pasivo” que quizás en otros casos podría no ser adecuada. Podríamos pensar, por ejemplo, en los supuestos en los que la responsabilidad ya no es laboral y se concreta en una multa económica, como es el caso; sino en el supuesto de que la responsabilidad es penal e implica, por ejemplo, la disolución de la sociedad ¿también en estos supuestos hemos de entender integrado en el patrimonio pasivo de la sociedad la responsabilidad que pudiera derivarse de la actuación de la sociedad absorbida?

Por otra parte, ha de determinarse si esta transmisión de la responsabilidad de una a otra sociedad opera con total independencia de las previsiones del Derecho nacional que resulte aplicable a dicha responsabilidad. Quizás la interpretación más prudente sea la de entender que la transmisión de la responsabilidad solamente operará si el Derecho que rige dicha responsabilidad prevé la transmisión de la misma a los sujetos que sucedan al infractor. De no hacerlo así la normativa europea sobre fusiones podría imponerse sobre la regulación nacional en materia de responsabilidad laboral, administrativa o penal, lo que no resulta lógico. Pensemos, por ejemplo, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas que prevé el art. 130.2 del Código Penal español. Este precepto prevé una modulación de la pena en los casos en que quien acabe siendo sancionada sea la sociedad absorbente de la infractora y no directamente ésta última. De acoger literal y estrictamente la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 5 marzo 2015 resultaría que dicha matización no sería posible por ser contraria a las previsiones del Derecho europeo en materia de fusiones. Parece más razonable entender que en este caso sí podrá operar dicha diferenciación en la responsabilidad prevista por el Derecho español.

Esto último no afecta a la interpretación autónoma del concepto “patrimonio pasivo” que exige el Tribunal de Justicia. Como hemos visto, éste deberá incluir siempre las expectativas de sanción derivadas de actuaciones de la sociedad absorbida con anterioridad a la fusión; pero tales expectativas de sanción solamente existirán en la medida en que así se establezca en la normativa sancionadora que resulte aplicable. No hay contradicción, por tanto, entre mantener una interpretación autónoma del art. 19 de la Directiva sobre fusiones (y el Derecho nacional que la transpone) y la consideración de la forma en que dicho Derecho sancionador regula la transmisión de la responsabilidad del sujeto efectivamente infractor a quien le sucede.

4. El Tribunal de Luxemburgo se ocupa también de la forma en que su interpretación puede afectar a los socios y acreedores de la sociedad absorbente. Es cierto que una extensión del concepto patrimonio pasivo de la absorbida puede limitar los derechos de los socios y acreedores de la absorbente; pero, tal y como explica el Tribunal, durante el proceso de fusión existen mecanismos para que estos se informen de las circunstancias relevantes de la sociedad absorbida con el fin de valorar la conveniencia o no de proceder a la fusión (*vid.* nº 34 de la Sentencia).

Además de esto, también ha de tenerse en cuenta que esta inclusión en el patrimonio no solamente puede afectar al pasivo de la sociedad, sino también al activo; así en los casos en los que la sociedad absorbida pudiera verse beneficiada por el ingreso de una sanción aún no impuesta en el momento de proceder a la fusión o en los casos en los que la sociedad estuviera en condiciones de reclamar una condena por daños punitivos.

5. En definitiva, nos encontramos ante una decisión que, pese a lo que pudiera parecer a primera vista, es relevante e incide en una cuestión que el tenor de la Directiva en materia de fusiones no resuelve de una forma indubitada. La inclusión en el pasivo de la sociedad absorbida de las expectativas de sanción que pueden pesar sobre esta sociedad como consecuencia de actuaciones anteriores a la fusión resulta relevante. Habrá que esperar a decisiones futuras para concretar la forma en que se articula esta inclusión con la normativa nacional sancionadora y también para examinar si esta interpretación se extiende también al patrimonio activo de la sociedad que desaparece como consecuencia de la fusión. Rafael ARENAS GARCÍA *.

SUCESIONES

NOTA INTRODUCTORIA

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ *

1. El presente comentario de decisiones seleccionadas sobre sucesiones internacionales tiene la peculiaridad de hacerse una vez que el Reglamento 650/2012 ha comenzado su andadura, aplicándose a las sucesiones de personas fallecidas el 17 agosto 2015 o con posterioridad a esta fecha. Ello alerta sobre la progresiva pérdida de importancia de cuantas observaciones se hacen, a la luz de un marco normativo – el aplicado – tendente a ir cediendo protagonismo de forma paulatina, pero también de que durante un buen número de años aún seguiremos lidiando con ese régimen para resolver los problemas que presenten las sucesiones abiertas antes de la aludida fecha. Se trata esta de la advertencia de una obviedad, pero que creo necesaria ante el deslumbramiento que parecen padecer ya nuestros aplicadores del Derecho ante un Reglamento estrella. Alguna de las resoluciones que aquí se anotan no se resisten a traer a colación la nueva normativa de la UE, no para aplicarla, sino en una suerte de adorno del razonamiento. No caen, eso sí, en el esperpento de la Resolución DGRN de 13 agosto 2014 (*BOE*, 6-X-2014) que comentó en este mismo número del Anuario en la sección correspondiente a la Doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado.

Los temas de las sentencias comentadas son variados y, en algunos casos, como reflejo en mis apreciaciones, han sido ya objeto de observaciones anteriores por mí mismo o por otros compañeros, por lo que en su análisis iré al grano; me centraré en lo esencial de la doctrina, aun a riesgo de dejar al margen aspectos que, en otro tipo de comentario, bien podrían ser acreedores de cierta atención. Como los temas son heterogéneos (salvo quizá el recurrente del reenvío) el análisis lo haré de forma individual y en orden cronológico.

2. La primera sentencia de esta crónica presenta un interés relevante desde el punto de vista de la tipicidad de un buen número de sucesiones que se abren en zonas del sur de España y, especialmente, en los archipiélagos balear o, como es el caso, canario: la relativa a nacionales alemanes que pasan los últimos años de su vida en estas zonas donde, además, poseen bienes inmuebles. La Sentencia del Juz-

* Catedrático de DIPr. Universidad Autónoma de Barcelona.

* Catedrático de DIPr. Universidad de Santiago de Compostela.

gado de Primera Instancia (nº 10) de Las Palmas de 7 enero 2014 agrupa dos temas interesantes: el primero, genérico, el de la suficiencia de prueba del Derecho extranjero por parte del notario español y la consiguiente suficiencia del acta de declaración de herederos ab intestato como título inscribible. Se trata de un problema ampliamente conocido y no exento de cierto trasfondo corporativo en la relación notario-registrador. En pretéritos comentarios en este mismo Anuario ya he dado cuenta del alcance y el tenor de una polémica (*AEDIPr*, t. XI, 2012, pp. 1261–1266, esp. pp. 1264–1266) en la que la DGRN había tomado partido –si se me permite la expresión– por los registradores. Quizá haya sido este hecho el motivo de que en el caso presente el registrador se haya “pasado de frenada”. Baste ahora significar que el Juzgado (que no es la DGRN) da en este caso la razón al Notario: un certificado expedido por la Vicecónsul de la República federal de Alemania en las Palmas es obviamente suficiente para la prueba de la ley alemana, por mucho que el registrador no lo considere así. Y me parece correcto.

El segundo tema tratado es una consecuencia del anterior pero está vinculado en especial a la situación de las sucesiones regidas por la ley alemana: el registrador no considera suficiente el citado certificado de la consúl y, esto es la novedad, exige aportar el *Erbschein* o certificado sucesorio emitido por juzgado alemán acreditativo de quiénes son los herederos de una persona fallecida con o sin testamento. El juzgado, en coherencia con su postura sobre la existencia de prueba suficiente del Derecho extranjero, rechaza también esta exigencia. La verdad es que se trata de algo también obvio: no es ya que estemos ante un requisito que no viene en modo alguno exigido por nuestra normativa registral, es que ni siquiera en el Derecho alemán constituye un tal requisito. La sentencia pues, resuelve una situación típica de manera satisfactoria [P. Blanco-Morales Limones, “No se puede exigir el certificado sucesorio para inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes heredados de un causante alemán (*Ein Erbschein ist zum Erben keine Pflicht*)”, *Diario La Ley*, nº 8262, 3 marzo 2014; J. Maseda Rodríguez, *REDI*, 2015–17–Pr, pp. 280–283]

3. El supuesto resuelto por la STS 28 abril 2014 es simple e interesante: causante italiano con última residencia habitual en España hizo testamento en 1973 instituyendo sus herederos universales a sus dos hermanos; contrajo matrimonio en España y con española en 2004, con capitulaciones matrimoniales en las que se eligió el Derecho común como rector de las mismas y el régimen de separación de bienes como régimen económico del matrimonio. Son hechos probados que la escritura de manifestación y adjudicación de herencia fue el resultado de un proceso de negociación más o menos largo en el que todos los interesados llegaron a un acuerdo: el cónyuge supérstite, el hermano instituido y las cuatro hijas del otro hermano instituido. La ley aplicable en cuya virtud decidieron realizar la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia fue la italiana; ley nacional del causante. Con posterioridad, una de las sobrinas plantea demanda para que se declare la nulidad de la escritura y se reintegre al caudal hereditario la totalidad de los bienes adjudicados para una posterior partición y adjudicación. La razón –la que a nosotros nos interesa– es la vulneración de lo dispuesto en el art. 9.8 *in fine* Cc, en cuanto a los derechos que por ministerio de la ley le corresponden al cónyuge supérstite (*vid.* más ampliamente mi comentario en *REDI*, 2014–31–Pr, pp. 285–288).

Detrás de la demanda hay –o puede haber– una razón económica: según la ley italiana, los derechos del cónyuge supérstite son la mitad del caudal relicto, mientras que en aplicación del Cc (ley rectora de los efectos del matrimonio bien, por elección, bien –en caso de que esta se pudiese en cuestión– por ser la de la residencia habitual común del matrimonio tras la celebración) serían de dos tercios de usufructo, al no concurrir descendientes ni ascendientes del causante. Ciertamente, la aplicación tal cual de las leyes aplicables derivadas del art. 9.8 inciso primero e inciso tercero (italiana y española común, respectivamente) no plantea duda. Teóricamente ya he manifestado lo inconsistente de esta solución cuando, como en el supuesto resuelto por el TS, los cónyuges han pactado capitulaciones matrimoniales (S. Álvarez González, “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 131–157, pp. 143–144). Pero lo cierto es que, a primera vista y sin aditamentos finos, la recurrente tiene sus razones y así lo concede el TS, sin dar relevancia a la doctrina de sujeción a los actos propios que alegaban los demandados (recordemos

que la demandante había participado y dado su consentimiento en el acto de manifestación y adjudicación de herencia).

La respuesta, como digo, es ortodoxa y tan sólo plantearé tres matices: el primero, el ya adelantado de la inadecuación del inciso final del art. 9.8º Cc a los casos en los que haya habido elección de régimen económico y este no sea el legal o supletorio; el segundo es que creo que la doctrina de los actos propios debería haberse analizado conforme a la ley sucesoria (italiana), planteando sus presupuestos y efectos de conformidad con ella; el tercero es que –ciertamente no fue objeto de debate concreto, sino de mera alegación ocasional por parte de la viuda– que las consecuencias de aplicar la ley española a los derechos del supérstite deberían extenderse, en su caso, no sólo al mero reparto de los bienes sucesorios, sino a las consecuencias de que en el testamento objeto de debate no se había hecho ningún tipo de alusión a los derechos hereditarios del cónyuge (lógico: el testamento fue muy anterior al matrimonio del causante). Esta propuesta es, obviamente discutible (la alternativa sería la aplicación de la ley sucesoria, italiana), pero me parece coherente con los objetivos del art. 9.8º *in fine* (desarrollo esta idea en *REDI*, 2014-31-Pr, pp.287-288).

4. La Sección 5ª de la AP Málaga en su Sentencia de 27 mayo 2014 se enfrenta a un supuesto peculiar en el que la sucesión es meramente el trasfondo de una demanda en la que se ejercita una acción de nulidad de un poder por fallecimiento previo de los poderdantes, la nulidad del contrato de cesión de un bien inmueble en pago de deuda, otorgado con apoyo en el citado poder por el apoderado tras la muerte de los poderdantes y una acción reivindicatoria de propiedad por parte de quien dice (y parece) ser heredero del inmueble. La nacionalidad danesa de los causantes (dos cónyuges daneses propietarios al cincuenta por ciento proindiviso del inmueble) y del beneficiario (una asociación danesa contra el cáncer) no tienen ningún tipo de presencia argumentativa, pues la ley sucesoria es un mero dato del que tan sólo se extrae el carácter de heredero de la demandante.

El supuesto de hecho, limpio de la múltiple y confusa profusión de datos que la AP utiliza, muestra la situación de dos cónyuges daneses propietarios del citado inmueble que otorgan sendos testamentos abiertos en Fuengirola el 15 abril 1997, legando uno al otro todos sus bienes y derechos situados en territorio español y, para el caso de premoriencia, nombrando sustituto de cada legatario a la asociación danesa contra el cáncer (*Landsforeningen til Kraeftens Bekaempelse*). Tras el fallecimiento de ambos en fechas muy próximas entre sí, el albacea otorgó escritura de aceptación y adjudicación de la herencia, adjudicándose así el pleno dominio de la finca para la citada asociación. No obstante, el registro emitió nota simple en la que constaba una cesión de dicho inmueble a un tercero como pago a una deuda de los causantes. La cesión se había producido por el apoderado tras la muerte de los cónyuges y –según la relación de hechos– tres días después de la aceptación y adjudicación de herencia. La discusión del caso gira en torno a la validez del poder y, consiguientemente de la cesión en pago.

La AP, movida tal vez por lo poco claro del supuesto (creo que entre líneas se puede leer que entiendo de la operación de cesión como poco creíble, como irregular) vuelca sus esfuerzos en argumentar que los efectos del poder no se pueden extender más allá de la vida de los poderdantes por imperativo del art. 1732.3º Cc (“El mandato se acaba... por muerte... del mandante”) y que, consiguientemente, el contrato de cesión es nulo al haber sido celebrado a nombre de otro por quien no tiene su autorización o representación legal (art. 1259 Cc). Ni el razonamiento para concluir que el mandato se rige por la ley española, ni el razonamiento para concluir que la cesión se rige por la ley española van a pasar a la historia de la argumentación jurídica. El segundo porque es inexistente; y el primero porque se limita a una serie de amontonamiento inconexo (e incoherente) de preceptos (9.1º, 9.8º, 10.1º, 10.11º, 11.1º Cc), entre los que brillan por su ausencia el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (el presunto mandato se otorgó en 2003). Nada, como digo, sobre la ley aplicable al contrato de cesión (celebrado en 2010) ni, en consecuencia, al Reglamento Roma I.

5. La SAP Málaga de 30 mayo 2014 (*REDI*, 2015-18-Pr, con nota de R. Lafuente Sánchez) nos presenta un muy interesante supuesto en el que se mezclan alguno de los tópicos típicos de una sucesión internacional en España (el reenvío) con una pugna entre la sujeción al *grant of probate* de la autoridad extranjera (inglesa en el caso) y la alegada nulidad del testamento por falsedad de la firma. Este es real-

mente el meollo de la cuestión, en el que el reenvío juega un papel de comparsa aliñado con una inútil –pero amplia– digresión sobre la competencia judicial internacional de nuestros tribunales.

El supuesto es particular –extraño en la comprensión que hace la AP– pues se trata de la solicitud de nulidad de un testamento hecho en Londres por un nacional estadounidense (de Massachussets, en concreto) con domicilio en España y con todos (o la mayoría de) sus bienes en España. La sentencia es ambigua sobre el tema de la situación de los bienes de la herencia, pues salvo en un lugar (cuando describe los indicios que hacen sospechar de la falsedad del testamento) habla en términos absolutos de los bienes de la herencia en España. En cualquier caso ello no tiene relevancia en su discurso (aunque podría tenerla a efectos de reenvío, por ejemplo); un discurso que tiene el siguiente discurrir: los tribunales españoles son competentes para conocer del caso (extenso e inútil FD segundo, cuando la competencia no solo era indubitada, sino que no había sido cuestionada por ninguna de las partes); la ley aplicable a la sucesión es la española, por reenvío de la ley de Massachussets al último domicilio del causante para la sucesión inmobiliaria y a la *lex rei sitae* para la sucesión en los inmuebles; aunque a la forma del testamento se le aplica el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, la ley aplicable es la española “...al tratarse de una persona fallecida en España, con último domicilio en España y con sus bienes en España [...] ley española] que regirá toda cuestión que afecte a la eficacia del testamento, pues una cosa es la forma del testamento y otra distinta su autenticidad, que es cuestión de orden público y que afecta al contenido del testamento, de modo que no puede negarse la aplicación de la ley española cuando se afirme que un testamento es nulo por presunta falsedad de la firma... debe traerse a colación el art. 1 del Convenio de la Haya de 5 octubre 1961, conforme al cual “una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si responde a la ley interna:... e) respecto a los inmuebles, del lugar en el que estén situados”. Como es evidente, nada más lejos de una interpretación cabal de los criterios alternativos utilizados por el Convenio para favorecer la validez formal. Pero la AP quiere a toda costa situar el enjuiciamiento de forma genuina en la ley española (en una ley española, el Cc).

Creo que no era necesario todo este proceder. En realidad el verdadero centro del debate gira en torno a la real eficacia del *grant of probate* emitido por Tribunal Superior de Justicia de Londres, Registro Principal del Departamento de Familia. Mientras que la demanda solicita la declaración de nulidad del testamento y de la subsiguiente aceptación de herencia, la defensa del demandado se fundamenta en la eficacia de ese documento en el que se habría declarado su validez y se habría verificado su autenticidad. La AP liquida el tema señalando que el procedimiento para el otorgamiento del probate “no se pronuncia sobre la veracidad de la firma y autenticidad del testamento, ni declara su validez tras ser oídas todas las partes interesadas, sino que se limita a recoger lo manifestado por el interesado que lo presenta”; algo que ciertamente es discutible, pero, como veremos, no afecta al resultado final. Con ello la AP limpia los obstáculos de la internacionalidad y se pasa a un examen estrictamente técnico sobre la autenticidad de la firma presente en el testamento con valoración de la pericial correspondiente (seis peritos calígrafos) y decisión a favor de la demandante que alegaba la falsedad.

Si recomponemos y simplificamos el puzle, una vez afirmada la aplicación de la ley española por aceptación del reenvío de retorno (como hipótesis con la que trabaja la AP) el *grant of probate* deja de ser relevante, salvo la relevancia que eventualmente y en función de las circunstancias concretas le pudiera dar la ley aplicable en el caso de la sucesión testada (v.gr., aceptando como ejecutor a la persona nombrada). Ciertamente, por regla general el procedimiento para la concesión del *grant of probate* es en la mayoría de los casos de naturaleza administrativa más que judicial y solo cuando existe una controversia – v.gr., sobre la validez del testamento– puede hablarse de una verdadera decisión judicial, algo que no parece que aquí hubiese ocurrido (vid. el estudio realizado para la Comisión por S. Albury, J. Ingham, P. Matthews, y S. Morgan “EU Study on the International Law of Succession. UK”, en http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/report_conflits_uk.pdf). También es interesante destacar que alguna de las suspicacias mostradas por la AP no están fuera de lugar: los interesados demandados acuden a un tribunal londinense cuando la vinculación de la sucesión con Inglaterra no aparece por ninguna parte (salvo el hecho de que el testamento fue redactado –mejor, completado, pues se trataba de un formulario– en Londres). El hecho de que el Tribunal inglés hubiera accedido al *grant of probate*

hace pensar en la existencia de algún tipo de bien en Inglaterra o Gales, puesto que, aunque excepcionalmente puedan concurrir otras razones, la competencia judicial internacional para su otorgamiento se basa casi siempre en la presencia de bienes del causante. Los hechos descritos en la Sentencia, sin embargo, no lo atestiguan.

6. También la Audiencia Provincial de Málaga, esta vez en su Sentencia de 30 septiembre 2014 se enfrenta a un típico problema de posible reenvío de la ley inglesa a la española en los términos establecidos por el TS antes de su STS 12 enero 2015 (*vid. infra*, nº 7 y mi comentario en *REDI*, 2015-36-Pr). La situación es típica: hijo de la causante que reclama su legítima conforme al Cc frente a los beneficiarios de uno de los testamentos otorgados por la causante. El debate se centra en la determinación del último domicilio del causante a los efectos de verificar si se corresponde con el Estado de localización de los bienes inmuebles (España) o no. En el primer caso, el reenvío cabría al no producirse una fragmentación de la herencia y en el segundo no, dado que el reenvío se produciría a la ley española para los inmuebles y a la (diferente) ley del último domicilio para los muebles. Mientras que el Juzgado había admitido el reenvío y aplicado el Cc, la Audiencia considera que el último domicilio de la causante estaba en el Reino Unido. O al, menos, que no estaba en España. Entre los indicios que valora, considera relevante la existencia de la domiciliación de la pensión del causante en una “cuenta para no residentes”. Nada que objetar que no haya objetado con anterioridad en torno a esta exigencia de unidad de la ley sucesoria como condicionante del reenvío (*vid. mis reflexiones en “Dos cuestiones de actualidad...”*, *loc. cit.*, pp. 150-152). Resulta interesante, no obstante, pararse en una cuestión que lo enrevesado de la descripción del supuesto de hecho no deja clara: ni el Juzgado ni la Audiencia paran mientes en la existencia de varios testamentos otorgados en España y en el Reino Unido. Al menos en uno de ellos –otorgado en 2007 en Inglaterra– se realizan disposiciones limitadas a los bienes “ubicados en el Reino Unido”; mientras que el que es parece ser objeto del pleito en primera y segunda instancia es un testamento de 1999, otorgado en España. Tan sólo cumple recordar que la validez y eficacia de todos los testamentos debe resolverse, en los términos ortodoxos del art. 9.8º Cc, por la misma ley. Y que esta ley podrá determinar el grado de prevalencia o compatibilidad de las disposiciones allí contenidas. Que este tipo de testamentos limitados a los bienes existentes en un determinado territorio son relativamente frecuentes (sin ir más lejos, el que motiva la comentada SAP Málaga 27 mayo 2014 y el que motiva la STS 12 enero 2015, que analizaré a continuación). Y que, en fin, sus disposiciones pueden ser perfectamente compatibles, sin que ello signifique que existan ni distintas masas hereditarias, ni distintas leyes aplicables, por el mero hecho de que se esté “procediendo a validar” (en los términos de la AP) uno u otro testamento. Esto vale para el 9.8º Cc y seguirá valiendo en la aplicación del Reglamento.

7. Lo más interesante de la ya aludida STS 12 enero 2015 es la corrección parcial que realiza en relación con las condiciones para la admisión del reenvío de retorno a la ley española que había fijado el TS en sentencias anteriores y, especialmente, la rectificación de una exigencia que llamaba la atención por extraña y, sobre todo, por hacer una lectura errónea de uno de los tópicos en los que siempre se ha basado el expediente del reenvío: la armonía internacional de soluciones. El supuesto de hecho es absolutamente típico en materia de reenvío: sucesión de nacional del Reino Unido (inglés) con último domicilio en España y con testamento instituyendo a su esposa como única heredera de todos los bienes, derechos y acciones localizados en España; la hija del causante solicita que se la declare como legitimaria de un tercio del haber hereditario y del tercio de mejora, sin perjuicio del usufructo que sobre este tercio corresponda a la viuda. En definitiva, pide que se declaren sus derechos sucesorios conforme a lo establecido en el Cc español. La primera instancia desestima la demanda; la apelación la estima y el TS ratifica la solución de la segunda instancia declarando no haber lugar al recurso de casación, por considerar de aplicación el Cc.

La novedad del caso la expresa el TS diciendo que “*debe señalarse que el principio de armonía no constituye, en rigor, un criterio interpretativo en la aplicación del expediente del reenvío*”. Creo que la afirmación del Alto Tribunal debe saludarse, no porque se trate de una verdad incuestionable, que no lo es; ni mucho menos. Sabemos que en el trasfondo del expediente del reenvío, la idea de armonía internacional de soluciones ha estado y está presente como un tópico justificativo que, en ocasiones –aunque

solo en algunas ocasiones–, se compadece con la realidad (últimamente *vid.* el Considerando 57 del Reglamento donde se habla de “coherencia internacional”). Más bien, ha de saludarse por lo que de rectificación tiene de una línea jurisprudencial anterior en la que la idea de armonía internacional había sido mal interpretada por el TS (*vid.* mi crítica en “Dos cuestiones...”, *loc. cit.*, pp. 152–153). Digamos, en fin, que, como en el resto de las sentencias que anotamos, se trata de una visión llamada a desempeñar cada vez un menor protagonismo en función de la regulación del Reglamento.

2014–2015/112.– Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Las Palmas, Sentencia nº 574/2013, de 7 enero 2014. Ponente: M.C. de León Jiménez. *La Ley*, 3739/2014.

Sucesión internacional.– Declaración de herederos *ab intestato*.– Ley sucesoria alemana.– Prueba del Derecho extranjero por el notario español.– Necesidad de *Erbschein* para inscripción registral: no.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º y 11 Cc.; art. 168.4º RN; art. 36 RH; art. 281 LEC.

[...]

Se ejercita por la representación procesal del actor, acción de impugnación de la calificación negativa efectuada por el Registrador del Registro de la Propiedad de Tías de fecha 12 junio 2013, en base a los siguientes hechos:

1.– Que el 27 febrero 2013, el demandante, Notario de Yaiza, en Lanzarote, autorizó la escritura de aceptación y adjudicación de herencia de Germán, natural de Alemania, quien falleció en Lanzarote el día 14 noviembre 2012, siendo propietario de bienes inmuebles radicados en el término municipal de Tías y siendo en dicha localidad su último domicilio.

2.– Que se presentó ante el Registro de la propiedad de Tías copia autorizada del referido título, y el 22 mayo 2013, se notificó al demandante el acuerdo del Registrador de suspender la inscripción del mismo por no haber acompañado el acta de declaración de herederos abintestato junto con el certificado de defunción del causante y del Registro General de Actos de última Voluntad.

3.– Tras aportarse la documentación requerida, con fecha 12 junio 2013, el registrador acordó suspender nuevamente la inscripción del título alegando que el certificado expedido por el consulado de Alemania en las Palmas no es suficiente como medio de prueba del Derecho extranjero y que debió aportarse el *Erbschein* o certificado sucesorio dictado por juzgado alemán que acredita quienes son los herederos de una persona fallecida con o sin testamento.

4.– Que el *Erbschein* es un documento judicial extranjero, que no tiene más valor que una declaración equivalente de un tribunal español, y al no existir en Alemania un equivalente al Registro de actos de últimas voluntades español, el registrador no puede pretender que en Alemania se tramite un proceso judicial de declaración de herederos.

En base a lo anteriormente expuesto, interesa se dicte sentencia que declare que el demandante probó adecuadamente el Derecho extranjero aplicable, siendo suficiente a tales efectos el certificado expedido por el vicecónsul de la República federal de Alemania en Las Palmas y que ha de reputarse título válido y suficiente de la sucesión a efectos del Registro de la Propiedad, el acta de declaración de herederos abintestato tramitada por el notario, sin que sea necesario además que ante un juzgado alemán se tramite procedimiento alguno de declaración de herederos.

[...]

Entrando en el fondo, se plantea por el notario demandante acción de conformidad con el art. 324 LH, que señala que, “Las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la DGRN en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el art. 328 de esta Ley”.

El art. 9.8º Cc señala que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentre. Y el párrafo 1 del art. 11 del mismo cuerpo legal señala que las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen.

Por su parte, el art. 36 RH dispone que “la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto, podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociera suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente”.

Aplicando los anteriores preceptos al presente caso, resulta acreditado que el Notario demandante a fin de probar el Derecho extranjero vigente, solicitó al Consulado de la República federal de Alemania en las palmas de Gran Canaria una certificación comprensiva de las disposiciones del Derecho civil alemán aplicables en caso de sucesión intestada, así como de la vigencia de las mismas, la cual fue incorporada al acta de declaración de herederos ab intestato debidamente traducida. Con dicha certificación se cumple, por tanto, con lo preceptuado en el art. 36 RH, puesto que se trata de un medio válido para acreditar la vigencia del Derecho alemán aplicable al caso de autos.

Por ello, se ha de concluir que el certificado consular emitido por el consulado de Alemania en las palmas es suficiente para acreditar el derecho alemán aplicable al caso.

Respecto de la necesidad de aportarse, un certificado del equivalente al del registro de actos de última voluntad español, en este caso, el Erbschein, se ha de llegar a la misma conclusión anterior.

Tal y como señala la parte demandante, no existe en el derecho alemán un equivalente al registro de Actos de Última Voluntad español. El Erbschein es una declaración del juez alemán indicando quienes son los herederos de una persona, y ello no es una norma material, sino formal o procedimental, que no puede ser de aplicación en España, de conformidad con lo señalado en el art. 14 LH, que establece, “el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registros, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos ab intestato o el acta de notoriedad a que se refiere el art. 979 LEC”.

En consecuencia, procede estimar la demanda, y declarar, que a falta de un registro de actos de últimas voluntades en Alemania, como el existente en España, se ha de reputar válido y suficiente de la sucesión a efectos del Registro de la Propiedad, el acta de declaración de herederos ab intestato tramitada por el notario, sin que sea necesario además tramitación procedimiento alguno de declaración de herederos.

2014-2015/113.- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 624/2013 de 28 abril 2014. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, RJ\2014\2795.

Sucesión hereditaria.- Aceptación de herencia.- Ley sucesoria italiana.- Ley española (común) rectora del régimen económico matrimonial.- Art. 9.8º, in fine, Cc.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º, 2º, 3º, 8º, 12, 13, 814, 816, 837, 838 y 851 Cc.

[...]

1. La parte demandante, al amparo del ordinal segundo del art. 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en tres motivos, inadmitiéndose el motivo tercero, relativo a la imposición de costas, por exceder del ámbito del recurso de casación. En el primero de ellos por infracción de los arts. 9.11, 2º, 3º, 8º, 12 y 13 Cc en relación con los arts. 3 y 7 del citado Cuerpo legal. Y ello por cuanto la Sentencia recurrida mantiene que el contrato de partición y adjudicación que los herederos testamentarios y legítimos de D. Pablo suscribieron, el 25 julio 2006, debe reputarse válido y eficaz en tanto se ajustó al derecho italiano al fijar los derechos sucesorios que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge

supérstite en virtud de matrimonio contraído al amparo del Derecho español, y ello produce la vulneración de los preceptos anteriormente citados en tanto que el Derecho aplicable debe ser el español por ser el que regula los efectos del matrimonio de acuerdo con el inciso final del art. 9.8º Cc en su redacción dada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre. El segundo motivo por infracción de los arts. 814, 816, 837, 838 y 851 del Código Civil en relación con el art. 9.8º Cc por cuanto a la cónyuge supérstite se le reconocen unas cuotas hereditarias a título de propiedad no coincidentes con las usufructuarias que la legislación española tiene establecidas y ello iría incluso en detrimento de los demás herederos.

2. En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

3. En efecto, contrariamente a la fundamentación técnica seguida por la Audiencia, y conforme a lo desarrollado por la doctrina científica al respecto, se debe puntualizar que la regla del art. 9.8º, in fine, Cc, que determina que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes” opera como una excepción a la regla general de la lex successionis previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria).

En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los arts. 9.2º y 9.3º Cc, reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial, no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación absoluta, ya que responde, mas bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: solución, además, armónica con los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de la Haya de 14 marzo 1978 y de 1 agosto 1989.

Desde esta perspectiva se comprende que no quepa una interpretación de lo que deba entenderse por “efectos del matrimonio” que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no sólo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, aventajas, ajuar doméstico, etc., y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los “efectos del matrimonio” como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges.

4. En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación sistemática de los arts. 9.2º y 9.8º, in fine, Cc lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge supérstite, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 febrero 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

Por otra parte, y dentro del debate planteado, también debe señalarse que, en el presente caso, no resulta aplicable la doctrina de los actos propios (STS 15 junio 2012, nº 399/2012), pues la mera disposición de algunos derechos o bienes de la herencia, por la aquí recurrente, no constituyen actos inequívocos y concluyentes en orden a la renuncia de los derechos hereditarios que legalmente le corresponden; de la misma forma que la aceptación o conformidad prestada, en su momento, en la escritura de manifestación y adjudicación de la herencia de don Pablo, el 25 julio 2006, no condiciona o desacredita el “interés jurídicamente atendible” de la pretensión ejercitada, máxime cuando se sustenta en la correcta aplicación de una regla imperativa dispuesta por la norma y, en donde, por lo demás, la parte

recurrente resulta totalmente ajena a la causa de nulidad observada (STS 29 octubre 2012, nº 619/2012).

2014-2015/114.- Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, Sentencia nº 222/2014, de 27 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Hipólito Hernández Barea. JUR\2014\191578.

Sucesiones.- Acción reivindicatoria por parte del heredero sobre bien inmueble.- Impugnación de acto de disposición realizado por apoderado del causante tras su muerte.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 8º, 10.1º, 5º, 11º, 11.1º, 348, 1259, 1732 y 1738 Cc; arts.319 y 323 LEC.

Considerando que por la representación procesal de la parte apelante se solicitó la revocación de la sentencia recurrida y el dictado de otra en esta alzada que, de acuerdo con las alegaciones de esta parte y con desestimación de la demanda presentada, impusiese las costas a la actora. Centrando la cuestión y examinados los fundamentos de derecho de la sentencia, la cuestión debatida, en opinión de los apelantes sería determinar si al poder y su utilización se le aplicaría una u otra normativa, lo cual implicaría la validez o no del contrato de cesión notarial de 29 marzo año 2010. Por aplicación del art. 10.11º Cc al poder otorgado en Alemania, bajo vigencia de la normativa alemana, se aplicaría la normativa de este país, y además en relación con la cláusula séptima del contrato de reconocimiento de deuda de 2 marzo año 2001, al poder utilizado para la adjudicación se le aplicaría, por pacto expreso de las partes, la normativa del país bajo el cual se otorgó, es decir, Alemania. Ello porque preveía el fallecimiento o incapacidad de los otorgantes el contrato de reconocimiento de deuda de 2 marzo 2001, y por normativa de Derecho internacional privado, entrarían en juego los arts. 672 ss del BGB (Código Civil alemán) que dicen que el mandato no expira por el fallecimiento de los otorgantes, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el poderdante; por ello el uso del poder ha sido plenamente válido, al igual que las consecuencias (adjudicación) de tal uso. Este poder es valorado, al igual que el reconocimiento de deuda, por el Notario Don Jesús José Moya Pérez, otorgándose escritura de adjudicación de pago de deudas, presentada ante el Registro de la Propiedad nº 2 de Fuengirola el 29 marzo 2010. Por ello el fundamento de derecho cuarto de la sentencia no es acertado, ya que establece la aplicación de la normativa española "a falta de sometimiento expreso", sin embargo este sometimiento expreso existe y basta examinar el contrato de reconocimiento de deuda de 2 marzo año 2001, y lo que dice en sus estipulaciones séptima y octava. Se suplica en la demanda la nulidad del poder referido y de la cesión, cuando hemos visto que es válido, y que es instrumento suficiente para la realización de la escritura de dación en pago, y sin embargo no se insta la nulidad del reconocimiento de deuda, donde figura el sometimiento expreso a la normativa alemana, e incluso donde se establece la voluntad de los contratantes de la utilización del poder, una vez fallecidos los mandantes, conforme a lo que rige en el Código Civil de ese país. Al no solicitarse la declaración de nulidad de este documento, ni ser atacado por tanto, la validez de sus cláusulas, en especial la del sometimiento a la normativa alemana del mandato, se afirma que es el principio por el que habría de regirse esta relación jurídica, ya que preveía su utilización, fallecidos los otorgantes, tanto como a una posible futura adjudicación a un tercero distinto de mandante y mandatario. No cabe aplicar al caso la fundamentación de la sentencia de 15 julio 2002 de la Audiencia Provincial de Baleares que copia la ahora recurrida – que la parte demandada ha invocado determinados preceptos del BGB alemán, pero no ha probado ni su vigencia, aplicación ni interpretación, siquiera sistemática a través de peritos-jurisconsultos que puede hacerse en Alemania, ni un documento legalizado y traducido o auténtico, por lo cual debe aplicarse el Derecho del foro, a la vez que este Tribunal entiende que, al no tratarse de un proceso especial por la materia o de orden público no cabe aplicación de oficio del Derecho extranjero – porque es otra la razón por la que no se aplicó el derecho alemán en ese caso, diferente de éste, donde sí se ha acreditado; recordando además lo que también copia la sentencia recurrida: previene el art. 10.11º Cc que "a la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas".

Considerando que por la representación de la parte apelada se pidió la confirmación de la sentencia recurrida por sus propios fundamentos de derecho, añadiendo que los difuntos Sres. María Inés Cecilio fallecieron el 22 abril 2004 y el 18 mayo 2004, de nacionalidad danesa y afincados en Fuengirola, es decir, residentes. La vivienda de los Sres. María Inés Cecilio se encuentra en España, por lo que, en atención a lo dispuesto en los arts. 10.1º y 10.5º Cc, la propiedad se regirá por el lugar donde se hallen los bienes, es decir, Fuengirola, España. El art. 9.1º y el 9.8º señalan que la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, en este caso Dinamarca, y que las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios serán conformes a la ley personal del testador. Tratándose además de un contrato suscrito en España y teniendo los demandados su domicilio en España, rige la ley española pues además la finca se encuentra en España. Por otra parte, la fotocopia de la traducción de un poder, al que se refiere la parte demandada, es una copia de un texto hecho por el intérprete y con la firma del mismo y de un notario que ha testimoniado la traducción, pero no se adjunta el poder original con las firmas correspondientes a los poderdantes. Y es que el notario que aparece en el apostillado no es el mismo que aparece en la fotocopia del poder, por lo que no se cumple lo dispuesto en el art. 323 LEC, ni en el 319 en su apartado primero. En definitiva, no se presenta el supuesto poder del que se quiere hacer uso, después de fallecidos los Sres. María Inés Cecilio, sin presentar más que fotocopias parciales y traducciones en las que no coinciden los notarios ni las fechas. Además tampoco acreditan la deuda para comprobar su coincidencia con el reconocimiento, teniendo en cuenta que la cantidad que se menciona en el reconocimiento – 60.000 euros – se expresa en moneda que no se encontraba en circulación en España en aquella fecha, 2 marzo 2001, pues la que se encontraba en circulación era la peseta; por lo que no pudo haberse entregado a los Sres. María Inés Cecilio la cantidad referida ni en Valencia, donde supuestamente se firma el documento, ni en Fuengirola, que es donde residían, ni las firmas que aparecen están ratificadas por los Sres. María Inés Cecilio. En definitiva, de contrario se quiere hacer valer un documento privado después de fallecidos los Sres. María Inés Cecilio, y aplicar un supuesto poder tras su fallecimiento, constando que no necesitaban dinero a la vista de la herencia que consta en la documental que obra en autos.

Considerando que, como bien dice el Juez a quo, se ejercita por la entidad demandante una acción de nulidad de un poder por fallecimiento previo de los poderdantes y, consecuentemente, la nulidad también del contrato de cesión en pago de deuda, otorgado con apoyo en el citado poder por el apoderado tras su muerte; y la consecuente declaración de que la propiedad de la finca descrita en el hecho primero de la demanda pertenece a la Sociedad demandante, como heredera de los causantes Don Cecilio y Doña María Inés, pidiendo el libramiento de mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad nº 2 de Fuengirola a fin de que cancele el asiento de presentación realizado sobre esta finca a nombre del demandado, Don Santiago, o, en su caso, si fueron subsanados sus defectos, el asiento definitivo en el libro de inscripciones. También la condena de los demandados a dejar libre y a disposición de la actora la mencionada finca, y la imposición a los demandados de las costas procesales. Tras el examen de la prueba practicada, el juzgador tiene por acreditados los siguientes hechos: que el señor y la señora María Inés Cecilio, daneses, eran dueños por mitad y proindiviso de la finca registral NUM000 del Registro de la Propiedad nº 2 de Fuengirola, adquirida por compra según escritura de 10 agosto 1979; que en fecha 10 enero 1984 ambos otorgaron escritura de declaración de obra nueva, al construir sobre la parcela una vivienda unifamiliar; que cada uno de ellos otorgó testamento abierto en Fuengirola el 15 abril 1997, legando uno al otro todos sus bienes y derechos situados en territorio español y, para el caso de premoriencia, nombraron sustituto de cada legatario a la asociación danesa contra el cáncer (Landsforeningen til Kæftens Bekaempelse), y a Don Gines, apoderado de dicha entidad, como albacea contador-partidor de su herencia; que figura en autos como documento la fotocopia de un “reconocimiento de deuda”, fechado en Valencia el 2 marzo 2001 en el que figura que los Sres. María Inés Cecilio reconocían adeudar a Don Santiago, a consecuencia de un préstamo personal, la cantidad de 60.000 euros; que también obra en autos una fotocopia rubricada de un “poder de representación” de fecha 13 marzo 2003, otorgado en Alemania a favor de Don Juan Carlos a fin de que éste pudiese efectuar en España cualquier operación de propiedad inmobiliaria en la provincia de Málaga; que consta que Don Cecilio falleció el 22 abril 2004 y que Doña María Inés – nacida Johan-

sen – falleció el 18 mayo ese mismo año; que el 26 marzo 2010 Don Gines, en su calidad de apoderado de la asociación hoy demandante y como albacea testamentario de la herencia de los Sres. María Inés Cecilio, otorgó escritura de aceptación y adjudicación de la herencia, adjudicándose así el pleno dominio de la finca ... del Registro de la Propiedad número Dos de Fuengirola; que de la nota simple emitida por dicho Registro, relativa a la citada finca, resulta que en fecha 29 marzo 2010 ante un notario de Guadalajara los Sres. María Inés Cecilio “ceden en pago de deudas a Don Santiago la finca ... del término municipal de Fuengirola”; y que el 7 abril 2010 se presentó copia de la escritura de 26 marzo 2010 por la que, por fallecimiento de los Sres. María Inés Cecilio se adjudicaba a la hoy demandante la finca ..., dictándose posteriormente por el Juez a quo resolución en la que acordó la anotación preventiva de la demanda como medida cautelar relativa a la finca.... Razona el Juez que, interesada la declaración de nulidad del poder fechado el 13 marzo 2003 y la del contrato de cesión en pago de deuda otorgado el 29 marzo 2010 con base en el mismo –pese a haber fallecido los otorgantes en el año 2004 –, ha de partirse en la resolución del litigio de dos datos fundamentales: primero, que los Sres. María Inés Cecilio tenían nacionalidad danesa, y segundo, que la finca objeto de litis se halla situada en España. Con cita del art. 9.1º Cc y del punto 8 del mismo precepto, así como teniendo en cuenta el contenido del art. 10.1º del referido Texto legal, entiende el juzgador, acertadamente, que en los contratos relativos a bienes inmuebles se aplica la ley del lugar de situación (forum rei sitae), criterio que se fortalece al estar el contrato suscrito en España y tener, además, su domicilio los demandados también en España. Rige pues la ley española a falta de sometimiento expreso de las partes a otro foro. En apoyo de la anterior conclusión igualmente se muestra, según el Juez, lo que previene el art. 10.11º del repetido Cc que, referido a la representación voluntaria, indica que, de no mediar sometimiento expreso, rige la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas, es decir, la de España; y el art. 11.1º Cc es conforme, aplicado al presente caso con la anterior normativa, como el propio Juez expresa. Bajo el prisma del art. 323 LEC, ha de estudiarse la copia del poder aportado en apoyo de la tesis de los demandados, siendo claro en este sentido el art. 1732 Cc en sede de mandato, al señalar que dicho contrato de representación se acaba por su revocación; por la renuncia del mandatario; y, en lo que aquí interesa, por muerte, quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario. En este sentido previene el art. 1738 que “sólo lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante (u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato), es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él”, concluyendo el juzgador que tal circunstancia no se ha acreditado en el presente caso ahora enjuiciado y que, sin embargo, de la documental aportada resulta que el representante o apoderado conoca el fallecimiento de los Sres. María Inés Cecilio cuando contrata en su nombre, precisamente con su propio ascendiente. Por tanto, hecho valer el apoderamiento en España, es la ley española la que rige, por lo que ha de declararse nulo y decide si se acomoda a nuestras normas procesales y sustantivas, y así extinguido el poder para realizar el posterior contrato de cesión en pago de deuda éste deviene nulo por la previa y conocida muerte de los poderdantes. Lo expuesto lleva correctamente al Juez a quo a aplicar el art. 1259 Cc en cuanto dispone que el contrato celebrado en nombre de otro por quién no tenga (ya) su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte.

[...]

2014-2015/115.- Audiencia Provincial de Málaga, Sección Cuarta, Sentencia nº 250/2014, de 30 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis López Fuentes. AC\2014\1617.

Sucesiones.- Competencia judicial internacional.- Ley aplicable.- Grant of probate: eficacia.- Testamento nulo por falsedad de la firma del testador.

Normas aplicadas: Art. 1 Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias; art. 22 LOPJ; arts. 9.8º y 11 Cc; art. 281 LEC.

Alega la recurrente en su primer motivo el error en la valoración de la prueba, por omisión en la sentencia de toda referencia al documento nº 2 de la contestación a la demanda, consistente en auto de

adveración dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Londres, registro principal del departamento de Familia, de 22 septiembre 2004, en el que, tras la tramitación correspondiente, designa ejecutor testamentario de la herencia de D. Carlos José y beneficiario residual a Dña. María, lo que supone un desconocimiento de la validez y eficacia de la decisión de un tribunal extranjero, con infracción de las normas que regulan la ley aplicable a la forma del testamento, y en concreto del Convenio de la Haya.

Dice la sentencia de la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial de 31 marzo 2009, que “El juzgador, en consideración asumida por esta Sala, indica que, estando ante una pretensión de derecho sucesorio referida a una ciudadana británica fallecida en España, donde residía, el 29 febrero 2004, ha de aplicarse a la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 9.1º Cc, la ley personal que, como persona física, se determina por su nacionalidad y será la que rijan la capacidad y la sucesión por causa de muerte. Ahora bien, la Ley otorga la competencia para conocer de los litigios que sobre esta materia se presenten a los tribunales españoles, por haber tenido la causante su último domicilio en España y tener aquí bienes inmuebles. No puede olvidarse, como también expone el juzgador de la instancia, que, de conformidad con el art. 11 Cc, las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. El art. 281 LEC añade que serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Por tanto, concluye acertadamente el juzgador que en el presente caso es de aplicación el Derecho extranjero, y en concreto el Derecho sucesorio británico, por ser la causante, Doña Ascensión, de nacionalidad británica. La jurisprudencia, siguiendo esta pauta, considera al Derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca, y matiza que los órganos judiciales tienen la facultad (no la obligación) de colaborar a la determinación del contenido del Derecho extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios y, cuando el contenido de las normas sustantivas aplicables de la ley nacional del causante no ha sido acreditado por ninguna de las partes, procede resolver la cuestión debatida conforme a las normas de nuestro propio derecho sustantivo; así, entre otras, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 septiembre 1990 y más recientemente la de 13 diciembre 2000.

La STS 25 junio 2008 sentó la siguiente doctrina sobre este particular: “Resulta imprescindible, por lo tanto, dar respuesta a esta cuestión, cuyo carácter de orden público es notorio –lo que deja expedito su examen de oficio–, y verificar si los tribunales españoles tienen competencia para conocer de unas pretensiones que tienen por objeto la revocación de un testamento otorgado en el extranjero por otro posterior otorgado en España y la declaración de ineficacia de los actos jurídicos que son consecuencia del primero. Este control de la competencia judicial internacional ha de hacerse necesariamente a la vista de lo dispuesto en el art. 22 LOPJ, a falta de norma convencional o, en general, de norma de carácter supranacional que resulte aplicable, y, en concreto, a la vista de lo dispuesto en su apartado tercero, una vez que se ha comprobado que no concurren ninguno de los foros de competencia exclusiva que establece el apartado primero del mismo artículo, y después de que se han excluido los foros generales establecidos en su apartado segundo, ya que no hay pacto expreso de atribución de competencia en favor de los tribunales españoles ni sumisión tácita a éstos, y que falta la conexión del domicilio del demandado que sirve para atribuir la competencia a los tribunales españoles. Se ha de estar, pues, a la regla que establece el último inciso del apartado tercero del art. 22, con arreglo al cual, los juzgados y tribunales españoles serán competentes, en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España; regla de competencia internacional que se estructura en torno a dos conexiones alternativas y que resulta aplicable habida cuenta de la materia objeto de la pretensión que se ejercita a título principal, calificada, como no podía ser de otra manera, con arreglo a la *lex fori* (la ley del foro). Dicha regla conduce a atribuir, como ha hecho en este caso el tribunal de instancia, la competencia de la jurisdicción española, pues resulta incontrovertida la existencia de, al menos, una vivienda sita en Madrid que, por ser en su día propiedad del causante, se ha de integrar en el caudal relicto. El argumento utilizado por la Audiencia Provincial (Sección decimotercera) en la Sentencia que se ha aportado por la parte recurrida y ha quedado incorporada a estas actuaciones no se comparte: la regla de competencia internacional ha de

interpretarse en su sentido propio, entendiendo el empleo del plural del que se sirve el legislador para construir la conexión alternativa como un mecanismo lingüístico para indicar la diversidad, no numérica, sino material, de los inmuebles sobre cuya posesión en España gravita la regla de competencia. No se justifica, por tanto, una interpretación de ésta que excluya los casos de posesión en España de un solo bien inmueble, tanto más cuanto la sucesión puede verse limitada al mismo, o, como aquí sucede, es el que en definitiva ha determinado el ejercicio de la acción judicial, y cuya significación económica reconocen, por ende, los demandados que han opuesto la excepción de falta de jurisdicción. No puede decirse, pues, que la competencia de los tribunales españoles responda a un criterio atributivo exorbitante, que deje al tribunal desconectado del objeto del proceso, y que, por ello, resulte injustificado; ni que, por la misma razón, haya situado a los demandados en posición de indefensión, habiendo podido éstos articular convenientemente su defensa ante un órgano jurisdiccional que mantiene una proximidad razonable con el objeto del proceso y con aquello que ha de ser materia de la ejecución de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la parte actora. Y menos aun cabe decir que la competencia de los tribunales españoles responde a la búsqueda interesada –y por ello fraudulenta– de un foro de conveniencia, en función de la ley materialmente aplicable al fondo del asunto, vista la nacionalidad del causante al tiempo de su fallecimiento, y habida cuenta de lo dispuesto en el art. 9.8º Cc”.

Debe añadirse a lo expuesto que esta declaración de competencia de la jurisdicción española no se ve afectada por el hecho de que la pretensión de ineficacia de los actos jurídicos subsiguientes al testamento cuya revocación se interesa a título principal alcance a los efectos derivados del reconocimiento y ejecutoriedad de las resoluciones de los tribunales de México que tuvieron por objeto la declaración de herederos con base en el testamento de cuya revocación se trata. Los efectos de estas resoluciones, que son los que el ordenamiento del Estado de origen dispensa, con el alcance y contenido que éste les confiere, se han extendido en España como consecuencia de la resolución por las que se otorga el *execuátur* (ejecútese) de las mismas; lo que no tiene relevancia alguna, a efectos de competencia judicial internacional, ni empece a que por los tribunales españoles se pueda declarar la ineficacia, no de las resoluciones extranjeras ya homologadas, sino de los concretos actos jurídicos dictados o realizados en ejecución de las mismas y en actuación de sus efectos, en la medida en que se vean afectados por la existencia, vigencia y validez de un testamento posterior que, conforme a la *lex causae* –ley material aplicable al acto, negocio, situación o figura jurídica, según la norma de conflicto igualmente aplicable–, determine la ineficacia del anterior. Como tampoco relevancia alguna presenta el hecho de que la SAP Madrid 13ª 10 julio 2002 haya devenido firme y, por lo tanto, haya causado estado la declaración de incompetencia de jurisdicción que en ella se contiene, pues con la exclusión allí de la competencia de los tribunales españoles y el mantenimiento, en cambio, aquí de dicha competencia no se produce un fraccionamiento del proceso ni se divide la continencia de la causa, habida cuenta de la diversidad de sujetos, objeto y causa existente entre uno y otro, por más que pueda apreciarse entre ambos una relación de conexión, situación que no se resuelve necesariamente mediante la cesión de la competencia de jurisdicción, fuera de los casos en los que los Convenios o normas internacionales lo prevean.

El art. 3 del Convenio de la Haya de 1989 dispone sobre competencia en materia de sucesiones, lo siguiente: “1. La sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado. 2. La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si el difunto tuviera en el momento de su fallecimiento vínculos manifestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento fuera nacional, se aplicará la ley de este último Estado. 3. En los demás casos, la sucesión se regirá por la ley del Estado del que el difunto fuera nacional en el momento de su fallecimiento, salvo si en ese momento el difunto tuviera vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de este último”.

Conforme a lo establecido en el art. 22.2º LOPJ, serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles “2.º Con carácter general, cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a los

Juzgados o Tribunales españoles, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España”, y el nº 3 indica que también serán competentes “en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España”.

En el presente caso, además, la propia recurrente reconoce la competencia de la jurisdicción española para conocer de la sucesión del Sr. Carlos José, en concreto (se dice en la página 8 de su escrito de recurso) “de los litigios que se susciten respecto de la validez sustantiva, que no formal, del testamento”.

No existe duda, pues, sobre la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de la cuestión litigiosa, aunque, lógicamente, la cuestión a dilucidar es si los tribunales españoles deben aplicar las leyes españolas en cuanto a la eficacia de un testamento otorgado en el extranjero y presuntamente falsificado.

Dice la parte apelante que “no resulta ajustado a derecho que el Juzgador de Instancia desconozca la existencia de la resolución judicial extranjera que no solo procede al registro del original del testamento otorgado declarando su validez sino también a la designación de ejecutor testamentario, decisión que debe ser objeto del correspondiente reconocimiento incidental por parte del tribunal español, y con ello revocada la sentencia recurrida y desestimada la demanda inicialmente interpuesta”.

El art. 9.1º Cc dispone que “La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. Por su parte el art. 9.8º, dispone que “La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última”.

La parte apelante invoca la existencia de un documento judicial extranjero, en concreto el auto de averación (Gran of Probate) dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Londres, Registro Principal del Departamento de Familia, de 22 septiembre 2004, en el que, tras la tramitación correspondiente, se designa ejecutor testamentario de la herencia de D. Carlos José y beneficiario residual a Dña. María.

Debe advertirse que la ley personal del Sr. Carlos José era la de EE UU, y no la del Reino Unido, y si bien nada impide que el Sr. Carlos José pudiera haber otorgado testamento en el Reino Unido, debe tenerse en cuenta que, en base a las normas sobre reenvío en materia de Derecho internacional privado, la ley española puede resultar de aplicación en el ámbito sucesorio cuando de un extranjero se trate.

Lo cierto es que, siendo nacional de EE UU, resulta llamativo que la parte apelante se aferre a la existencia de una resolución judicial del Reino Unido sobre la validez del testamento, cuando, precisamente las leyes del Reino Unido otorgan competencia a la ley española en supuestos como el presente, pues ha quedado acreditado (documento nº 19 de la demanda) que la ley inglesa entiende aplicable en materia sucesoria la ley del domicilio del testador, y aplica a la sucesión de los bienes inmuebles la ley del país de su situación y la del domicilio del causante cuando se trata de bienes muebles. Vemos, pues, que ambos casos, la ley española resultaría aplicable.

Por otra parte, resulta acreditado con el documento nº 12 de los aportados con la demanda, que la ley de Massachussets considera aplicable la ley española para regir la sucesión del Sr. Carlos José, al no dejar el mismo bienes en dicho Estado norteamericano.

Por tanto, aún cuando la forma del testamento puede otorgarse conforme a la ley reguladora personal del causante, la ley aplicable en el presente caso, al tratarse de una persona fallecida en España, con último domicilio en España y con sus bienes en España, no puede ser otra que la española, que regirá toda cuestión que afecte a la eficacia del testamento, pues una cosa es la forma del testamento y otra distinta su autenticidad, que es cuestión de orden público y que afecta al contenido del testamento,

de modo que no puede negarse la aplicación de la ley española cuando se afirme que un testamento es nulo por presunta falsedad de la firma.

La parte apelante trae a colación en su recurso el informe del profesor Checa, informe que no fue admitido como prueba en esta alzada y sobre el que, por tanto, no ha lugar a hacer ninguna referencia.

La resolución judicial extranjera que invoca la apelante se limita a registrar el testamento y a nombrar un ejecutor testamentario, pero se trata de un procedimiento que no se pronuncia sobre la veracidad de la firma y autenticidad del testamento, ni declara su validez tras ser oídas todas las partes interesadas, sino que se limita a recoger lo manifestado por el interesado que lo presenta.

En cualquier caso, debe traerse a colación el art. 1 del Convenio de la Haya de 5 octubre 1961, conforme al cual “una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si responde a la ley interna:.... e) respecto a los inmuebles, del lugar en el que estén situados”.

Es obvio que la ley española no ampara declaraciones testamentarias que no hayan sido emitidas conforme a Derecho, es decir, con pleno conocimiento y consentimiento de lo que se dice en el testamento, y con plena voluntad.

[...]

2014-2015/116.- Audiencia Provincial de Málaga, Sección Quinta, Sentencia nº 400/2014, de 30 septiembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Melchor Hernández Calvo. JUR/2015/53010.

Sucesión hereditaria.- Legislación aplicable.- Reenvío.- Determinación del último domicilio del causante.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º y 12.2º Cc.

[...]

Disconformes con el pronunciamiento judicial que estima la demanda formulada y que declara procedente la reducción de la institución de heredero a que se refiere el testamento otorgado en fecha 24 marzo 1999 en la parte que perjudique los derechos legitimarios del declarado heredero, Don Camilo, comparecen en esta alzada la representación procesal de Don Arsenio y Doña Joaquina, alegando los siguientes motivos de impugnación: 1) Error en la apreciación de la prueba. La sentencia impugnada declara que el domicilio de elección de la causante se encuentra en España, basándose en meras presunciones (fecha de inicio de residencia en el año 1986 en base a manifestaciones del demandante y testamento otorgado en España en 1985 que no consta en autos) y que le lleva a una conclusión errónea e injusta para con la voluntad de la testadora. Sin embargo, reconoce la sentencia que en testamento otorgado en Inglaterra en el año 1998 el domicilio de la causante que consta en el mismo se encuentra en Inglaterra, otorgado dos días más tarde de la adquisición de la vivienda objeto de autos y es imposible afirmar que tras el fallecimiento de su esposo en 1999 permanece en España y sólo existe constancia de una visita al Reino Unido en año 2007 a efectos de cambiar su disposición testamentaria. Y es que la Juzgadora de Instancia entiende como relevante el domicilio que consta en la comparecencia de los testamentos, en vez de atender al lugar donde los mismos fueron otorgados (2 en España y 3 en Inglaterra) y lo que se dispone en los mismos, esto es, que los bienes en ambos estados sean repartidos conforme a su ley nacional, sin vinculación alguna a la legítima. Como consta acreditado (dictamen pericial emitido por el Sr. Pio (documento nº 5 de la contestación), un domicilio existente continúa existiendo hasta que no se haya sido demostrado que un nuevo domicilio ha sido adquirido, lo que no acredita el demandante, por lo que debe estarse a su domicilio de origen la vista del carácter adhesivo de su domicilio de origen en Inglaterra y Gales, por lo que no puede pretender tener derechos legitimarios respecto de la herencia de su madre. En el caso que nos ocupa, la vinculación de la causante con su domicilio de origen es evidente, constando que la misma tenía bienes radicados en el Reino Unido (cuentas bancarias en el Royal Bank of Scotland e hipotecarias de las que la causante era titular única así como valores de ahorro nacional y bonos del estado – Reino Unido-) sumando un total de 180.986,16 libras, percibiendo una pensión de dicho estado. 2) En cuanto al Derecho aplicable a la

sucesión de la Sra. María Rosa, la sentencia de instancia acepta, en el caso que nos ocupa, la aplicación del reenvío, a tenor de la interpretación que realiza la SAP Murcia 5ª 30 noviembre 2011, que es contraria derecho y otro supuesto fáctico de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 noviembre 1996 y de 21 mayo 1999. El Derecho español exige la aplicación de única ley a toda la sucesión de una persona, por lo que no se podría hacer la distinción del derecho inglés de ley aplicable a los bienes muebles y ley aplicable a los bienes inmuebles. El Tribunal Supremo sólo aplicará la ley española a la herencia de un súbdito extranjero, cuando aplicándola se consiga la armonización internacional de soluciones e impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria. Y constando acreditado que se está procediendo a validar el testamento otorgado en Inglaterra por Doña María Rosa en el año 2007, limitado a los bienes ubicados en el Reino Unido, debe llegarse a la conclusión de que la sucesión hereditaria de la causante ha de regirse por la ley inglesa, sin vinculación alguna a la legítima, so pena de producirse vulneración del principio de universalidad de la herencia que rige nuestro derecho sucesorio, provocándose un fraccionamiento legal de la sucesión, que de esta forma se vería regulada por varias leyes.

Pretensión revocatoria a la que se opone la representación de Don Camilo, en primer lugar, al no haber incurrido la Juzgadora de Instancia en ningún error de valoración, sino por el contrario, al constatar pormenorizada el resultado de la prueba obrante en autos. Y en cuanto a la legislación aplicable, al tener la fallecida sus inmuebles en España y su domicilio en España en el momento de su fallecimiento, es la Ley Española la que rige toda la sucesión por lo que no se produce fragmentación legal de la herencia.

Segundo. En primer lugar, se denuncia error en la valoración de la prueba, al concluir la Juzgadora de Instancia que el domicilio de Doña María Rosa, en el momento de su fallecimiento era en España, [...], Arroyo de la Miel Málaga, en el bien inmueble objeto del testamento en el que la fallecida instituía herederos únicos a los co-demandados, con preterición de su hijo, el actor. Pues bien, de las pruebas practicada en la instancia apreciadas en su conjunto, y circunscrita al señalamiento por la causante de domicilio en Arroyo de la Miel, en el testamento otorgado en marzo de 2007 y año 1999, fallecimiento en Benalmádena en la residencia Sanyres en el año 2010 y adquisición de la vivienda en 16 noviembre 1998, no puede concluirse que la causante optara por España como domicilio de elección, con intención permanente de residir en España. Y ello, por cuanto, obviamente sin desconocer que tenían una residencia también en España, se desconocen los períodos concretos que pasaban aquí, la menor o mayor frecuencia con la que visitaban a sus amigos en Inglaterra (no puede olvidarse que les instituye herederos expresamente en el año 2007, solo tres años antes de residir. Es más, el hecho de tener domiciliada la pensión a través de una cuenta para no residentes, constituye un indicio definitivo de su falta de intención de residir permanentemente (contrariamente a lo señalado por la Juzgadora de Instancia), y ello, por cuanto para una apertura de una cuenta de esta clase, se exige que el titular de la cuenta acredite su condición de no residente (mediante un certificado). Además si el titular no residente adquiere la condición de residente deberá comunicárselo inmediatamente a su entidad financiera para que ésta modifique la titularidad de la cuenta que pasará a ser de residente con señalamiento del NIF/CIF de que se trate. En conclusión, no negando residencia accidental en el domicilio indicado, no consta acreditado que constituya domicilio a efectos legales, de forma que la sucesión se deba regir por la ley española, tal y como sostiene la sentencia recurrida.

Es más, aún aceptando a efectos hipotéticos que la causante tenía su domicilio en España, de aceptar la tesis de la sentencia recurrida, se produciría un fraccionamiento legal de la sucesión, que de esta forma se vería regulada por varias leyes, dado que es un hecho incontrovertidos que la causante tenía bienes (muebles o valores) radicados en el Reino Unido (cuentas bancarias en el Royal Bank of Scotland e hipotecarias de las que la causante era titular única así como valores de ahorro nacional y bonos del estado – Reino Unido–) sumando un total de 180.986,16 libras, disponiendo de ellos por testamento otorgado en Inglaterra en el año 2007 (varios años después del testamento impugnado otorgado en España el día 24 marzo 1999), conforme al principio de libertad de testar que impera en derecho inglés, que no se ve afectado por la legítima, que tampoco es norma de orden público en nuestro ordenamiento. Y al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de nº 849/2002 de 23 septiembre,

admite el reenvío, pero ello, por cuanto “la sentencia recurrida da como probado que los únicos bienes del causante son los inmuebles sitos en España de los cuales dispuso testamentariamente, por lo que en modo alguno se produce una fragmentación de la regulación de la herencia, en cuyo caso, la norma general (no específica para la sucesión mortis causa) del art. 12.2º Cc impondría la no aceptación del reenvío de la Ley inglesa por contraria a aquellos principios”, supuesto distinto al que nos ocupa, en el que único bien no es el inmueble sito en España.

En consecuencia, el recurso habrá de ser estimado y revocarse la sentencia recurrida conforme se dirá en la Parte Dispositiva de esta resolución.

2014-2015/117.- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección Primera, Sentencia nº 490/2014 de 12 enero 2015. Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno. RJ\2015\263.

Sucesiones.- Ley aplicable.- Reenvío de retorno a la ley española.- Doctrina legal.- Armonía internacional de soluciones.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º y 12.2º Cc; Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

[...]

1. Por la parte demandada, al amparo del ordinal tercero del art. 477.2º LEC, se interpone recurso de casación que se articula en un único motivo, en el que se invoca la infracción de los arts. 9.8º y 12.2º Cc.

Se alega que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, además de existir jurisprudencia contradictoria de Audiencias. La cuestión que se plantea en el recurso es la de la resolución de un conflicto de normas de Derecho internacional privado. Se trata de determinar si, en contra de la voluntad del ciudadano inglés que dispuso de sus bienes de conformidad con su ley nacional que se basa en la absoluta libertad de testar, es aplicable, al amparo del art. 12.2º Cc, el reenvío a la Ley española, conforme a la norma conflicto inglesa que establece que la norma aplicable a la sucesión de bienes inmuebles es la ley del lugar donde estos se encuentren, con la consiguiente creación de unos derechos legitimarios inexistentes para la ley nacional aquel. Se destaca en el recurso que para nuestro Derecho la Ley aplicable es la ley nacional del causante a su fallecimiento, que tal norma responde a una concepción personalista y familiar de la sucesión y que fruto de esta concepción son los principios de unidad y universalidad que constituyen el eje alrededor del cual gira nuestro sistema de Derecho internacional privado. Además, la admisión de la norma de reenvío prevista en el art. 12.2º Cc en materia de sucesión no puede ser aceptada en todos los casos pues debe tener en cuenta, por un lado, los principios de unidad y universalidad y, por otro, solo cabría el reenvío si con ello se produce una armonía internacional de soluciones, esto es, el reenvío solo es admisible si aplicando la ley española se alcanza un resultado similar al que se hubiera alcanzado aplicando la Ley extranjera. En el recurso se cuestiona también que la herencia solo estuviera integrada por la mitad indivisa del bien inmueble sito en Jávea. Para justificar el interés casacional, se alude a que esta Sala ha procedido a una aplicación restrictiva y matizada del reenvío de retorno, de modo que éste sólo se acepta cuando es conforme con los principios de unidad y universalidad de la sucesión y con los principios de libertad de testar, favoreciendo la armonía internacional de soluciones. Se citan algunas Sentencias de Audiencias Provinciales que se opondrían a la sentencia recurrida, SSAP Tarragona 13 mayo 2004, Málaga 6ª 13 febrero 2002 y Granada 4ª 19 julio 2004 y Sentencias de esta Sala que apoyarían la tesis del recurrente: SSTs 15 noviembre 1996, 21 mayo 1999 y 23 marzo 2002, ésta última, sin embargo, sostiene el criterio contrario al mantenido por la recurrente.

En el presente caso, por la fundamentación que se expone a continuación, el motivo debe ser desestimado.

2. Con relación al contexto argumentativo de la parte recurrente debe señalarse, en primer término, que no puede desconocerse que la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, si por tal entendemos la desarrollada a partir de la Sentencia 15 noviembre 1996, ha flexibilizado la aplicación meramente literal del reenvío, tal y como se contempla en el art. 12.2º (donde el reenvío de retorno solo se acepta en favor del ordenamiento jurídico español), afirmando la necesidad *ab initio* (desde el inicio) de ponderar su efectiva aplicación a la concurrencia de otros criterios. Entre estos, se ha señalado la conveniencia de que el reenvío lleve a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español de forma que, en su caso, entrañe una mayor justicia en relación a los intereses en juego (STS de 21 mayo 1999). Pero sobre todo, caso que nos ocupa, se ha destacado el valor referencial que desarrolla la figura del reenvío como instrumento al servicio de la armonización de sistemas jurídicos de los Estados (la ya citada STS 15 noviembre 1996).

No obstante, y pese a este avance doctrinal, debe puntualizarse, en segundo término, que este valor referencial de armonización tampoco puede ser interpretado, a su vez, de un modo absoluto o excluyente, sino que viene también modulado por el propio alcance normativo de la figura, esto es, por el ámbito de aplicación que se le reconoce al reenvío (solo se admite el reenvío de retorno), y por su sujeción a los objetivos del Derecho internacional privado que presente el Derecho interno español en la materia objeto de análisis.

Esto lleva a que en determinadas ocasiones, y en relación con el ámbito sucesorio, como ha señalado la doctrina jurisprudencial de esta Sala con relación al art. 9.8º Cc, que el reenvío de retorno no deba ser admitido cuando su aplicación comporte, bien un fraccionamiento de la unidad legal de la sucesión, o bien, un fraccionamiento del carácter universal que debe acompañar a la misma, de forma que resulte aplicable la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento.

En este contexto, debe señalarse que el principio de armonía no constituye, en rigor, un criterio interpretativo en la aplicación del expediente del reenvío.

En el presente caso, esto es lo que ocurre, pues la remisión realizada a la legislación inglesa comporta el reenvío de retorno al ordenamiento jurídico español sin que se produzca, al ser el único bien hereditario y además tener el domicilio en España, el fraccionamiento del fenómeno sucesorio señalado respecto de la sucesión del causante.

Todo ello, sin perjuicio de las modificaciones sobre la materia que se deriven de la plena aplicación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012.

TRANSPORTES

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS POR CARRETERA

2014–2015/118.– Juzgado de lo Mercantil de Granada Sentencia de 22 abril 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Sanjuan Muñoz. JUR\2014\126895.

Transporte internacional de mercancías por carretera.– Sustracción de parte de la mercancía: obligación de responder de la cooperativa de transportistas.– Robo declarado por el conducto en circunstancias extrañas: negligencia que exime a la aseguradora.

Normas aplicadas: Arts. 17, 23.3º y 24 Convenio de Ginebra de 19 mayo 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).

[...]

A los efectos de aclarar la primera cuestión suscitada en relación a la recepción de parte de la mercancía conviene señalar que las partes se amparan en el documento 3 (CMR) y en la numeración de la

carga y las 55 unidades que fueron recibidas en relación igualmente al documento 1. La reclamación lo es de 99.525 euros que se dice, al amparo del art. 23.3º del Convenio de Ginebra, por el valor que la mercancía tenía al momento de hacerse cargo de la misma.

El importe total del documento 1 es de 123.100 euros. En la CMR se recoge que se recibieron 55 TV Panasonic con una numeración diferente a lo que consta en carga, pero que más bien es un error de transcripción manuscrito dado que se recoge el TX 42PS-30 que es identificado por las 100 unidades del TX.-P42S30E. No es acogible una oposición fundamentada en un mero error apreciable a primera vista y con carácter notorio.

Conforme a dichos documentos resultaría que llegaron 55 TV por valor unitario de 385 euros. La cuantía reclamada es menor. El documento 5 reclamaba una cuantía de 101.525 euros facturado por los 45 panasonic de dicha delimitación y marca lo que es coherente con la nota manuscrita tal y como es interpretada. Se suman allí 2000 euros de transporte.

Se niegan por un lado, por la codemandada aseguradora, la titularidad de los bienes de la actora en base a dichos documentos y por la codemandada el valor, no declarado en CMR, de los mismos.

El conjunto probatorio del CMR, de la factura aportada y facturada a la hoy demandante, del encargo realizado por ella y de la facturación realizada a la codemandada son pruebas suficientes a los efectos de la responsabilidad que se reclama en la presente demanda.

Pero si lo anterior no fuera suficiente el Convenio de Ginebra de 1956 se refiere a la responsabilidad derivada del transportista frente al remitente delimitando la responsabilidad por riesgo al margen de la propiedad y sin perjuicio del análisis de esta en función a la reparación del daño que proceda en su caso.

A tal efecto negar la titularidad en función de la responsabilidad exigida también exige, valga la expresión, una carga probatoria impeditiva de quien lo opone y no una mayor carga constitutiva de quien acredita la factura, la remisión, la facturación a la transportista y por tanto las implicaciones que de todo ello se deriva en su esfera interna.

Considerando una vez más el citado Convenio de 1956 el art. 17 del mismo nos dice que el transportista es responsable de la pérdida total o parcial o de la avería que se produzca entre el momento de la toma en carga de la mercancía y el de la entrega, así como del retraso en la entrega. El transportista está exonerado de esta responsabilidad si la pérdida, avería o retraso ha sido ocasionado por culpa del que tiene derecho sobre la mercancía o por una instrucción de éste no res resultante de una acción culposa del transportista, por vicio propio de la mercancía o por circunstancias que el transportista no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir.

Esta responsabilidad tiene una limitación en el valor de la mercancía siempre que haya sido declarada tal y como expone el art. 24 del citado convenio: "El remitente puede declarar en la Carta de Porte contra el pago de suplemento del porte a convenir entre las partes, un valor de la mercancía superior al límite establecido en el párrafo 3 del art. 23, y, en este caso, el montante declarado sustituirá aquel límite". Lo cual tiene su razón de ser tanto en el precio del porte como en cuanto a las medidas que al respecto específicas deban tomarse por el transportista. Aporta la actora a estos efectos el documento 2 que dice ser un fax remitido a la cooperativa, dirigido a una tal Marga, pero que no ha acreditado haberlo enviado y que la contraria niega haberlo recibido. Efectivamente la facilidad probatoria lo es de la actora quien aporta un documento que se dice fax pero ningún reporter o acreditación de su remisión en la fecha concreta. En dicho documento se especifica (y es el único) el valor específico de la mercancía y una referencia a tener cuidado de donde se descansa pero no puede ser valorado como prueba a su favor en virtud de lo señalado.

Pero sobre la carga y el especial cuidado (que no así de su valoración) sí que tenía conocimiento el transportista dado que tanto en la carta de porte como en su denuncia ante la policía italiana se pone de manifiesto que conocía la existencia de una carga de 300 televisiones. Aunque el transportista no tiene porqué conocer el valor de los mismos (y aunque pudiera realizar una valoración intuitiva de la carga) lo que sí es evidente es que el producto pueda ser atractivo en un momento dado para los amigos

de lo ajeno. El propio transportista recoge en la denuncia que se trata de televisores de plasma y por lo tanto que conocía la carga que le fue – según señala– sustraída.

El informe pericial aportado y ratificado pone de manifiesto la zona en donde paró para realizar– según él– el paro de 45 minutos. La versión dada por el conductor en la denuncia realizada ante la policía italiana y la versión dada en su interrogatorio no coinciden. En la primera señala que la agresión– con algún tipo de spray– se produce mientras subía a la cabina; en la versión en declaración dice que sucede cuando estaba frente a la cabina realizando necesidades fisiológicas. Manifestó en el acto de juicio que le dieron un traductor por teléfono.

La aplicación del 17.2º como causa de exoneración, invocada, no parece aplicable al supuesto. Que se trata de fuerza mayor parece ser el criterio seguido (y no el caso fortuito) generalmente por la doctrina y la jurisprudencia encuadrando el robo en aquel supuesto. La ausencia de referencia alguna al requisito de la imprevisibilidad, esencial al instituto de la fuerza mayor y el desconocimiento de dicho concepto en el derecho inglés (en donde se inspiró el Convenio CIM de 1952, precedente del CMR), ha llevado a algunos autores a afirmar que el 17.2º no se refiere a fuerza mayor y por tanto resultarían ajenos a dicha previsión supuestos con origen en el círculo interno del transportista. Sin embargo las SSTs 20 diciembre 1985, AP Valencia de 8 noviembre 1997, AP Zaragoza de 4 junio 1997 o AP Barcelona 9 noviembre 2000 y 9 mayo 2000 mantienen la fuerza mayor como supuesto.

[...]

2014-2015/119.– Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, Sentencia nº 268/2014, de 24 julio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jordi Lluís Forgas Folch JUR\2014\242553.

Transporte internacional de mercancías por carretera.– Pérdida de la mercancía transportada como consecuencia de un incendio en el camión que la transportaba.– Mercancía transportada a compradoras alemanas realizada en condiciones CIF.

Normas aplicadas: Arts. 17.2º y 18 Convenio de Ginebra de 19 mayo 1956 relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR).

[...]

(...)La parte demandada argumentó en su escrito de contestación la concurrencia de causa de exoneración de fuerza mayor. Esta alegación defensiva es la que combate en el segundo motivo de apelación la parte demandante. Al respecto debemos recordar que el sistema de responsabilidad del transportista acogido por el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), de aplicación al caso, similar al previsto en la normativa internacional reguladora de otros medios de transporte, parte de la regla general de la presunción de incumplimiento si no entrega la mercancía en destino en las mismas condiciones en la que la recibió. Para exonerarse de dicha responsabilidad el transportista debe probar alguna de las causas que la norma detalla en el art. 17.2º y la carga probatoria se la atribuye el art. 18 del convenio.

(...) Dispone el art. 17.2º que el porteador podrá exonerarse de responsabilidad si acredita que el siniestro obedeció “ a circunstancias que no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir “. De la propia literalidad del recepto se advierte que el concepto no constituye una mera descripción del concepto tradicional (el de Ludwig Enneccerus) de fuerza mayor al que alude la sentencia de la primera instancia y repiten ambas partes en sus escritos en esta alzada pues, en su inciso final, el precepto no sólo permite la alegación de circunstancias externas sino también internas a la esfera del transportista. De ello se desprende que el precepto se refiera no sólo a la inevitabilidad de las circunstancias concurrentes sino también a la de sus consecuencias. Y, asimismo, a diferencia del art 1105 Cc, no hace falta que se trate de un hecho imprevisible pues basta que sea inevitable, sin perjuicio de recordar que, tratándose de un hecho previsible, sea más evitable.

El reproche de la norma convencional internacional se dirige no tanto al conductor del vehículo porteador sino al propio porteador en cuanto sujeto de la relación jurídica que se regula en aquella para que se adopten las medidas oportunas para evitar el riesgo.

(...) En el caso, la concurrencia de fuerza mayor que, a tenor del art. 17.2º Convenio CMR, exoneraría de responsabilidad a la transportista demandada no ha resultado acreditada. Como puso de relieve la sentencia apelada, la parte demandada reconoció la existencia del incendio y la pérdida total de la mercancía pero no su responsabilidad por los daños acontecidos atendida esa causa exonerativa. En el informe de averías realizado por la entidad MacAndrews y que fue acompañado junto al escrito de demanda como doc. 2 (que además fue ratificado por sus firmantes en el acto del juicio), señaló que la causa del incendio no pudo determinarse por nadie ya que “... los mecánicos no han tenido tiempo de investigar el motivo concreto del fuego y les ha sido imposible conocer la causa real” y que “no se puede afirmar que la causa del incendio fuera el turbo-alimentador”.

(...) Por otro lado, en el doc. 1 de la contestación de la demanda, consistente en copia de la carta remitida en fecha 11 agosto 2008 y expedida por Kravag Verisicherungen AG (aseguradora de la transportista efectiva, Monika Hennebölh), señala que en fecha 31 octubre 2007 fue totalmente renovada la unidad de turbocompresor del vehículo que realizó el transporte, llevándose a cabo en un taller autorizado, así como que el vehículo que sufrió siniestro fue revisado según ITV marzo 2008.

(...) Ello sólo revela que no se han podido determinar cuáles fueron las causas que provocaron el incendio que derivó en la pérdida total de la mercancía transportada pues el hecho de que el vehículo cumpliera debidamente con los estándares de seguridad en el momento de realizar el transporte debe reputarse una circunstancia normal en el quehacer de un profesional del transporte. En este sentido debe entenderse que la parte demandada ha infringido, como alega la parte apelante, la carga que le impone el art. 18.1º del Convenio CMR “La prueba de que la pérdida, la avería o la mora ha tenido por causa uno de los hechos previstos en el art. 17, párrafo segundo, incumbe al transportista” y por ello debe considerarse no acreditada debidamente la concurrencia de fuerza mayor exonerante, esto es, no se ha probado la inevitabilidad requerida en la norma convencional internacional en la producción del siniestro, por lo que debe responder de los daños causados en las mercancías transportadas y por ello debe estimarse tanto la demanda como el recurso de apelación.

[ZURICH ESPAÑA CÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. / TRANSNATUR S.A.]

RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AÉREO

2014-2015/120.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, Sentencia nº 125/2014, de 21 abril de 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González. AC/2014\978.

Transporte aéreo internacional.- Responsabilidad: existencia.-Sustracción de objetos de maletín de caza: acreditación del contenido.- Criterio de razonabilidad: no se prueba actuación dolosa de los dependientes de la transportista.- Aplicación de límites de responsabilidad del Convenio de Montreal: falta de justificación en la sustracción y deterioro de los objetos transportados.- Exclusión de la limitación de responsabilidad del transportista.

Normas aplicadas: Art. 22.2º Convenio de Montreal de 28 mayo 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional; Protocolo de la Haya de 28 septiembre 1955, que modifica el Convenio de Varsovia; art. 25 Convenio de Varsovia de 12 octubre 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional.

[...]

(A) efectos de la indemnización prevista en el art. 22, ap. 2, del Convenio de Montreal, incumbe a los pasajeros interesados, bajo el control del juez nacional, acreditar de forma suficiente en Derecho el

contenido del equipaje perdido, así como el hecho de que el equipaje facturado a nombre de un pasajero contenía efectivamente los objetos de otro pasajero que viajaba en el mismo vuelo. A este respecto, el juez nacional puede tener en cuenta el hecho de que esos pasajeros sean miembros de una misma familia, hayan comprado sus billetes conjuntamente, o que se hayan presentado a facturación al mismo tiempo.

Los hechos objeto de las presentes actuaciones se inscriben en un curso razonable de acontecimientos, en contraste con las pruebas a las que nos hemos referido, que permite tener por acreditado el contenido del maletín de caza, especialmente en relación a elementos accesorios empleados al efecto.

[...]

El tercer motivo del recurso se refiere a la afirmación de la sentencia relativa a la sustracción de los objetos por el personal de tierra, forzando las bisagras.

Considera la recurrente que no existe prueba alguna de este hecho. No consta que el maletín fuera forzado y abierto y mucho menos puede imputarse un delito al personal de tierra, puesto que el arma estuvo retenida en Sudáfrica y retornó a España el día 13 octubre 2007, lo que impide apreciar dolo alguno de dichos dependientes. De esta forma sería aplicable el límite de responsabilidad previsto en el art. 22.2º del Convenio de Montreal (mil derechos especiales de giro), por lo que solo cabría admitir la indemnización de 850 euros por la pérdida de la maleta y 1.000 derechos especiales de giro por el maletín de caza.

El escrito de oposición se remite a las pruebas que tuvo en consideración la sentencia. En primer lugar, de la declaración del agente de la Guardia Civil y del encargado de la armería Argali se desprende que no era posible que los objetos salieran por el boquete que tenía el maletín del arma y que debió ser abierto por las bisagras.

Por otra parte, el que el arma estuviera retenida en Sudáfrica no es más que una mera manifestación de la demandada. El hecho de la facturación acredita que el estuche estaba en perfectas condiciones, puesto que de otro modo hubiera sido rechazado.

El estuche fue entregado a la Intervención de Armas de la Guardia Civil y fue reconocido en presencia del actor apreciándose la manipulación de las bisagras.

La sustracción de objetos del maletín solo pudo producirse mientras estaba bajo la custodia de la transportista. El maletín además estaba identificado con el símbolo del transporte de armas ("ZZ"), lo que obligaba a la transportista a extremar la precaución.

No se facilitó explicación de las causas del extravío del equipaje, ni de las actuaciones realizadas para localizarlo y también fue extraviado el equipaje de sus acompañantes.

Añade que, en atención a lo expuesto, la manipulación del estuche y la sustracción de objetos constituye un acto doloso.

Valoración del Tribunal.

Debemos destacar en primer lugar que la sentencia valora correctamente la prueba relativa a la sustracción misma y al modo de producirse la sustracción de los objetos del maletín de caza, pues acude a la declaración del agente de la Guardia Civil que examinó y entregó el maletín, que señala que había unos plásticos en la zona de las bisagras levantados por lo que es posible que el maletín hubiera sido abierto por las bisagras de su parte inferior. Por otra parte, la declaración del encargado de la armería "Argali", D. Benigno, corrobora este hecho. El maletín no era susceptible de reparación, como acredita el presupuesto de la armería citada (doc. 26 de la demanda). El testigo examinó el maletín de caza y, como destaca la sentencia recurrida, declara que el daño del maletín era un boquete que permitía ver parte de su contenido desde el exterior, pero era difícil sacar el visor por dicho boquete e imposible sacar los prismáticos, añadiendo que parecía que el maletín había sido forzado por las bisagras de la parte trasera.

En consecuencia, debemos entender acreditado que la sustracción de los objetos se produjo forzando el maletín.

Sin embargo, debemos descartar que nos encontremos ante un supuesto de exclusión de los límites establecidos en el Convenio de Montreal por actuación dolosa de los dependientes de la transportista, dado que no se acredita tal actuación de los dependientes, lo que no puede entenderse más que como una simple hipótesis. Por otra parte, no pueden determinarse las circunstancias concretas en que se hubiera producido la sustracción de objetos, lo que impide que por ello, sin más, puedan superarse los límites de responsabilidad, atendiendo a los criterios estrictos fijados por el Convenio de Montreal. En el caso de otros convenios, como el CMR, también hemos señalado que la sustracción de la mercancía no permite por esa sola circunstancia superar los límites de responsabilidad. No olvidemos además que en el ámbito de la responsabilidad por culpa es el actor quien debe acreditar la concreta acción u omisión del transportista que lleve a excluir la aplicación de los límites de responsabilidad.

Nos referiremos a continuación a los límites de responsabilidad del transportista previstos en el Convenio de Montreal, aplicable al caso.

El art. 22 del Convenio de Montreal, relativo a los límites de responsabilidad respecto al retraso, el equipaje y la carga, establece en su ap. segundo que, en el transporte de equipaje, la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso se limita a 1.000 derechos especiales de giro por pasajero (posteriormente fue elevada dicha cifra), a menos que el pasajero haya hecho al transportista, al entregarle el equipaje facturado, una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino, y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello.

Y el párrafo 5 del mismo precepto añade que las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de no se aplicarán si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, con intención de causar daño o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño; siempre que, en caso de una acción u omisión de un dependiente o agente, se pruebe también que éste actuaba en el ejercicio de sus funciones.

Como hemos señalado en otras ocasiones (sentencia 12 junio 2009):

En cualquier caso, merece la calificación de actuación negligente que durante la custodia del equipaje, embarque o desembarque, el mismo se extravíe, pero ello no puede equipararse sin más a una actuación intencional (dolosa) por parte de la empresa transportista pues, a falta de prueba de lo contrario, resultaría, mas bien, una desafortunada incidencia, debido a un mal funcionamiento del servicio por parte de la demandada. De ahí a poder construir un reproche de actuación intencional o equiparable a ella media un trecho importante que no puede salvarse sino cuando se acredite no sólo el daño sufrido, sino también la actuación dolosa que exige la ley para excepcionar el régimen de limitación de responsabilidad.

Por tanto no puede equipararse el simple hecho del extravío del equipaje, debido a un mal funcionamiento del servicio por parte de la demandada, que desafortunadamente puede ocurrir por el trasiego masivo de personas, equipajes o mercancías que efectúan las compañías aéreas, con algo muy distinto, como lo sería una actuación intencional o temeraria por parte de la empresa transportista que en este caso no habría razón para apreciar. La entidad demandada extravió el equipaje en unas circunstancias que no revelan, a falta de prueba de lo contrario, dolo directo ni eventual. No existe, a diferencia de lo que considera la Juez a quo, resquicio para la imputación de dolo ni temeridad en su actuación, sin perjuicio de la responsabilidad contractual que le incumbe por la propia pérdida de la maleta, sujeta a la indicada limitación legal.

Por otro lado, el hecho de que la demandada no hubiese sabido explicar a la parte actora cómo pudo ocurrir exactamente la desaparición del equipaje tampoco podría considerarse determinante de la inoperancia del límite de responsabilidad referido. Porque el dolo que pudiera excluir la limitación de la responsabilidad del porteador sería el que mediase al tiempo de la pérdida de la cosa transportada, careciendo de incidencia en ello la ineficiencia demostrada a posteriori en la gestión de la ulterior reclamación del cliente.

No obstante quedaría por apreciar la concurrencia de una actuación del transportista con “temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño” en el sentido que dispone el art. 22.5º del Convenio de Montreal.

El citado precepto del Convenio de Montreal tiene su precedente en el Convenio de Varsovia.

El originario art. 25 del Convenio de permitía la exclusión del límite de responsabilidad en caso de dolo o de faltas que, con arreglo a la Ley del Tribunal que entiende en el asunto, se considerasen como equivalentes al dolo.

Se utiliza en consecuencia el presupuesto del dolo o de la culpa equiparable para dar lugar a la exclusión de los límites de responsabilidad.

En la interpretación de este precepto se siguieron dos criterios distintos según se entendiera si la expresión “dolo o culpa equivalente” presentara naturaleza conjuntiva o disyuntiva. El primero, atendiendo a los trabajos preparatorios, consideraba que solo el dolo daba lugar a la exclusión. La culpa equivalente sería de aplicación exclusivamente en los ordenamientos anglosajones, que carecían de un concepto de “dolo” tal y como lo entienden los ordenamientos continentales (“wilful misconduct”). En la doctrina se ha destacado sobre este concepto que la superación del límite de responsabilidad va más allá de la existencia de culpa grave, “... is neither ordinary negligence, nor even gross negligence; it is something more” (Dempsey, Paul Stephen, “Carrier Liability for Loss Damage of International Air Freight: Plaintiffs and Defendants’ Elements of Proof”, *Annals of Air Space Law*, vol. XXIX, 2004, p. 134).

Lo cierto es que en los trabajos preparatorios, ante la oposición de Gran Bretaña a la inclusión de este concepto o de la “culpa grave”, por ausencia de tal institución, se adoptó como solución la denominada “culpa equivalente”, como fórmula admisible en los diversos ordenamientos, tanto continentales como del common law.

El segundo criterio interpretativo sostuvo que si la *lex fori* equiparaba el dolo con algún tipo de negligencia, ésta tendría la misma eficacia que el dolo para superar los límites de responsabilidad. Esta tesis resultó mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia comparada. Ciertamente no deben desdeñarse los riesgos de atomización en la interpretación del Convenio que esto comporta.

El Protocolo de La Haya de 1955 introdujo una nueva expresión luego también empleada por el Protocolo de Montreal nº Cuatro:

“Los límites de responsabilidad previstos en el art. 22 no se aplicarán si se prueba que el daño es resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes con intención de causar el daño o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño”. (Art. 25 CV en la redacción del Protocolo de la Haya de 1955)

Estos términos (intención de dañar o temeridad consciente) se trasladan finalmente al Convenio de Montreal, como hemos visto.

La concurrencia de una culpa equiparable al dolo fue el concepto aplicado por el Tribunal Supremo en relación a la superación de los límites de responsabilidad, ya bajo la vigencia del Protocolo de la Haya de 1955, en su sentencia de STS 10 junio 1987, relativa al transporte aéreo de mercancías. Y es que se ha destacado que la modificación introducida (culpa equivalente v. temeridad consciente) simplemente intentaba solventar los problemas aplicativos que resultan de la diversidad de sistemas normativos, sin que represente un auténtico cambio de criterio sobre los presupuestos de superación de los límites de responsabilidad. Se trata en definitiva de un sistema basado en la culpa del porteador, apreciada con especial rigor, que debe ser acreditada por quien pretende la superación del límite.

La citada sentencia se refiere al transporte de mercancías, y considera que los límites citados deben ser superados atendiendo a las circunstancias concretas del transporte. La sentencia de instancia sostenía que la compañía aérea había incurrido en temeridad, aplicando el Convenio de Varsovia, modificado por el Protocolo de La Haya de 1955. El Tribunal Supremo se refiere a la existencia de culpa asimilable al dolo como “grado de culpa” apreciable atendiendo a diversas circunstancias:

1.º El elevado valor de la mercancía, era conocido, al comienzo de la custodia según la relación de hechos probados. 2.º Falta una notificación formal de la llegada de la mercancía. 3.º La mercancía estuvo, al menos, desde enero a abril, en los almacenes. 4.º No aparece en el inventario de agosto, según la Compañía, sin que tal desaparición se notifique hasta que fue reclamada en octubre. 5.º No se siguen diligencias por esta desaparición. 6.º Dos años después, aparecen diligencias penales y despidos laborales relativos a varios empleados de la Compañía por diversas apropiaciones indebidas de objetos almacenados, circunstancia relevante, que es oportuno resaltar al enjuiciar el hecho. 7.º Entre las medidas de vigilancia que manifiesta la compañía condenada, no figura ninguna de comprobación periódica de bienes en custodia, ni de las que, en caso de desaparición de objetos, lleve a cabo usualmente.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 junio 1998, se refiere a estas mismas expresiones, y se remite de nuevo a la Sentencia 10 junio 1987:

Las disposiciones reguladoras de los arts. 22 y 25 del Convenio ponen de relieve que el límite de responsabilidad que contemplan no puede beneficiar al porteador si el daño producido proviene por dolo suyo o de faltas consideradas como equivalentes a dolo, lo que supone una clara remisión al supuesto del art. 1107 del Código Civil y, a su vez, la imposibilidad de hacer extensivo al caso los supuestos de culpa o negligencia comprendidos en el 1104 de dicho texto legal, a no ser que el descuido revistiera características tan relevantes y especiales que cupiera asimilar el grado de culpa al dolo, tal y como se reconoció en la Sentencia 10 junio 1987, y siendo de decir sobre la figura del dolo que, a tenor de la reiterada doctrina de la Sala, no se presume y constituye, por otro lado, una cuestión de hecho que corresponde declarar a los Juzgados y Tribunales. Lo acabado de comentar resulta aplicable a la modificación introducida en el art. 25 del Convenio por el Protocolo de 28 septiembre 1955, que alude a una acción u omisión del transportista o sus dependientes, con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño, toda vez que la exigencia de semejante elemento de intencionalidad o de temeridad rebasa con creces la simple noción de culpa o negligencia y comporta, más bien, un acontecer de índole doloso, y en todo caso, requeriría la prueba de su concurrencia, como se apostilla en la modificación. (énfasis añadido).

Se trataba también de un transporte de mercancías, con aplicación del Convenio de Varsovia en su modificación introducida por el Protocolo de la Haya. Las circunstancias que se apreciaron en este caso no exceden de la mera negligencia derivada de la "falta de justificación de la causa de la pérdida de uno de los bultos". Tal ausencia de justificación no basta para superar los límites de responsabilidad.

Nuevamente nos encontramos con referencias al grado de culpa y a las faltas equivalentes al dolo, de manera que la superación de los límites de responsabilidad, aplicando ya los mismos términos empleados luego en el Convenio de Montreal, supone la existencia no de cualquier negligencia, sino un descuido de características especiales y relevantes, que rebasa la simple noción de culpa, y aunque luego menciona un acontecer doloso indudablemente ello se relaciona con la denominada culpa equivalente, no con la superación de los límites en función exclusivamente del dolo o el dolo eventual, puesto que la noción de dolo eventual ya se incluye en la doctrina tradicional del Tribunal Supremo relativa al concepto de dolo y previamente la sentencia se ha referido a la anterior noción del Convenio de Varsovia, en su redacción inicial, de culpa equivalente.

Estas interpretaciones se han justificado por la práctica imposibilidad para el pasajero de demostrar el dolo (incluyendo el dolo eventual) del transportista o de sus dependientes, de manera que en supuestos en los que al menos existiría una grave negligencia se permite superar los límites de responsabilidad. Se trata de evitar que el transportista resulte beneficiado.

Vemos en definitiva que se mantiene un criterio interpretativo sobre los mismos presupuestos que la redacción inicial del Convenio de Varsovia, atendiendo al grado de culpa y a las circunstancias que acrediten debidamente, en el caso concreto, la concurrencia de un grado de culpa tal que se equipare al dolo.

Se ha considerado también que este criterio sería aplicable de manera excepcional a este ámbito, sin que suponga de forma general equiparar la culpa grave al dolo y asentar un criterio sobre esta polémica doctrinal relacionada con las graduaciones de la culpa y sobre la vigencia en el Código civil de la máxima culpa lata dolo aequiparatur.

El dolo se contempla en el Código Civil como el incumplimiento consciente y voluntario de la obligación surgida a consecuencia de la perfección del contrato y, no se circunscribe, exclusivamente, a la intención de dañar, sino que comprende la de infringir la norma, equivaliendo, por ello, a la mala fe. Sobre esta base el Tribunal Supremo (STS 20 diciembre 1991, entre otras) consideró dolosamente queridos los resultados que sin ser intencionalmente perseguidos, aparecieran como consecuencia necesaria de la acción, de manera que se incluía en aquel concepto el denominado dolo eventual, como un supuesto de dolo que se aproxima a la culpa consciente o culpa con representación, conceptos próximos, pero no equiparables. Basta por lo tanto para entender doloso el incumplimiento que el infractor sea consciente de que el daño será consecuencia de su acción, aunque no lo persiga intencionalmente y, pese a ello, consienta en llevar a cabo la misma. En principio, como regla general, esto no supone identificar el dolo con la culpa lata.

A favor de la equiparación entre dolo y culpa lata se pronuncian las SSTs 18 noviembre 1983, 18 marzo 1991 y 13 julio 1995. En contra, las SSTs 10 de junio y 27 julio 1998 nos dicen que la culpa, aun en su forma más grave de culpa lata, no puede ser equiparada, en cuanto a sus efectos, al dolo.

Sin embargo, en lo que aquí interesa, que es el transporte aéreo internacional, la superación del límite de responsabilidad, según hemos visto, se ha efectuado sobre la concurrencia de una culpa grave (consciente o no). En el Derecho interno la equiparación de dolo y culpa grave se aprecia en la Ley de Navegación Aérea (STS 22 septiembre 2005), si bien sobre la base de que el propio legislador contempla estos conceptos, sin mayor distinción, en el art. 121 de la Ley. No obstante, no debemos olvidar que se trata de aplicar una norma convencional que no debe ser atomizada sobre la base de la aplicación de las normas internas de cada Estado parte.

Se reitera el antes mencionado criterio interpretativo en dicho ámbito del transporte aéreo en la STS 18 julio 2008, en relación a la redacción del Convenio de Varsovia modificada por el Protocolo de La Haya de 1955. Se trata de un porteador que prescinde de las instrucciones referidas a la conservación de carga:

“[...] las cosas han perecido por la falta de la diligencia adecuada del transportista. La sentencia recurrida entendió que existió temeridad en el tratamiento de la mercancía al hacer caso omiso de las instrucciones que aparecían claramente en el conocimiento y en el embalaje, por lo que impuso la responsabilidad más allá de los límites establecidos en el entonces vigente art. 22 del Convenio de Varsovia, aplicando el art. 25 del citado Convenio.”

La falta de diligencia adecuada, atendiendo a las circunstancias del caso, se considera como un supuesto de temeridad. La sentencia contempla la ruptura de los límites de responsabilidad del Convenio de Varsovia si se prueba “la concurrencia de dolo o la temeridad en el transportista”. Como vemos, en realidad se sigue aplicando el criterio relativo al grado de culpa.

El art. 20 del Convenio establece una presunción de culpa del transportista, pero el dolo debe probarse por quien reclama, como aquí ha ocurrido, puesto que si existen unas instrucciones relativas al tratamiento de una mercancía que tiene unas determinadas características y no se siguen las instrucciones, la consecuencia lógica es entender que las cosas han perecido por la falta de la diligencia adecuada del transportista. La sentencia recurrida entendió que existió temeridad en el tratamiento de la mercancía al hacer caso omiso de las instrucciones que aparecían claramente en el conocimiento y en el embalaje, por lo que impuso la responsabilidad más allá de los límites establecidos en el entonces vigente art. 22 del Convenio de Varsovia, aplicando el art. 25 del citado Convenio. (énfasis añadido)

Y la STS 18 julio 2011 permite mantener la misma conclusión, puesto que se remite a las SS 20 de junio 1998 y 18 julio 2008 y reproduce expresamente lo ya señalado por la primera. Destaca esta sentencia que “en modo alguno puede reprocharse a los pilotos de la demandada una actuación dolosa ni temeraria”. Lo que exige, en definitiva, son faltas equivalentes al dolo, entendidas como temeridad.

Los términos de “actuación intencional” o “temeraria” se han aplicado a los conceptos de “dolo” o “culpa grave” respectivamente (SSTS 22 diciembre 2008 y 22 junio 2009, entre otras).

Como vemos, el Tribunal Supremo ha superado el límite de responsabilidad sobre el presupuesto de la culpa grave o temeridad, sin incidir especialmente en la representación del resultado.

Sin embargo, de las citadas resoluciones se desprende la necesidad de que concurren concretas acciones u omisiones del porteador, debidamente acreditadas, que determinen, atendiendo a las circunstancias del caso, la existencia de temeridad. Al parámetro de culpa debe seguirle una concreta acción u omisión y su prueba, que recae en el actor.

Es evidente que el transporte de armas obliga al transportista a extremar el cuidado que debe prestar en la custodia, pero este parámetro para apreciar el grado de culpa no se conecta con otra actuación u omisión que no sea la falta de justificación de la pérdida y de las averías en el equipaje, lo que no permite superar los límites de responsabilidad. No hay otras circunstancias que se acrediten convenientemente más allá de esa falta de justificación.

Como en la citada STS 20 junio 1998, lo apreciado no excede de la negligencia derivada de la “falta de justificación de la causa de la pérdida de uno de los bultos”. Es decir, lo único acreditado es que el daño producido carece de justificación.

La concurrencia de circunstancias especiales debidamente acreditadas para excluir el límite de responsabilidad ha sido también apreciada en los tribunales norteamericanos en relación al concepto de temeridad consciente del Convenio de Montreal (that the damage resulted from an act or omission of the carrier, its servants or agents, done with intent to cause damage or recklessly and with knowledge that damage would probably result [...]).

Así, en la sentencia Hutchinson v. British Airways, PLC (2009 WL 959542, E.D.N.Y.), de 6 abril 2009 (ATA, “The Liability Reporter”, 2010), el tribunal consideró que los daños sufridos por el equipaje de la mayoría de los pasajeros de ese vuelo se debían a que la compañía a sabiendas hacía funcionar su sistema de manejo de equipaje en un 25% por encima de su capacidad operativa. En consecuencia, su conducta debía ser tachada de temeraria al ser consciente de la mayor probabilidad de daños en el equipaje de los pasajeros.

Obsérvese que la superación de los límites de responsabilidad se efectúa a partir de una actuación (o más bien omisión) del transportista que se acredita convenientemente, y es que su capacidad operativa había quedado desbordada, y de este hecho se desprende un mayor grado de riesgo, generado por la específica actuación del transportista, de que el daño pueda producirse, dado que los equipajes no se pueden gestionar adecuadamente. Y tal acreditación sirve de presupuesto para superar el límite de responsabilidad.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa no se acredita otra circunstancia que la falta de justificación en la sustracción y deterioro de los objetos transportados, lo que no permite dar lugar sin más a excluir la limitación de responsabilidad del transportista.

El recurso debe ser estimado.

Respecto al límite de responsabilidad, por razones temporales no es aplicable la revisión a 1131 DEG efectuada a partir del 30 diciembre 2009 por pasajero en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso por lo que se refiere al transporte de equipaje.

No obstante lo expuesto, como quiera que la recurrente British Airways PLC asume abonar el límite aplicable en virtud del Convenio de Montreal y, además, el importe reclamado por la maleta perdida, a estas cantidades debemos someternos para fijar el total de la indemnización.

No cabe aplicación de intereses moratorios en cuanto la cantidad reclamada se vio reducida en la primera instancia y se estima el recurso para fijar la definitivamente adeudada en función de los límites de responsabilidad impuestos por el Convenio de Montreal, resultando razonable la oposición a la demanda formulada en su día.

[...]

2014–2015/121.–Audencia Provincial de Madrid, Sección Octava, Sentencia nº 181/2014, de 6 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique García García, JUR\2014\245433.

Transporte aéreo internacional.– Responsabilidad: improcedencia.– Denegación de embarque imputable a la demandante por no cumplir los requisitos de facturación.– Caducidad de acciones: art. 35 del Convenio de Montreal: plazo de prescripción y no de caducidad.

Normas aplicadas: Arts. 33 y 35 Convenio de Montreal de 28 mayo 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional; art. 29 Convenio de Varsovia de 12 octubre 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional; Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 febrero 2004.

[...]

La responsabilidad exigible al transportista con arreglo al régimen previsto en el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 mayo 1999, está sujeta a la necesidad de que el derecho que dicha normativa confiere sea ejercitado en un determinado plazo (en concreto, dos años, según el art. 35 de dicha norma internacional). Este tribunal ya se ha pronunciado en el sentido de que el plazo previsto en el Convenio de Montreal es de caducidad (SS AP Madrid 8ª 22 junio 2011 y 8 febrero 2013). Los razonamientos que nos llevaron a sostenerlo así son los siguientes:

“Frente a la Sentencia dictada se alza el recurso alegando en primer lugar que el plazo previsto en el art. 35 del Convenio de Montreal es un plazo de prescripción, con cita de alguna resolución que ha asumido dicho criterio frente al de caducidad.

En relación a este aspecto basa la parte apelada su oposición en el hecho de que el Convenio de Montreal no pretende sino refundir y armonizar el Convenio de Varsovia y textos conexos, y nuestra jurisprudencia ya reconoció que el plazo para el ejercicio de las acciones de indemnización en el transporte aéreo previsto en el art. 29 del Convenio de Varsovia era un plazo de caducidad. Añade que la versión inglesa de ambos preceptos, el art. 29 del Convenio de Varsovia y el art. 35 del Convenio de Montreal, es idéntica y se refiere a la Tribunal de Justicia (Sala Tercera) Sentencia de 6 mayo 2010, as. C–63/09 sobre el término “daño” en las distintas versiones lingüísticas del Convenio de Montreal. Concluye refiriéndose a las reglas interpretativas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en su art. 31 establece que para la interpretación habrá de tenerse en cuenta “toda forma pertinente de Derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” y en su art. 33.3º señala que se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido (...).

(...) Hay que destacar también que resulta inviable la aplicación del régimen de prescripción de acciones Cc a los supuestos comprendidos en el ámbito del Convenio de Montreal. Aunque las acciones ejercitadas fuesen de naturaleza extracontractual, el art 29 CM establece que toda acción de indemnización, cualquiera que sea la causa en que se funde, solo podrá iniciarse con sujeción a las condiciones y límites de responsabilidad previstos en el Convenio (...).

(...) El principal de los argumentos utilizados para sostener que el Convenio de Montreal contempla un plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones indemnizatorias es el tenor literal del art. 35 CM, en el que, frente a lo dispuesto en el art. 29 del Convenio de Varsovia, se ha suprimido la referencia a la consideración del plazo como de caducidad.

En primer lugar debemos analizar los cambios operados en su conjunto, porque la supresión del término “caducidad” no es la única modificación operada frente al anterior art. 29 CV.

El tenor literal del art. 29 CV es el siguiente:

“Art. 29. 1. La acción de responsabilidad deberá intentarse, bajo pena de caducidad, dentro del plazo de dos años, a partir de la llegada a su destino o del día en que la aeronave hubiere debido llegar o de la detención del transporte.

2. La forma de efectuar el cálculo del plazo se determinará por la Ley del Tribunal que entiende en el asunto”.

Por su parte el art. 35 CM establece lo siguiente:

Art. 35. Plazo para las acciones.

1. El derecho a indemnización se extinguirá si no se inicia una acción dentro del plazo de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino o la del día en que la aeronave debería haber llegado o la de la detención del transporte.

2. La forma de calcular ese plazo se determinará por la ley del tribunal que conoce el caso.

Hay que observar que, además de la ausencia de la anterior mención a la caducidad, el texto del nuevo art. 35 CM ya no se refiere a la “acción de responsabilidad” sino que lo que contempla es un plazo de “extinción del derecho”. De seguir la interpretación de un Convenio internacional conforme a parámetros internos, distinguiendo entre caducidad y prescripción, lo cual no es aceptable, habría que reconocer también que la modificación es relevante y nos remite de nuevo a la existencia de un plazo de caducidad, pues tiene lugar la caducidad cuando la ley o la voluntad de los particulares señalan un término fijo para el ejercicio de un derecho de modo que, transcurrido el plazo, se produce automáticamente o ex lege su “extinción” por el mero transcurso del tiempo (SSTS 27 abril 1940, 24 junio 1968, 26 diciembre 1970, 22 mayo 1990, 12 febrero 1996 y 26 septiembre 1997).

En consecuencia, vemos que la consideración del plazo como de prescripción atendiendo a la supresión del término “caducidad” no tiene en cuenta todo el tenor literal del art. 35 CM, sino solo una supresión, sin apreciar la nueva redacción del precepto en su conjunto.

Sin embargo, podemos comprobar que el tenor literal del art 29 CV en su versión inglesa y el tenor literal de su versión española no eran coincidentes.

El texto inglés del art. 29 CV era del siguiente tenor:

Article 29

1. The right to damages shall be extinguished if an action is not brought within two years, reckoned from the date of arrival at the destination, or from the date on which the aircraft ought to have arrived, or from the date on which the carriage stopped.

2. The method of calculating the period of limitation shall be determined by the law of the Court seized of the case.

Contempla, por lo tanto, un plazo de extinción del derecho a ser indemnizado.

A su vez el art. 35 CM no ha cambiado en su versión inglesa en relación al art. 29 CV. Dice así:

Article 35 – Limitation of actions

1. The right to damages shall be extinguished if an action is not brought within a period of two years, reckoned from the date of arrival at the destination, or from the date on which the aircraft ought to have arrived, or from the date on which the carriage stopped.

2. The method of calculating that period shall be determined by the law of the court seized of the case.

En consecuencia, es posible apreciar que el nuevo art. 35 CM en su versión española se ha adaptado a la versión inglesa, evitando las diferencias entre ambas versiones, en el precepto equivalente – art. 29 CV–, existentes bajo la vigencia del Convenio de Varsovia. Por lo tanto, la modificación del texto en su versión española respecto a Varsovia tiene un alcance muy distinto del que se pretende, y la comparación de textos auténticos del Convenio de Montreal –a los efectos previstos en el art. 33.4º del Convenio de Viena– no revela una diferencia de sentido en el extremo que nos ocupa, dada la adaptación de la versión española a la versión inglesa.

En segundo lugar, ya hemos señalado que la norma convencional, aplicable a Estados tan diversos como China, Qatar, los Estados Unidos de América, Perú o Pakistán, por poner algunos ejemplos, no puede interpretarse adaptándola al Derecho interno, fijando plazos como de prescripción o de caducidad, refiriéndose a la habitual aplicación en el Derecho español de plazos prescriptivos a las acciones indemnizatorias, o poniendo como ejemplo los plazos de prescripción de la Ley de Navegación Aérea (por cierto, mucho más breves). En todo caso la interpretación debe efectuarse conforme a las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (arts. 31 y 32).

Para la interpretación del Convenio de Montreal resulta especialmente relevante el análisis de los criterios jurisprudenciales elaborados en relación al Convenio de Varsovia. No olvidemos además que la entrada en vigor del Convenio de Montreal de 1999 no suprime el sistema derivado del Convenio de Varsovia de 1929, aunque la ratificación del primero por los principales países que participan en la aviación comercial dará lugar a su práctica desaparición. De hecho, el Reglamento (CE) 809/2002 destaca que el Convenio de Varsovia seguirá coexistiendo con el Convenio de Montreal durante un tiempo indeterminado.

Al respecto se ha señalado que el nuevo Convenio de Montreal no introduce cambios significativos en relación al anterior Convenio de Varsovia. Así se ha venido destacando en la doctrina científica en diversos países. (M. Milde, "Warsaw System – from Requiem to Resurrection", *Aviation Quarterly*, [1998–1999], pp. 1–17.; G. Capaldo, "Contrato de transporte aéreo de pasajeros y equipajes" (o el nihil novum sub sole del Convenio de Montreal de 1999), *El Derecho*, 2001). De hecho, los tribunales han venido aplicando al Convenio de Montreal los criterios ya fijados en relación al Convenio de Varsovia, como ha ocurrido en los Estados Unidos de América. Así se contempló en *Paradis v. Ghana Airways Ltd*, 348 F. Supp. 2d 106, 111 (S.D.N.Y. 2004) sobre "unlimited liability"; en *Baah v. Virgin Atlantic Airways Ltd*, 473 F. Supp. 2d 591 (S.D.N.Y. 2007) sobre "personal injuries"; en *Watts v. American Airlines Inc*, 2007 WL 3019344 (S.D. Ind. Oct. 10, 2007) sobre "accident"; en *Kruger v. United Airlines Inc.*, 481 F. Supp. 2d 1005 (N.D. Cal. 2007) sobre "emotional distress"; en el propio caso *Duay v. Continental Airlines Inc.*, S.D. Tex. Dec. 21, 2010 sobre "statute of limitations", con cita de *Onwuteaka v. Northwest Airlines, Inc*, 2007 (S.D. Tex. May 10, 2007), destacando la estrecha relación entre ambos convenios, de modo que la aplicación del Convenio de Montreal se efectúa interpretando sus preceptos con arreglo a la interpretación que los tribunales hacían de su predecesor, el Convenio de Varsovia.

El mismo TJUE (hoy Tribunal de Justicia, integrado, junto el Tribunal General –Tribunal de Primera Instancia– en el TCE y los Tribunales especializados, en sustitución de las Salas jurisdiccionales, en el TJUE), en su Sentencia de 6 mayo 2006, establece que el objeto del Convenio de Montreal es unificar las reglas relativas al transporte aéreo internacional y sus términos deben ser objeto de una interpretación uniforme y autónoma, no obstante los diversos sentidos que se dan a los conceptos en los Derechos internos de los Estados Partes en dicho Convenio.

Precisamente el criterio mayoritario sostenido bajo la vigencia del Convenio de Varsovia era la consideración del plazo de dos años como un plazo no susceptible de suspensión. Durante la elaboración del Convenio de Varsovia se decidió fijar un plazo de tal naturaleza a fin de evitar la heterogeneidad en la aplicación del Derecho interno, entre otras razones (*Kahn v. Trans World Airlines, Inc.*, N.Y. S. 2d, 1981 "[...] the delegates to the Warsaw Convention expressly desired to remove those actions governed by the Convention from the uncertainty which would attach were they to be subjected to the various tolling provisions of the laws of the member states"), lo que se reitera en otras muchas resoluciones, *Fishman by Fishman v. Delta Air Lines, Inc.*, 132 F.3d 138, 144 (2nd Cir. 1998; *Castro v. Hinson*, 959 F. Supp.160, 163 (E.D.N.Y. 1997); *Fishman v. Delta Air Lines, Inc.*, 938 F. Supp. 228, 230 (S.D.N.Y.1996); *Royal Ins. Co. v. Emery Air Freight Corp.*, 834 F. Supp. 633, 636 (S.D.N.Y. 1993); *Kahn*,443 N.Y.S.2d at 87; *Husmann v. Trans World Airlines, Inc.*, 169 F.3d 1151, 1154 (8th Cir. 1999).

En consecuencia, no hay ninguna justificación para concluir que el mismo plazo previsto en el Convenio de Montreal, sobre la misma versión inglesa, que no ha sufrido cambios, pase ahora a ser un plazo susceptible de suspensión, cuando el objetivo del Convenio de Montreal es esencialmente unificador de la normativa existente con anterioridad, sin que se hubiera pretendido establecer cambios signi-

ficativos y, especialmente, cuando la finalidad de rechazar la suspensión del plazo es precisamente evitar la heterogeneidad que derivaría de la aplicación de las normas internas de los muy diversos Estados Partes, con las variantes más insospechadas. Es a partir de esa consideración como plazo no susceptible de suspensión cuando podemos adaptar esta conclusión a nuestros presupuestos procesales, no al contrario.

En la actual aplicación del Convenio de Montreal en otros países, como los Estados Unidos de América, se mantiene que el plazo fijado por el art. 35 CM no es susceptible de suspensión (*Onyekuru v. Northwest Airlines and KLM Royal Dutch Airlines*, N.D. III, Sept. 14, 2007; *Dickson v. American Airlines, Inc.*, N.D. Tex. 2010; *Duay v. Continental Airlines Inc.*, S.D. Tex. Dec. 21, 2010: “las diversas disposiciones de suspensión de los Estados miembros serían contrarias al objetivo de la política de la Convención de Montreal de lograr la uniformidad de las normas que rigen las demandas de transporte aéreo”) y se destaca como objetivo del Convenio de Montreal la necesidad de lograr uniformidad en su aplicación, de manera que atender a la suspensión de los plazos en función de la legislación de cada Estado Parte desvirtúa por completo dicho objetivo, concluyendo que el texto del Convenio resulta perfectamente claro en cuanto el periodo de dos años para solicitar cualquier indemnización, establecido como condición previa, no puede resultar desvirtuado por la aplicación de criterios suspensivos (*Dickson v. Am Airlines, Inc.*).

Por otro lado la remisión en la forma de calcular el plazo a la *lex fori* ya se encontraba prevista en el art. 29 CV, que contemplaba un plazo de caducidad (mejor dicho, un plazo no susceptible de suspensión) de manera que no comporta un criterio de determinación de la naturaleza de ese plazo, sino de su cómputo, en nuestro caso del cómputo de un plazo sustantivo –puesto que se refiere a la propia extinción del derecho– establecido por años. Así han aplicado los tribunales las diferencias que puedan existir en cuanto al cómputo de plazos por años bajo la vigencia del Convenio de Varsovia (*SAP Madrid 14ª 1 junio 2006*, sobre día final inhábil), manteniendo el criterio consolidado de considerar que se trataba de un plazo de caducidad, o no susceptible de suspensión. Precisamente el inicio del plazo, al ser de extinción del derecho, no se fija en función de cuándo pudo ser ejercitada la acción, sino a partir de la llegada a destino (o del día en que debería haber llegado o de la detención del transporte).

Por último, ya hemos señalado particularmente inapropiadas las interpretaciones de normas convencionales internacionales bajo los parámetros del Derecho nacional de cada Estado, como es resolver si el plazo es o no suspensivo en función del tipo de acciones a las que en España se aplica la prescripción, o la equiparación de la naturaleza del plazo establecido en el Convenio de Montreal para las reclamaciones por daños a la Ley de Navegación Aérea.”

De manera que habiendo transcurrido, en el caso que aquí nos ocupa, un lapso temporal superior a dos años al momento de interponerse la demanda, sin que fuese el mismo susceptible de interrupción, la caducidad había consumado su efecto, tal como sostiene la resolución apelada.

El recurso se sostiene, no obstante, que la demandante también fundó su reclamación en el derecho a la compensación que se prevé en el Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 febrero 2004, por el que se establecen las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en el caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Constatamos que, en efecto, así era. De manera que debemos analizar si a lo que pudiera dar cobertura dicha reclamación, que no lo sería a todo lo pedido en la demanda sino sólo a lo que permite exigir dicha normativa, le sería o no aplicable, ya que en el Reglamento nada se explicita en cuanto al plazo para la reclamación, el límite temporal previsto en el Convenio de Montreal.

El Tribunal de Justicia (UE) en su sentencia de 22 noviembre 2012 se pronunció en el sentido de que el régimen del Reglamento 261/2004, que regula un sistema estandarizado e inmediato de reparación de los perjuicios derivadas de las molestias que ocasionan los retrasos y cancelaciones de los vuelos, es autónomo con respecto al previsto en el Convenio de Montreal (arts. 19 y 35), por lo que no hay que estar al enjuiciar sobre acciones ejercitadas al amparo del derecho de compensación de los arts. 5 y 7 de la primera de dichas normas internacionales a la regulación sobre el plazo para ejercicio de acciones establecida en la segunda de ellas sino a la normativa propia de cada Estado miembro.

En consecuencia, no podemos considerar oponible, al menos en lo que respecta al ámbito de la cobertura del Reglamento 261/2004, la caducidad del modo que ha apreciado la sentencia apelada que a lo que se ha ceñido ha sido a la aplicación del plazo del art. 35 del Convenio de Montreal.

No obstante, eso no significa que podamos estimar, ni tan siquiera parcialmente, la demanda. Porque, ya que la desestimación, siquiera en parte, de la excepción antes estudiada, nos obliga a enjuiciar directamente el fondo del litigio en esta segunda instancia, hemos de recordar que la compañía aérea demandada alegó en la primera instancia que en la página web de Delta existía información sobre el número de bultos y el peso límite que podía portar el pasajero y también adujo que la demandante no se presentó al embarque en las condiciones requeridas.

Lo cierto es que se ha justificado, mediante la documental aportada por la demandada, que la compañía aérea ofrecía información suficiente y comprensible, en un soporte accesible al público, sobre los requisitos que debía cumplir el equipaje (número de maletas admitidas, dimensiones y peso, así como los cargos aplicables por exceso en ello). Luego la pasajera debería haberse presentado a la facturación cumpliendo los mismos o en disposición de pagar lo correspondiente si pretendía excederse en los límites aplicables.

Sin embargo, según se desprende del propio relato de los hechos que efectúa la demandante, en el control de pesaje su equipaje arrojó un exceso, por lo que fue requerida para que pagase el cargo correspondiente o se atuviese al límite correspondiente. La actora declinó la primera posibilidad y optó por la segunda, por lo que se retiró del control de facturación para efectuar la operativa que tuvo por conveniente (al parecer desprenderse de parte del contenido de la maleta). Cuando volvió a presentarse en la facturación se le informó de que, dada la hora que era, el vuelo ya había sido cerrado y no podía proporcionársele la tarjeta de embarque. No consta con certeza, aun dando por buena la versión de la actora sobre lo ocurrido (pese a que tampoco hay ningún dato objetivo que la avale), el tiempo que hubiese transcurrido entre la primera y la segunda comparecencia a facturación de la misma, pero sí nos resulta revelador el que ella hiciera constar “las 11 AM” en el epígrafe “fecha, hora y lugar exacto de la incidencia” de la hoja de reclamaciones que presentó ante AENA ese mismo día (...), cuando la hora prevista para la salida del vuelo era la de las 11,20 (...). El margen existente es llamativo por irrazonablemente escaso para que un pasajero pudiera tener la pretensión de facturar y poder llegar luego a tiempo de presentarse en el embarque. Es más, según consta en las manifestaciones vertidas en sus reclamaciones por la propia pasajera, ella se quejó de que desde la compañía aérea le habían insistido en que debía darse prisa ante la incidencia surgida, lo que refuerza nuestra convicción de que fue la demandante la que creó una situación para la que finalmente no hubo solución.

Conforme al art. 3.2º.a Reglamento 261/2004 para que pudiera invocarse la cobertura de dicha norma resultaba indispensable que el pasajero se hubiese presentado a facturación en las condiciones requeridas y a la hora indicada previamente (bien la que se le hubiese señalado por escrito –inclusive por medios electrónicos– o de no habérsele indicado horario, con una antelación mínima de cuarenta y cinco minutos respecto de la anunciada para la salida).

Pues bien, no podemos considerar que mediase en el presente caso una denegación de embarque que pudiera justificar la exigencia de una compensación al amparo del Reglamento (CE) n.º 261/2004, pues cuando finalmente la pasajera se presentó a facturación cumpliendo los requisitos procedentes para el equipaje ya no se atenía entonces a las exigencias temporales previstas en la mencionada norma. Tal incidencia le resulta plenamente imputable a la propia demandante, siendo la única responsable de los inconvenientes que de ello pudieron derivarse para el viaje que tenía proyectado. No cabe que pretenda exigir por ello una indemnización a cargo de la compañía aérea, pues no fue ésta, sino aquélla, la que no se atuvo al cumplimiento de sus obligaciones.

En consecuencia, la íntegra desestimación de la demanda, aunque lo sea por razones sólo en parte coincidentes con las señaladas en la resolución recurrida, fue una decisión acertada. Es por ello que el recurso, en atención al principio de la igualdad de resultado, debe ser desestimado.

[...]

2014-2015/122.- Audiencia Provincial de Madrid, Sección Octava, Sentencia nº 55/2015, de 20 febrero 2015. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco AC/2015/544.

Transporte aéreo internacional.- Transporte aéreo de personas .- Responsabilidad: improcedencia.- Ejercicio de la acción está sujeto al plazo de dos años previsto en el art. 35 del Convenio de Montreal.- Convenio de Montreal, versión inglesa, que no ha sufrido cambios, pase ahora a ser un plazo susceptible de suspensión.- Convenio de Montreal objetivo unificador de la normativa existente con anterioridad.- Imposibilidad de aplicar el régimen de prescripción de acciones del Código Civil a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio de Montreal.

Normas aplicadas: Arts. 29 y 35 Convenio de Montreal de 28 mayo 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional; art. 29 Convenio de Varsovia de 12 octubre 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional; Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 febrero 2004.

[...]

El principal de los argumentos utilizados para sostener que el Convenio de Montreal contempla un plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones indemnizatorias es el tenor literal del art. 35 CM, en el que, frente a lo dispuesto en el art. 29 del Convenio de Varsovia, se ha suprimido la referencia a la consideración del plazo como de caducidad.

En primer lugar [vid. supra, la sentencia anterior, AEDIPr 2014-2015/121]

[...]

17.- Idéntica suerte merece el segundo de los descargos de los recurrentes apuntado en líneas precedentes. El art. 3.1º Reglamento (CE) 2027/97, tras la redacción impuesta por el Reglamento (CE) 889/2002, establece que “la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del Convenio de Montreal relativas a dicha responsabilidad”. Indiscutido que la empresa que se ocupó del transporte en el caso que nos ocupa merece la consideración de “compañía aérea comunitaria”, tal como aparece definido este concepto en el art. 2.1º Reglamento (CE) 2027/97, modificado por el Reglamento (CE) 889/2002, debemos concluir que el marco normativo de resolución de la presente contienda está constituido por el CM.

18.- Por su parte, el art. 29 CM, prescindiendo de la calificación que merezcan en cada caso concreto (“... sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa...”), somete todas las acciones de indemnización de daños surgidas en el ámbito del transporte de pasajeros, de equipaje y de carga a un régimen procesal y sustantivo uniforme, estableciendo, literalmente, que una acción de ese tipo, cualquiera que sea la causa en que se funde, “solo podrá iniciarse con sujeción a condiciones y límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio”.

19.- Queda patente, por tanto, la imposibilidad de aplicar el régimen de prescripción de acciones del Código Civil a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del CM.

20.- No podemos cerrar este capítulo sin observar que razones de congruencia nos impiden abordar la cuestión relativa a la sujeción de la acción ejercitada al socaire del art. 7 del Reglamento 261/2004 al particular régimen que, en punto al plazo para el ejercicio de acciones, establece el CM. No solo porque en el recurso se plantea la cuestión únicamente a propósito de la acción amparada en la normativa general en materia de contratos, sino porque son los propios apelantes los que marcan un límite infranqueable al sostener que el plazo para el ejercicio de la acción derivada del Reglamento 261/2004 es el señalado en el art. 35 CM (página 5 del recurso).

[...]

21.– Los apelantes señalan que las posiciones encontradas de los tribunales en relación con la caracterización del plazo establecido en el art. 35 CM permiten hablar con fundamento de la existencia de dudas de derecho que provocan la entrada en juego de la excepción contemplada en el último inciso del art. 394.1º LEC .

[...]

CRÓNICA DE DERECHO INTERTERRITORIAL

Coordinación de RAFAEL ARENAS GARCÍA y Albert FONT I SEGURA

Comentarios de

Rafael ARENAS GARCÍA
Ricardo ESTEBAN LEGARRETA

José ANTONIO FERNÁNDEZ AMOR
Albert FONT I SEGURA

Miguel GARDEÑES SANTIAGO

NOTA INTRODUCTORIA

Los aspectos que van a ser objeto de nota en la selección de resoluciones judiciales españolas dictadas en el año 2014 se refieren a la aplicación directa de la ley correspondiente a la vecindad civil, que lleva a cabo Albert Font i Segura, para poner de manifiesto que en ocasiones los tribunales españoles ignoran el sistema de resolución de conflictos internos de leyes para aplicar directamente la ley española que se corresponde con la vecindad civil de la persona afectada, con los problemas que ello puede suscitar; con carácter conjunto. A continuación, Rafael Arenas se ocupa del tratamiento jurisprudencial de las crisis matrimoniales y las relaciones paterno-filiales. Albert Font i Segura trata el tema clásico del Derecho interterritorial como son las sucesiones vinculadas a distintos Derechos civiles españoles. La relación entre pluralidad de derechos civiles españoles y prestaciones de seguridad social es abordado desde dos perspectivas distintas por Miguel Gardeñes Santiago, quien trata del régimen de las prestaciones de la Seguridad Social para el conviviente supérstite; y por Ricardo Esteban Legarreta, quien comenta la jurisprudencia en materia prestaciones sanitarias. José Antonio Fernández Amor se ocupa de ciertas cuestiones tributarias que se encuentran también vinculadas a la pluralidad de Derechos civiles en España. Por último, Albert Font i Segura realiza un comentario conjunto de aquellas sentencias que están en la frontera común del Derecho internacional privado y el Derecho interterritorial, esto es, aquellas sentencias en que se aplica uno de los Derechos civiles españoles a un supuesto internacional, poniendo de manifiesto la endeble articulación existente en nuestro ordenamiento entre uno y otro sistema de conflicto de leyes –el internacional y el interno–.

Como en anteriores ediciones, se puede comprobar cómo algunas de las sentencias son comentadas en diferentes apartados, proporcionando así distintas perspectivas y argumentos que permiten analizar los problemas de Derecho interterritorial en todos sus perfiles. En cualquier caso, los coordinadores de la Crónica han querido dejar testimonio de las complejidades y dificultades que afloran en la aplicación del sistema de Derecho interterritorial. La reproducción de los fundamentos de Derecho contenidos en las resoluciones y las notas redactadas por los distintos autores permiten revisar de nuevo la práctica española en la materia y las reflexiones aportadas por la doctrina.

APLICACIÓN DIRECTA DE LA LEY CORRESPONDIENTE A LA VECINDAD CIVIL

Albert FONT I SEGURA *

1. En ocasiones la práctica jurisprudencial española continúa manteniendo un enfoque extremadamente simplista para la resolución de los supuestos interregionales, sin que por ello deje de ser un planteamiento eficiente y acertado en el resultado. En efecto, puede comprobarse en las sentencias que son objeto de esta nota cómo la determinación de la ley española aplicable al supuesto litigioso se resuelve con una aplicación directa de la vecindad civil. La ley así designada no se aparta de lo previsto en la norma de conflicto correspondiente. La solución parte de un planteamiento conforme al cual los supuestos interregionales se resuelven con la aplicación de la vecindad civil del sujeto afectado, o de los sujetos implicados. La aplicación directa de la vecindad civil se sostiene en el art. 14 Cc que parte de la vecindad civil como mecanismo de sujeción personal de los españoles a alguno de los Derechos civiles coexistentes en España. El planteamiento se ve refrendado con una lectura sesgada del art. 16 Cc cuando,

* Profesor titular de DIPr. Universitat Pompeu Fabra.

ignorando la remisión a las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Cc para resolver los conflictos internos de leyes, se considera aisladamente la particularidad 1ª del ap. 1 del art. 16 Cc (“Será ley personal la determinada por la vecindad civil”).

Esta aproximación puede correr cierto riesgo de no corresponderse con la ley designada por la norma de conflicto. En efecto, la conexión prevista en la norma de conflicto no es siempre la nacionalidad –a sustituir por la vecindad civil–. Pese al pórtico previsto en el art. 9.1º (“La Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por la nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”) se constata a continuación que aunque en general existe un claro predominio de la nacionalidad como punto de conexión preferentemente empleado, el legislador ha previsto otros puntos de conexión. Así puede comprobarse en el art. 9.2º, 9.7º o 107.2º Cc, donde se incluye también la residencia habitual, el lugar de celebración del matrimonio o la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación.

Es verdad que en muchas ocasiones basta con aplicar la ley de la vecindad civil, como sucede en la SAP Barcelona 27 junio 2014, *ROJ*: SAP B 6195/2014, en la que podía haberse aplicado la ley de la vecindad civil del marido a los efectos de un matrimonio celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la CE, pero no se introduce esta cuestión por vía de reconvencción y, para no generar indefensión, se acaba aplicando la legislación civil catalana. Igualmente, en la SAP Castellón 15 abril 2014, *ROJ*: SAP CS 449/2014, se centra en la vecindad civil del contrayente varón para fijar el régimen económico de un matrimonio celebrado en 1976. Resulta mucho más claro referirse a la norma de conflicto en cuestión, especialmente cuando ésta contiene como punto de conexión a la vecindad civil de más de una persona, como sucede con la norma de conflicto actualmente en vigor relativa a los efectos del matrimonio (art. 9.2º Cc). Pero, aun así, no siempre se alude a la norma de conflicto correspondiente. Por ejemplo en la SAP Almería 25 junio 2014, *ROJ*: SAP AL 501/2014, se aplica el régimen de separación de bienes balear por la vecindad civil de los contrayentes, sin precisar que esta aplicación se debe a la conexión empleada en el art. 9.2º Cc. Lo mismo sucede en la SA Tarragona de 11 julio 2014, *ROJ*: SAP T 798/2014 en la que se aplica el Cc estatal al régimen económico matrimonial al poseer vecindad civil común cuando contrajeron matrimonio en Zumaia y mantener esta vecindad civil al inicio del pleito.

2. En otros ámbitos, como la responsabilidad parental, también es preciso aludir a la norma correspondiente (art. 9.4º Cc) porque la vecindad civil de los menores puede no ser la misma, lo que plantearía una extraña aplicación dispar de la responsabilidad parental. Por ello es conveniente también aplicar la norma de conflicto. Sin embargo, lo usual es que los menores posean la misma vecindad civil, como se pone de manifiesto en la SAP Barcelona 7 enero 2014, *ROJ*: SAP B 572/2014 en la que se aplica la legislación catalana por ostentar los menores la vecindad civil catalana. Un caso aparte en el ámbito de la responsabilidad parental, al que cabe incluir aquí las obligaciones alimenticias, son algunas de las resoluciones dictadas por tribunales con sede en la Comunidad Valenciana en las que se establece si es o no de aplicación la Ley 5/2011 de la Comunitat Valenciana, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (*BOE*, 25-IV-2011) que determina su aplicación en función de la vecindad civil valenciana de los menores. Así, pueden citarse SAP Valencia 10 noviembre 2014, *ROJ*: SAP V 5145/2014; la SAP Alicante 15 julio 2014, *ROJ*: SAP A 2321/2014 y la SAP Castellón 7 julio 2014, *ROJ*: SAP CS 877/2014. Las dos últimas sentencias referidas son interesantes por la contradicción en la que entran. Mientras que en la primera se presume la posesión de la vecindad civil valenciana por haber nacido tanto los progenitores como el hijo común en la provincia de Alicante y no invocarse la vecindad civil común, en la segunda no se aplica la Ley 5/2011 porque esta ley no se ha invocado y nada se ha intentado alegar ni probar sobre su vecindad civil.

3. En materia de sucesiones también es usual la referencia a la vecindad civil del causante en el momento de fallecer sin cita del art. 9.8º Cc, basta considerar la SAP Logroño 7 abril 2014, *ROJ*: SAP LO 232/2014 en la que está en juego la aplicación de la ley navarra o del CC como consecuencia de una adquisición simulada de la vecindad civil navarra sucesión; la SAP Zaragoza 11 febrero 2014, *ROJ*: SAP Z 166/2014 donde la cuestión que está en juego en el litigio –la computación de las donaciones en la masa hereditaria– se resuelve en aplicación de la ley catalana debido a la vecindad civil del causante o

la SAP Valencia 15 enero 2014, *ROJ*: SAP V 11/2014 cuyo objeto litigioso es la prescripción de la acción de reclamación de la legítima, que se resuelve aplicando el Cc al no proceder la aplicación del plazo de 5 años previsto en el Código del Derecho foral de Aragón debido a la vecindad civil común del causante. Todo ello no impide destacar la relevancia que tiene la vecindad civil en el sistema de Derecho interregional y las consecuencias que ésta puede tener para la resolución de un caso vinculado a distintos Derechos civiles españoles, tal como se demuestra también el ATS 11 febrero 2012, *ROJ*: ATS 734/2014, aunque el TS no se pronuncia por inexistencia de interés casacional.

4. El criterio de la territorialidad, por sí solo, es también un instrumento sobre el que se basan tribunales con sede en Cataluña para la aplicación de la legislación catalana con el art. 14.1º EAC y el art. 11.3.1 CCCat como soporte jurídico. En este sentido, la SAP Barcelona 11 diciembre 2014, *ROJ*: SAP B 13460/2014 en la que se aplica la legislación catalana a los efectos de una crisis matrimonial al no constar la vecindad civil de los litigantes, residentes en distintas Comunidades Autónomas –Cataluña y Andalucía– y estar el domicilio familiar y la residencia de la demandada en Cataluña; la SAP Barcelona 27 noviembre 2014, *ROJ*: SAP B 13825/2014 en un litigio relativo a la guardia compartida en el que al no constar que los litigantes posean vecindad civil común, es de aplicación la legislación civil catalana; la SAP Barcelona 16 octubre 2014, *ROJ*: SAP B 12221/2014 relativa también a los efectos de un divorcio en el que, dada la vecindad civil catalana de todos los implicados, es de aplicación la legislación civil catalana en virtud de su territorialidad, pese a la residencia de la madre y de la hija en común en la provincia de Sevilla; la SAP Barcelona 3 julio 2014, *ROJ*: SAP B 7961/2014 en un caso de reclamación de alimentos en que es de aplicación la legislación civil catalana pese a la residencia de la madre y de los hijos en Álava, puesto que tanto los hijos como los progenitores son de vecindad civil catalana. El soporte es aquí de nuevo el principio de territorialidad presentes en el art. 14.1º EAC y del art. 11.3.1 CCCat, cuando lo que procedía era la aplicación de la norma de conflicto correspondiente, art. 9.7º Cc, aparte de que no debe dejarse de mencionar de que precisamente en este supuesto lo que se da es una aplicación extraterritorial, si es que realmente así puede calificarse, de la legislación catalana. Por el contrario, muy acertadamente, la SAP Barcelona 24 noviembre 2014, *ROJ*: SAP B 12911/2014 aplica la legislación civil catalana por indicación de los arts. 16 y 9.8º Cc, no por mor de la territorialidad prevista en el art. 11.3 CCCat, sino por la excepción que esta mismo precepto dispone respecto de las situaciones que deben regirse por el estatuto personal.

5. Cabe finalizar diciendo que si bien este planteamiento consistente en atender únicamente a la vecindad civil puede ser efectivo en el ámbito del Derecho de la persona, de familia o de sucesiones, no siempre lo es en el ámbito del Derecho patrimonial. Si bien es cierto que la pluralidad legislativa española y los conflictos de leyes que esta pluralidad genera se suscitan básicamente en los ámbitos materiales referidos anteriormente, también encuentra un hueco en el ámbito del Derecho patrimonial (derechos reales, obligaciones contractuales y obligaciones no contractuales). Los conflictos internos de leyes que puedan suscitarse en el ámbito patrimonial van a ser resueltos por normas de conflicto que utilizan criterios de conexión objetivos como el lugar de situación de los bienes, la ley elegida, la residencia habitual, el lugar de celebración del contrato o el lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven las obligaciones no contractuales. No hay que olvidar además que un eventual (e improbable, lamentablemente) cambio legislativo tornaría en absurdo el planteamiento efectuado, consistente en acudir únicamente a la vecindad civil de los implicados.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, Sentencia de 7 enero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pereda Gámez. <i>CENDOJ</i> SAP B 572/2014.

Derecho de visita.

Normas aplicadas: Arts. 236–4.2º CCCat, 233–12 CCCat.

[...]

2. La normativa aplicable

Los dos menores han nacido en Cataluña (...), de padres nacidos también en esta Comunidad Autónoma y residentes aquí, y aunque la madre nació en Pontevedra nadie ha puesto en duda su vecindad civil catalana a la hora de constituirse la relación paterno-filial, ni que los progenitores han residido siempre en Cataluña. Por tanto, el art. 160 Cc estatal no es aplicable al caso, sino el Código civil catalán, por razones de territorialidad y a falta de especificación de otro vínculo que permita suponer otra vecindad civil.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, Sentencia de 15 enero 2014. Ponente: Ilma. Sra. D^a María Fe Ortega Mifsud. CENDOJ SAP V 11/2014.

Sucesión.- Reclamación de legítima. – Prescripción.

Normas aplicadas: art. 14.5º Cc

[...]

El primer motivo de recurso de apelación se sustenta en cuanto al error en valoración de la prueba atacando la excepción de la prescripción acogida en la sentencia al aplicarle el art. 493.1º RD Legislativo de 22 marzo 2011 del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Código de Derecho foral de Aragón y que entró en vigor el 23 abril 2011 que establece que las acciones reguladas en este título (de la legítima) prescriben en el plazo de 5 años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad y para la aplicación de dicho precepto la juzgadora concluye que los causantes tenían la vecindad civil foral. Examinadas las actuaciones no se comparte la fundamentación en orden a la vecindad civil foral sino que se concluye con que ambos causantes tenían la vecindad civil común y para ello basta la aplicación del art. 14.5º Cc [...].

Tribunal Supremo, Sección Primera, Auto de 11 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. CENDOJ ATS 734/2014.

Sucesión.- Determinación vecindad civil.- Fraude de ley

Normas aplicadas: Arts. 6.4º, 12.4º, 14 y 16 Cc.

[...]

Dada la fundamentación expuesta, no pueden acogerse las alegaciones que la parte recurrente realiza en escrito presentado ante esta Sala el 17 diciembre 2013, tras el trámite previo a esta resolución, el recurso incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 477.2, 3º y art. 483.2, 3º LEC, inexistencia de interés casacional, pues la resolución del problema jurídico planteado se ha resuelto atendiendo a las circunstancias fácticas del presente caso, esto es, cuando los padres de la Sra. Zulima muestran su voluntad de ostentar la vecindad civil de Navarra, la han perdido como consecuencia de la residencia continuada en territorio de derecho común, no habiéndose acreditado la residencia continuada durante más de diez años en territorio navarro, por ello, se privó al demandante, con los testamentos de los causantes, de sus derechos sucesorios.

Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, Sentencia de 11 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso. CENDOJ SAP Z 166/2014.

Sucesión.- Cálculo de la legítima.- Imputación de las donaciones.

Normas aplicadas: Arts. 451.5º y 451.8º CCCat

[...]

La sentencia de la instancia, partiendo de la vecindad civil catalana del causante, de la existencia de determinadas donaciones imputables a la legítima en tres de los cuatro descendientes del mismo, estimó la pretensión parcialmente únicamente respecto a D. Constancio, sin declaración sobre las costas del litigio.

Audiencia Provincial de Logroño, Sección Segunda, Sentencia de 7 abril 2014. Ponente: Ilma. Sra. D^a María del Puy Aramendía Ojer. CENDOJ SAP LO 232/2014

Sucesión.– Determinación de la vecindad civil.– Fraude de ley.

Normas aplicadas: art. 6.4º Cc.

[...]

Se comparten así las conclusiones del juez de instancia en orden a la adquisición fraudulenta de la vecindad civil navarra por parte de don Isidro y su esposa, quienes desarrollaron su vida personal y patrimonial en La Rioja, sin que llegaran a residir en Mendavia de forma estable y continua, en la forma precisa para adquirir la vecindad civil navarra, que no fue sino una ficción, articulada a través del empadronamiento en Mendavia, la compra de una vivienda en dicha localidad, y el cambio de domicilio fiscal, así como de la indicación en todo tipo de documentos públicos y privados como domicilio Mendavia, sin corresponder a su residencia efectiva, y todo ello para apartar a sus hijas de sus derechos hereditarios.

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Sentencia de 7 abril 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan. CENDOJ SAP T 798/2014

Divorcio.– Pensión compensatoria.

Normas aplicadas: art. 97 Cc

[...]

En primer lugar conviene señalar que, dadas las diferentes posturas respecto del Derecho aplicable, las partes contrajeron matrimonio el 3 mayo 1975 en Zumaia bajo régimen económico matrimonial de gananciales correspondiente a su vecindad civil común, que dicen mantener, lo que determina que el Derecho aplicable a este litigio sea el del Cc común.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 15 abril 2014. Ponente: Ilma. Sra. D^a Eloísa Gómez Santana. CENDOJ SAP CS 449/2014.

Régimen económico matrimonial.– Liquidación.

Normas aplicadas: art. 9.2º y 14 Cc; art. 225 RRC.

[...]

Partiendo de lo dispuesto en los artículos de aplicación 9 Cc, 14 Cc concretamente el ap. 3, 2º, el 320 Cc, y las propias ST del TS que cita el juez de instancia, en especial la de fecha 14 febrero 2002, que si bien declaró la inconstitucionalidad del art. 9.2º Cc, no le atribuyó efectos retroactivos respecto a los matrimonios celebrados con anterioridad a la promulgación de la Constitución en aras a proteger la seguridad jurídica.

Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, Sentencia de 25 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Contreras Aparicio. *CENDOJ SAP AL 501/2014.*

Régimen económico matrimonial.– Liquidación.

[...]

La demanda en su día interpuesta versaba sobre la declaración de derechos, liquidación del condominio y reclamación de cantidad. La interponía D^a. Elisa frente a D. Guillermo, con quien contrajo matrimonio el día 30 enero 2002 en San Lluís. Menorca. teniendo vecindad civil balear su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. Por sentencia dictada el día 8 julio 2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Almería, se declaró la disolución del matrimonio contraído entre ambas partes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 27 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. *CENDOJ SAP B 6195/2014.*

Separación.– Acción divisoria.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat

[...]

En atención a que en el momento de la demanda no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo, debe aplicarse el Derecho civil catalán a la pensión discutida en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat. Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, anterior al 1/1/2011, fecha de entrada en vigor del Libro II CCCat, la pensión se rige por el Codi de família de Catalunya (CF).

A mayor abundamiento, la determinación de la vecindad civil del marido al momento del matrimonio para determinar el régimen económico que lo ha regido es una cuestión no introducida por la demanda y excede el concepto de excepción a la petición del demandante, de manera que debió articularse por la vía de la reconvención. No habiéndolo hecho así, entrar en la cuestión conlleva indefensión del demandante, que no ha tenido trámite de contestación a esa nueva cuestión.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 3 julio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. *CENDOJ SAP B 7061/2014.*

Divorcio.– Responsabilidad parental.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat

[...]

Visto que la sentencia de primera instancia no cita la normativa que aplica a las medidas que adopta, debemos señalar que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda (pese a la residencia de la madre y los hijos en Álava, éstos y los progenitores son de vecindad civil catalana por nacimiento, art. 14.6º Cc estatal), y por tanto debe aplicarse el Derecho civil catalán en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.11º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, la materia está regida por el Libro II CCCat.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 7 julio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. *CENDOJ SAP CS 877/2014.*

Atribución uso vivienda familiar.– Alimentos.

Normas aplicadas: art. 96 Cc.

[...]

No se establece compensación alguna con base en la Ley Valenciana 5/11, ya que nada se ha alegado y pedido en función de dicha Ley, y ni siquiera se puede determinar a ciencia cierta que dicha Ley sea aplicable al caso que nos ocupa (las partes han prescindido completamente de dicha Ley en la fundamentación de sus pretensiones y contrapretensiones, y nada han intentado alegar y probar sobre su vecindad civil).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 15 julio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Pérez Nevot. *CENDOJ SAP A 2321/2014.*

Divorcio.– Responsabilidad parental.

Normas aplicadas: DT 2ª Ley de Relaciones Familiares de la Generalitat Valenciana; art. 14 Cc.

[...]

Determinación del régimen jurídico aplicable a las cuestiones litigiosas.

La primera cuestión que debemos resolver es de índole jurídica y consiste en determinar si resulta aplicable la Ley de Relaciones Familiares de la Generalitat Valenciana (Ley 5/2011), que el apelante considera flagrantemente vulnerada.

La LRFCV entró en vigor el día 5 mayo 2011 (DF 4ª). Por providencia del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 19 julio 2011, se acordó la suspensión de su vigencia, con efectos a fecha 4 julio 2011, al haberse interpuesto un recurso de inconstitucionalidad (recurso nº 3859/2011). No obstante, por auto de 22 noviembre 2011, el mismo Tribunal alzó la suspensión de su entrada en vigor, deviniendo aplicables sus preceptos. Entre los mismos, se encuentra la DT 2ª, que determina la aplicación de la ley “a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor”.

En el caso de autos, tanto los padres como el hijo común han nacido en la provincia de Alicante, según resulta de las certificaciones literales de matrimonio y nacimiento obrantes en autos (...). En ningún momento se ha alegado que ostenten la vecindad civil común, por lo que debemos concluir que ostentan la valenciana (art. 14 Cc). Dado que en el momento de dictarse la sentencia de primera instancia (6 junio 2013) se encontraba en vigor la LRFCV, debe resolverse la controversia litigiosa con arreglo a la misma (DT 2ª).

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 16 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. *CENDOJ SAP B 12221/2014.*

Divorcio.– Responsabilidad parental.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat.

[...]

Pese a que la demandada apelante y la hija común viven en Alcalá de Guadaira (Sevilla) desde la separación matrimonial en 2008, no ha transcurrido el plazo de adquisición de la vecindad civil común y

pérdida de la vecindad catalana por residencia y nacimiento respectivamente. El demandante tiene la vecindad civil catalana por residencia. Por ello, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda, debe aplicarse a las medidas discutidas el Derecho civil catalán en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º del Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat). No procede, por tanto, aplicar a las cuestiones controvertidas cumulativamente, como hace la sentencia apelada, las disposiciones del Código Civil estatal y las del Derecho civil catalán, que las regula completamente y que tiene su propio sistema de integración normativa. Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, la materia está regida por el Libro II CCCat, y no por el Codi de Família, como cita la sentencia de primera instancia.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 4 noviembre 2014. Ponente: Ilma. Sra. D^a Amelia Mateo Marco. CENDOJ SAP B 12911/2014.

Sucesión.– Causa de indignidad.

Normas aplicadas: art. 113.3º CCCat; art. 149.1.8 CE; arts. 16, 9.1º y 9.8º Cc

[...]

Efectivamente, la normativa aplicable al asunto de autos es la legislación catalana, pero no por mor de la eficacia territorial del Derecho civil de Cataluña que consagra el art. 113.3º CCCat, como se señala en la sentencia apelada, sino precisamente, en virtud de la excepción que ese mismo precepto establece para las situaciones que deben regirse por el estatuto personal.

El art. 149.8º CE establece que el estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: “8. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial”.

Por su parte, el art. 16 Cc dice: “1. Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

1º. Será ley personal la determinada por la vecindad civil .

Y, el art. 9 Cc establece en su ap. 1, que “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte “. Y, en el ap. 8: “la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren”.

En consecuencia, la ley aplicable al caso de autos es la Ley 10/2008, de 10 julio del libro cuarto del CCCat, relativo a las sucesiones, porque era la norma en vigor a la fecha del fallecimiento de Don Humberto, 31 julio 2010, que tenía vecindad civil catalana.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 10 noviembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. CENDOJ SAP V 5145/2014.

Alimentos.– Reducción.

Normas aplicadas: Arts. 91 y 146 Cc

[...]

Para decidir si procede o no la reducción de alimentos de los hijos al amparo de los arts. 91 y 146 Cc (no se considera probada la vecindad civil valenciana de los hijos, por lo que no se aplica la ley autonómica 5/2011 de 1 de abril), se tiene en cuenta que la cuantía pactada en el convenio regulador del divorcio, 350 euros al mes para los dos hijos, está próxima a la mínima necesaria para hacer frente a las atenciones más imprescindibles de los menores, [...]

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 27 noviembre 2014.
Ponente: Ilma. Sra. D^a María Dolores Viñas Maestre. CENDOJ SAP B 1340/2014.

Responsabilidad parental.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat.

[...]

La legislación aplicable no es el Cc sino el CCCat al no constar que los litigantes tengan vecindad civil común y en virtud de lo que dispone el art. 14 Estatut de Catalunya y 111.3º CCCat.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 11 diciembre 2014.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 134060/2014.

Divorcio.– Uso vivienda familiar.– Responsabilidad parental.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat.

[...]

La sentencia de primera instancia no dice qué derecho aplica. No constando la vecindad civil de los litigantes, y en atención a que ambos tienen residencias en sendas comunidades autónomas y que el domicilio familiar estaba en Cataluña, donde continúa residiendo la demandada, debe aplicarse a la medida discutida el Derecho civil catalán en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat. Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, la materia está regida por el Libro II CCCat.

CRISIS MATRIMONIALES, RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL

Rafael ARENAS GARCÍA*

1. Como es habitual, el mayor número de decisiones en materia de Derecho interterritorial se ocupan de cuestiones relativas a las crisis matrimoniales y a la regulación de las relaciones entre padres e hijos tras una ruptura conyugal o de pareja. Es lógico pues, como es sabido, las divergencias entre los diferentes Derechos privados españoles se concentran en la materia sucesoria (de la que se ocupa más adelante A. Font i Segura) y en el régimen económico matrimonial. Actualmente las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil han desarrollado también su legislación en materia de uniones equivalentes al matrimonio y también en lo que se refiere a la protección de menores y relaciones paternofiliales. Dado que tanto las relaciones patrimoniales entre los cónyuges como el régimen de guarda y custodia de los hijos tan solo se plantean judicialmente cuando existe una crisis matrimonial o de pareja o ha de resolverse sobre la sucesión no ha de extrañarnos que sean estas crisis de pareja (en sentido amplio) las que ofrecen un catálogo mayor de decisiones relevantes para el Derecho interterritorial.

* Catedrático de DIPr de la Universitat Autònoma de Barcelona.

A continuación nos ocuparemos de manera conjunta de veintitrés decisiones, algunas de las cuales ya han sido valoradas por A. Font i Segura en el ap. dedicado a la determinación del Derecho español aplicable mediante el recurso directo a la vecindad civil (SS AP Almería 25 junio 2014; Barcelona 27 junio 2014 y 16 octubre 2014; Castellón 15 abril 2014; y Tarragona 7 abril 2014). Aquí, sin embargo, nos centraremos en la relevancia de tales decisiones para la materia específica que nos ocupa con la intención de ofrecer una visión sintética de la actuación judicial en relación a las crisis matrimoniales y de pareja conectadas con varios Derechos españoles.

2. Entre los casos que nos ocupan hay algunos en los que la determinación del Derecho español aplicable precisa previamente la resolución de problemas específicos de DIPr; así la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles o la identificación del Derecho español como aplicable al caso (sobre esta última cuestión *vid. infra* A. Font i Segura, “Supuestos internacionales en los que debe determinarse el Derecho civil español aplicable”). Las cuestiones de competencia judicial internacional no inciden, al menos de forma directa, en la regulación de la articulación entre los diferentes Derechos españoles, pero conviene apuntar que nuestros tribunales aplican con naturalidad la normativa relevante de origen internacional. Así, en la S P Barcelona, Sección Decimosegunda, de 14 enero 2014 (CENDOJ ROJ SAP B 405/2014) se resuelve sobre la competencia de forma correcta mediante el recurso a los Reglamentos 2201/2003 y 4/2009, sin que el hecho de que los interesados fueran nacionales de Estados no miembros de la UE confunda al Tribunal, que es consciente de que los mencionados Reglamentos europeos no precisan para su aplicación que todas o alguna de las partes sean ciudadanos de la UE. En el mismo sentido *vid.* también la SAP de Barcelona, Sección Decimosegunda, de 30 diciembre 2014 (CENDOJ ROJ SAP B 14251/2014).

La determinación de la aplicación del Derecho español también se realiza con corrección, recurriendo cuando es preciso al Reglamento 1259/2010 (SAP Barcelona ya citada de 14 enero 2014: “Siendo la demanda posterior al 21 junio 2012, según el art. 8.a) del Reglamento UE 1259/2012, la ley aplicable al divorcio es la española” o al art. 107 Cc para demandas anteriores a la entrada en vigor de éste Reglamento (*vid.* SAP, Sección Decimosegunda, 21 febrero 2014 (CENDOJ ROJ SAP B 1166/2014: “Siendo la demanda anterior al 21 junio 2012 (y no aplicable todavía el Reglamento UE 1259/2010, según el art. 107.2º Cc estatal la ley aplicable al divorcio es la española por ser de nacionalidades diferente y la residencia común en España, y no por la ausencia de prueba del Derecho extranjero, como afirma la sentencia de primera instancia”). Los Tribunales españoles también distinguen entre la ley aplicable al divorcio, a la responsabilidad parental y a los alimentos (*vid.* SAP Barcelona, ya mencionada, de 14 enero 2014). Sobre la concreción del Derecho español aplicable a partir de la identificación del Derecho español me remito a la contribución de A. Font i Segura dentro de esta misma crónica.

3. En lo que se refiere ya a los supuestos internos en materia de crisis matrimoniales se observa que el problema básico al que se enfrenta la jurisprudencia es el de la determinación de la vecindad civil. En un supuesto de crisis matrimonial se plantean, aparte de la propia disolución del vínculo, cuestiones relativas al régimen de relaciones con los hijos de la pareja, la determinación de los alimentos debidos a los hijos, el establecimiento en su caso de pensión compensatoria a favor de alguno de los cónyuges, el reparto del patrimonio común y la fijación del uso de la vivienda familiar. La primera de estas cuestiones no da lugar a conflictos internos ya que las causas de disolución del matrimonio están reguladas por el Derecho estatal. El resto de problemas que surgen en el marco de un procedimiento de crisis matrimonial o de separación de pareja se encuentran regulados de forma diferenciada en algunos de los Derechos civiles españoles, por lo que se hace necesario identificar el Derecho aplicable dentro de los españoles, para lo que es necesario identificar la norma de conflicto relevante. Dado que la regulación conflictual descansa en buena medida en la conexión vecindad civil la determinación de esta vecindad es clave para la resolución del caso. Así, en concreto, en lo que se refiere a la identificación del Derecho rector de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. En muchos de los casos que aún son objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia resulta aplicable la norma de conflicto vigente hasta la entrada en vigor de la Constitución (29 diciembre 1978), de acuerdo con la cual el Derecho rector del régimen económico matrimonial era el determinado por la vecindad civil del marido (*vid.* SAP Castellón, Sección Segunda,

15 abril 2014, CENDOJ ROJ SAP CS 449/2014: “Partiendo de lo dispuesto en los arts. de aplicación 9 Cc, 14 Cc concretamente el ap. 3, 2ª, el 320 Cc y las propias sentencias del TS que cita el juez de instancia, en especial la de fecha 14 febrero 2002, que si bien declaró la inconstitucionalidad del art. 9.2º Cc, no le atribuyó efectos retroactivos respecto a los matrimonios celebrados con anterioridad a la promulgación de la Constitución en aras a proteger la seguridad jurídica”; *vid.* también SAP Barcelona, Sección Decimosegunda, 27 marzo 2014, CENDOJ, ROJ SAP B 2647/2014). A partir de aquí, la concreción del Derecho rector se hará a partir de la identificación de la vecindad civil del marido en el momento del matrimonio.

Esta identificación choca con la dificultad, ya señalada en crónicas anteriores (R. Arenas García, “La determinación de la vecindad civil: el talón de Aquiles del sistema español de Derecho interterritorial”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1174–1178) de la falta de reflejo registral de la vecindad civil, lo que plantea problemas con carácter general [*vid.* la SAP Barcelona 14 mayo 2014 (CENDOJ ROJ SAP B 5164/2014) donde se niega que haya de condenarse en costas dada la dificultad de determinar la vecindad civil de las partes: “no es menos cierto que no solo la apreciación teórica de la vecindad civil de las partes resultaba altamente compleja, sino que la determinación probatoria fue imprescindible a fin de delimitarla en el modo adecuado y convenientemente dilucidado en los razonamientos de la resolución”] y específicamente en aquellos casos en los que una persona se desplaza a un territorio que no es el de su vecindad originaria y se hace necesario determinar si en el momento de la celebración del matrimonio habían transcurrido o no los diez años de residencia que conducen al cambio de vecindad. Se da un problema específico cuando en los diez años de residencia pueden computarse los de la minoría de edad. Así, en la SAP Barcelona, Sección Decimosegunda, 12 febrero 2014 se ha de determinar la vecindad civil del marido en el momento de la celebración del matrimonio (1977) teniendo en cuenta que había nacido en Granada en 1950, se había desplazado a Cataluña en 1962 y había adquirido la mayoría de edad en 1971. El Tribunal expone las dudas existentes sobre la forma en que han de computarse los años de residencia durante la minoría de edad a efectos de la adquisición de vecindad civil por residencia de diez años y acaba concluyendo que tales años sí han de computarse, con lo que en el caso concreto el marido tenía la vecindad civil catalana en el momento de contraer matrimonio lo que, a su vez, conducía a que el régimen económico del matrimonio fuera el legal catalán de separación de bienes y no el de gananciales previsto por el Derecho denominado común. *Vid.* también en este sentido la SAP Barcelona, Sección Decimosegunda, 4 noviembre 2014 (CENDOJ ROJ SAP B 12279/2014) y la ya citada SAP Castellón, Sección Segunda, 15 abril 2014.

Si bien el criterio mayoritario de la jurisprudencia española es el de determinar el Derecho aplicable al régimen económico del matrimonio a partir de la vecindad civil del marido si el matrimonio se había celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, tal como hemos visto; existen decisiones que se apartan de este criterio. En esta Crónica recogemos la SAP Girona 1ª 10 junio 2014 (CENDOJ ROJ SAP GI 581/2014) en la que en el caso de un matrimonio en el que el marido, aparentemente, gozaba de vecindad civil aragonesa y la esposa de vecindad civil catalana, pese a que el matrimonio se celebró en 1964, se declara que el régimen económico del matrimonio es el determinado por el Derecho catalán por haber sido Cataluña el lugar de la primera residencia habitual del matrimonio tras la celebración; esto es, aplicando el art. 9.2º Cc en la redacción posterior al año 1991.

Las dificultades que plantea determinar el transcurso de los diez años de residencia a efectos de adquisición de la vecindad civil obligan a descansar en la presunción de vecindad civil del lugar de nacimiento (*vid.* SAP Sevilla, Sección Segunda, 29 septiembre 2014, CENDOJ ROJ SAP SE 3060/2014) o a negar que la duda sobre tal vecindad pueda ser planteada por vía distinta de la reconvencción (*vid.* SAP Barcelona, Sección Decimosegunda, 27 junio 2014, CENDOJ ROJ SAP B 6195/2014: “A mayor abundamiento, la determinación de la vecindad civil del marido al momento del matrimonio para determinar el régimen económico que lo ha regido es una cuestión no introducida por la demanda y excede el concepto de excepción a la petición del demandante, de manera que debió articularse por la vía de la reconvencción”).

4. La multiplicidad de cuestiones que se plantean en una ruptura matrimonial o de pareja exigen delimitar cuidadosamente el alcance de las diferentes normas de conflicto. No plantea excesivos problemas identificar el Derecho rector del régimen económico matrimonial, de acuerdo con lo previsto en los arts. 9.2º y 3º Cc y al que nos acabamos de referir; pero la identificación de tal Derecho no agota los problemas que se plantean en una separación de pareja. Así, el régimen de relaciones con los hijos es objeto de una conexión separada, así como el régimen de alimentos, pensión compensatoria y utilización de la vivienda habitual. Tal como ya ha indicado A. Font i Segura en esta misma crónica (“Aplicación directa de la ley correspondiente a la vecindad civil”) los tribunales tienen una cierta tendencia a descansar directamente en la coincidencia de las vecindades civiles de los distintos interesados para acabar concluyendo que tal Derecho ha de regir todas las cuestiones que se plantean en el litigio. Sí, además, no existen vínculos con más Derechos españoles, entonces el Derecho que así queda identificado se aplica directamente o por razón de territorialidad, tal como ya ha apuntado A. Font i Segura. En materia matrimonial se diferencia entre las distintas cuestiones que han de ser resueltas en el procedimiento de crisis matrimonial o de pareja. Así, en relación a ciertas cuestiones se aprecia que no existe vínculo significativo más que con un Derecho y se aplica éste directamente mientras que otros de los problemas abordados, que sí presentan conexiones con más de un Derecho, son objeto de un análisis más elaborado. Así, en la SAP Barcelona 27 junio 2014 que ya ha sido citada se diferencia entre la determinación del régimen económico del matrimonio (ya examinado en el párrafo anterior) y el resto de cuestiones propias del procedimiento de crisis matrimonial. Respecto a éstas se mantiene la aplicación del Derecho catalán en virtud de su carácter territorial (“En atención a que en el momento de la demanda no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo, debe aplicarse el Derecho civil catalán a la pensión discutida en virtud de su territorialidad, según los arts. 14 Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1º CCCat”). En el mismo sentido, *vid.* también SAP Barcelona 27 marzo 2014 (CENDOJ ROJ SAP B 2647/2014). En la SAP Barcelona, Sección Decimosegunda, 14 mayo 2014 (CENDOJ ROJ SAP B 4865/2014), en un supuesto que presenta conexiones con España y otros países se aplica el Derecho catalán por no presentar el caso más vínculos en España que con Cataluña y acudiendo al principio de territorialidad (“En atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda y, por el contrario, las conexiones personales según el art. 9.4º son con Cataluña, debe aplicarse el Derecho civil catalán a la medida discutida en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat”).

Esta tendencia a la utilización del argumento de la territorialidad de la norma alcanza también a supuestos en los que se reconoce que existen conexiones significativas con otros Derechos. *Vid.* SAP Barcelona 25 julio 2014 (CENDOJ ROJ SAP B 8003/2014) en la que se aplica el Derecho catalán a partir del principio de territorialidad pese a que los hijos afectados por la decisión residían en Andalucía (“En atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda, puesto que los hijos comunes (que residen en Jerez de la Frontera) no consta que hayan perdido la vecindad civil catalana, lo cual haría aplicable los arts. 9.4º y 9.7º Cc estatal, debe aplicarse a las medidas discutidas el Derecho civil catalán en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1º CCCat”). Vemos, pues, como se establece una vinculación no adecuada entre territorialidad y vecindad civil que, incluso aunque pase a través de la mención de las normas de conflicto aplicables (arts. 9.4º y 9.7º Cc) no resulta pertinente. Nos remitimos a lo tratado ya en crónicas anteriores sobre esta cuestión (*vid.* A. Font i Segura, “Territorialidad y extraterritorialidad en la aplicación de los Derechos civiles españoles”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 1145-1148).

La opción por una solución “directa” hurta en ocasiones el razonamiento preciso para acabar de perfilar las razones por las que se opta por la aplicación de un Derecho español u otro (*vid.* con más extensión sobre esto A. Font i Segura, “Aplicación directa...”, *loc. cit.*). Ahora bien, se deduce de las decisiones que comentamos que en el caso de las medidas de guarda respecto a los hijos se ha de tener en cuenta la vecindad civil de éstos (*vid.* entre otras la SAP Zaragoza, Sección Segunda, 21 enero 2014, CENDOJ ROJ SAP Z 53/2014), así como también en lo relativo a los alimentos que les sean debidos.

La pensión compensatoria que pueda reclamarse, sin embargo, se regirá por el Derecho aplicable al divorcio (*vid.* SAP Barcelona 27 junio 2014 ya citada; la de la misma Audiencia de 27 marzo 2014, CENDOJ ROJ SAP B 2647/2014; y la también SAP Barcelona 4 septiembre 2014, CENDOJ ROJ SAP B 9432/2014. Aparentemente se aparta de este criterio la SAP Girona, Sección Primera, 10 junio 2014, CENDOJ ROJ SAP GI 581/2014, quien cita para esta cuestión el art. 9.2º Cc).

En relación a las medidas respecto a los hijos hemos de tener en cuenta el problema particular que supone la aplicación de la Ley Valenciana 5/2011 sobre relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. La propia ley establece que se aplicará en los casos en los que el hijo tenga la vecindad civil valenciana; criterio que puede coincidir con el que prevé la norma de conflicto estatal (9.4º o 9.6º Cc) o internacional (Reglamento 2201/2003 o Convenio de La Haya sobre protección de menores); pero que también puede divergir de éste. En cualquier caso, dado el carácter de competencia estatal de la regulación de los conflictos de leyes, no resulta adecuado recurrir directamente a las previsiones de la mencionada Ley valenciana. Sin embargo, la jurisprudencia así lo hace. *Vid.* SSAP Alicante, Sección Cuarta, 31 octubre 2014, CENDOJ ROJ SAP A 3977/2014; de 5 diciembre 2014, CENDOJ ROJ SA A 4053/2014 (sobre la que tratará también A. Font i Segura, “Supuestos internacionales en los que debe determinarse el Derecho civil español aplicable”, en esta misma Crónica); y (Sección Novena) de 29 octubre 2014, CENDOJ ROJ SA A 3417/2014.

5. Merece un comentario específico la SAP Barcelona 14 mayo 2014 que ya hemos citado. En ella se resuelve sobre la prohibición de salida de España que limitaba las posibilidades de desplazamiento de una madre originaria de Perú y que tenía atribuida la guarda de su hija. Originalmente se había establecido dicha prohibición por la falta de arraigo en España de la madre, lo que hacía temer que pudiera aprovechar un desplazamiento a Perú para dejar allí a la niña. La Sentencia que comentamos revoca esta prohibición con el argumento de que la madre ya tiene arraigo en España al haber adquirido la nacionalidad española (al igual que su hija) y al tener otra hija en España con residencia en Barcelona y que se encuentra cursando estudios universitarios en nuestro país.

Merece la pena destacar que la prohibición inicial de desplazamiento no parecía excesivamente fundada si consideramos que Perú es parte del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y que, por tanto, en caso de que la menor no fuera devuelta a España tras un desplazamiento puntual podría ponerse en marcha el mecanismo del Convenio para conseguir su devolución.

6. De lo que hemos visto se deriva que la jurisprudencia española en materia de crisis matrimoniales y de pareja, y regímenes económicos matrimoniales en supuestos conectados con varios Derechos españoles se sigue enfrentando a las mismas dificultades que veíamos en Crónicas anteriores. La concreción de la vecindad civil sigue siendo una dificultad relevante en nuestro sistema y los tribunales descansan en exceso en el discutible principio de territorialidad de las leyes y en la utilización de soluciones intuitivas que no consideran de forma suficiente las normas de conflicto realmente aplicables.

Se aprecia una creciente familiaridad con los instrumentos internacionales en la materia y un mayor acierto en las soluciones. La percepción de la necesidad de un tratamiento específico de los supuestos heterogéneos parece extenderse. Confiamos en que en los próximos años esta tendencia se consolide.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 23/2014, de 14 enero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 405/2014.

Divorcio.– Alimentos respecto a los hijos. – Competencia de los tribunales españoles.– Aplicación del Derecho español.– Determinación del Derecho español aplicable.

Normas aplicadas: Arts. 3, 8 y 61 Reglamento 2201/2003; art. 3 Reglamento 4/2009; art. 8 Reglamento 1259/2010; arts. 15 y 49 Convenio de La Haya de 19 octubre 1996; arts. 3.1º y 16 Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007; art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 111.3.1º CCCat.

[...]

La demanda va ser interposada el 6 de novembre de 2012. Vist que en les actuacions apareix que el pare manté la seva nacionalitat d'origen, equatoriana, i la mare (hondurenya, d'origen) i els fills comuns tenen la nacionalitat espanyola i el veïnatge civil català, però tots ells tenen la seva residència habitual a Catalunya, cal analitzar d'ofici la competència dels tribunals espanyols. A tenor dels articles 3, 8 i 61.a) del Reglament CE /2201/2003, son competents els tribunals espanyols per la residència de tots, quant a l'acció de divorci i les qüestions relatives a la responsabilitat parental, i en virtut de l'art. 3 del Reglament CE /4/2009, quant als aliments.

Essent la demanda posterior al 21 juny 2012, segons l'art. 8.a del Reglament UE/1259/2010, la llei aplicable al divorci és l'espanyola. La llei aplicable a la responsabilitat parental és la del for, atès l'art. 15.1º Conveni de La Haia de 19 d'octubre de 1996; segons el seu art. 49.a, la territorialitat del dret català, segons les arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya i 111.3.1 CCCat, determina la seva aplicació a la responsabilitat parental. Quant a la llei aplicable als aliments dels fills, l'art. 3.1º Protocol de La Haia de 23 de novembre de 2007 determina que és la de la seva residència, és a dir, segons l'art. 16.a del Protocol, la catalana.

Audiencia Provincial de Zaragoza , Sección Segunda, Sentencia nº 21/2014, de 21 enero 2014.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Alberto Gil Nogueras. CENDOJ SAP Z 53/2014.

Modificación de medidas.– Régimen de visitas.– Alimentos respecto a los hijos.– Uso de la vivienda familiar.

Normas aplicadas: Arts. 9.4º y 14 Cc.

[...]

Respecto del primero de los motivos, como sostiene la parte demandada, poca trascendencia, al margen de la concreta norma aplicable, tiene la condición de aragonés del menor, toda vez que tanto en el ámbito foral como en el común se atiende el interés del menor como finalidad última a la hora de resolver sobre su guarda y custodia, y en el territorio sujeto a Derecho común la doctrina del Tribunal Supremo viene como en el caso el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, apostándose por el régimen de custodia compartida como un régimen no excepcional y que en buena medida es el que mejor satisface los intereses de aquéllos. Así por ejemplo la STS 19 julio 2013 que con base en la seminal sentencia de 29 abril 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los arts. 92, 5, 6 y 7 Cc debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional (refiriéndose a la custodia compartida), sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el art. 92 Cc ni el art. 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.

En iguales términos se pronuncia la STS 12 diciembre 2013.

No obstante conviene despejar la incógnita, aunque solo sea por los posibles problemas procesales que de cara a la competencia en orden a la atribución de los recursos puedan suscitarse.

Conforme al art. 9.4º Cc por la remisión del art. 16 El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.

Según el art. 14 Cc la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad.

Como expone el juez de instancia en el presente caso, los padres con vecindad civil común, pero residentes por más de dos años y menos de diez en territorio aragonés no consta que hayan manifestado en el Registro civil su deseo de adquirir la vecindad civil aragonesa (art. 14.5º Cc).

El hijo, en este caso menor de 14 años, tendrá la vecindad civil de los padres, por tanto la común, con independencia de su nacimiento en Aragón, si bien puede optar por esta vecindad llegado el día.

La ley personal que debe de regir las relaciones paterno filiales será por tanto la común.

Audiencia Provincial de Barcelona , Sección Decimosegunda, Sentencia nº 94/2014, de 12 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 1225/2014.

Separación.– Régimen económico del matrimonio.– Derecho español aplicable.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Arts. 3.1º, 9.2º y 3º, 14, 15 y 95 Cc; arts. 225 y 226 RRC; art. 7 Compilación de Derecho civil de Cataluña; art. 41 del Código de Familia de Cataluña.

[...]

Ha estat provat que el demandat, Plácido, va néixer a Chimeneas (Granada) el ... de 1950 i, amb 12 anys, a l'estiu de 1962, va venir a Barcelona amb el seu pare i ha treballat i residit des d'aquell moment a Catalunya. No consta si el seu pare també va residir ininterrompudament a Catalunya durant 10 anys, fins a 1972. El 7 de maig de 1977 el demandat es va casar amb la demandant, Carmela, nascuda a Guadalajara. No van atorgar capítols matrimonials en cap moment.

Les dades d'estat civil es desprenen dels documents aportats i la residència es desprèn clarament de la testifical de la vista, on tots el testimonis són coherents i versemblants en afirmar la residència del demandat. També és compatible amb la documentació sobre vida laboral, on la discordança en el nom (la grafia "v/b" i "e/a" en el carnet –doc. 4.3, foli 39– és irrellevant). Per contra, els testimonis són més imprecisos sobre la residència del seu pare i la documentació de vida laboral reflecteix la seva alta a Chimeneas en 1962, 1963 i 1964 (durant tot l'any) i 1965, 1966 i 1973 (esporàdicament), i a Granada en 1973 (durant un mes).

De tot l'anterior resulta que el demandat va esdevenir major d'edat als 21 anys el ... de 1971 segons l'art. 1 Llei de 13 de desembre de 1943 (edat de 21 anys incorporada després també a la redacció de l'art. 320 Cc, per la Llei 22 de juliol de 1972). En aquell moment no portava 10 anys de residència a Catalunya. Tampoc el seu pare en portava, encara en la hipòtesi de residència des de 1962. En el moment del matrimoni el demandat tampoc no portava 10 anys de residència com a major d'edat (en portava 6 anys i tres mesos), però sí portava més de 10 anys de residència real a Catalunya.

En resoldre la qüestió del veïnatge civil del demandat, per a determinar el règim econòmic matrimonial, segons els articles 9.2º i 9.3º Cc, en la redacció vigent en el moment del matrimoni (1977) –no afectats encara per l'eficàcia derogatòria de l'art. 14 de la Constitució –, hem de descartar l'adquisició prèvia del veïnatge civil català estant sota la potestat parental del seu pare, que en qualsevol cas no l'havia adquiritell mateix i tramés al fill menor segons el penúltim paràgraf de l'art. 15 Cc, en la redacció original, vigent en el moment de la majoria d'edat, 1971 (abans de la reforma de 1974, que només

trasllada el precepte a l'art. 14.4º Cc). Aquest és el cas al qual es refereixen les resolucions que el demandat va aportar ad exemplum amb la seva contestació a la demanda, a les quals podem afegir la recent d'aquest tribunal de 24 de juliol de 2013. Escau dir també que l'art. 225.2º RRC, en cap cas no pot afectar el principi d'unitat familiar aleshores vigent segons l'esmentat paràgraf de l'art. 15 Cc original: "En todo caso, la mujer seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste, la de su madre". L'art. 225.2 RRC ("no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona"), aniria en contra d'una disposició legal, que no pot ser derogada per disposició reglamentària incompatible. Ara bé, seguir la condició del pare és canviar de veïnatge amb ell, no aprofitar la part del temps de la seva residència quan s'estava sota la seva potestat, contràriament al que pretén l'apel·lant en un dels seus motius de recurs.

La nostra qüestió és si el fill menor no emancipat s'aprofita de la seva pròpia residència i l'afegeix a la següent, ja com a major d'edat. Abans de la reforma de 25 de gener de 1978, l'art. 225 RRC deia: "El cambio de vecindad civil se produce ipso iure por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil, a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario. En el plazo para las declaraciones de vecindad ante el Encargado, no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona". La primera part era consistent amb l'adquisició per residència decenal segons el text original del paràgraf tercer de l'art. 15 Cc ("bilateralitzant-lo", territoris de dret comú / territoris de dret foral o especial, i viceversa) o segons l'art. 14.3.2º CC, després de la reforma de 1974. La compatibilitat de la segona part de l'art. 225 RRC amb l'art. 15 Cc (versió original vigent en 1971) o 14.3.2º CC (versió de 1974 vigent en 1977) és el nucli de la qüestió. Del present cas. La versió actual és l'art. 14.5.2º Cc.

La jurisprudència és contradictòria. Les SSTS de 23 de març de 1992 i de 7 de juny de 2007 i la STSJC 12 de gener de 2009 adopten la tesi de la compatibilitat de l'art. 225 RRC amb el Cc estatal. Les SSTS de 20 de febrer de 1995 i de 20 de febrer de 2000 consideren que cal computar el temps de minoria d'edat. Hi ha sentències de les audiències en ambdues línies.

La STS de 23/3/1992 examina un cas que, per raons de fets i de dret intertemporal, és igual al nostre, on la majoria d'edat era en 1975 i els deu de residència real en 1976, i malgrat això, sense justificar-lo, aplica l'art. 225.2º RRC en la seva redacció de 1978.

La STS de 20/2/1995 tracta un cas on el marit, el veïnatge civil del qual es discuteix, nasqué en 1935 en territori de dret comú, vingut a Catalunya en 1950, major d'edat en 1956, emigrat a França de 1960 a 1967 i casat en 1962, també doncs dins els nostres paràmetres intertemporals. Admet obiter dicta la tesi de la incompatibilitat de l'art. 225.2 RRC amb el Cc, però no en treu conseqüències perquè mancaven els deu anys de residència des de 1950 (FdD 5è). El nostre apel·lant invoca aquesta sentència, però oblida el caràcter, no decisiu en aquell cas, de la tesi sobre la incompatibilitat.

La STS 21 septiembre 2000 (que va revocar la sentència d'aquest tribunal de 18 marzo 1996) contempla que el marit havia vingut a Catalunya amb autorització del seu pare en 1963, va ser major d'edat en 1969 i es va casar en 1976. Rebutjant expressament la tesi de la STS 23 marzo 1992 i invocant la STS 20 febrero 1995, eleva així la tesi de la segona a jurisprudència perquè ja no és obiter dicta.

La STS 7 junio 2007 (que confirmà la sentència de la Secció 18ª d'aquesta audiència de 4/6/1999) aborda el cas del marit nascut en 1941 en territori de dret comú i vingut a Catalunya en 1959, on portà vida independent amb consentiment dels progenitors i es casà en 1970. No computa el temps de residència com a menor, tot invocant les SSTS 23 marzo 1992 i de 20 febrero 1995 –aquesta incorrectament, al nostre parer. El nostre apel·lant descarta l'aplicabilitat de la doctrina d'aquesta sentència perquè la residència de pare i fill eren diferents, però en el present cas no ha quedat provat que fossin iguals, com hem dit.

La STSJC de 12 enero 2009 examina un cas hereditari on el causant, del qual es discutia el veïnatge civil, havia nascut a Catalunya i assolí la majoria d'edat en l'any 1933 (rectius en 1937: com a català de naixement, abans de la Llei de 1943, havia de tenir els 25 anys del dret romà), i es va casar en 1942, de manera que no està justificada l'aplicació de l'art. 225 RRC, aprovat en 1958, i menys la versió de 1978. De totes formes, cal assenyalar que la jurisprudència inicial sobre el Cc, des de la STS 29 de

març de 1892, deia que no hi havia prou amb la residència decennal i calia “además el propósito más o menos ostensible del interesado”.

Aquesta jurisprudència contradictòria, encara que majoritària en favor de la compatibilitat entre el Cc i el RRC, en cap cas analitza l'efecte que hem d'atribuir a l'incís inicial “En el plazo para las declaraciones de vecindad ante el Encargado...” de l'art. 225.2º RRC, suprimit en 1978. Aquesta qüestió, essencial en el present cas, és suscitada per l'apel·lant a propòsit de la STS de 23 març 1992, perquè efectivament en el moment de la majoria d'edat (1971) –i també en el moment del matrimoni (1977)– l'incís estava vigent i no podem aplicar la redacció posterior, de 1978.

El seu sentit gramatical és clar (art. 3.1º Cc): l'exclusió del còmput del temps de minoria d'edat opera per fer les declaracions registrals. A sensu contrario, és inaplicable en els casos, com el present, on no hi ha cap declaració registral i l'adquisició del veïnatge opera ipso iure.

No és fàcil interpretar conjuntament la redacció originària de 1958 dels arts. 225.2 i 226.1º RRC, en dir aquest que “El plazo para la opción empieza a contarse desde que los interesados, conforme a su ley personal, estén emancipados. Aun no estándolo, pueden optar desde que tengan veintiún años cumplidos”.

La menció dels 21 anys és incoherent amb la majoria d'edat als 21 anys per a tots els espanyols, ja en 1958, però –deixant de banda això– hem de concloure que l'apel·lant, quan ja tenia 21 anys però encara no havia assolit el veïnatge civil català per deu anys de residència, podia mantenir el seu veïnatge civil comú fent la declaració registral.

No havent-ho fet, era català en 1977 i el matrimoni va quedar subjecte a la separació de béns catalana segons l'art. 7 Compilació de Dret Civil de Catalunya (CDCC), vigent en aquell moment. Així doncs, hem d'estimar l'apel·lació en el tema de fons per els motius al·legats d'infracció dels arts. 15, paràgraf tercer (text original) o 14.3.2º (versió de 1974) i 9.2º; 3, en la redacció vigent en el moment del matrimoni (1977), tots del Cc; d'aplicació indeguda de l'art. 225.2º RRC, en la redacció anterior a 1978; i d'infracció de l'art. 7 CDCC.

Cal destacar, per últim, encara que no sigui decisiu, que la pròpia demandant apel·lada va contra els seus propis actes, ja que en el seu plet de separació va demanar compensació econòmica de l'art. 41 CCCat, només possible en separació de béns catalana, i la sentència de 21 de juliol de 2000 la va denegar. Amb la seva fermesa va quedar resolt el règim econòmic matrimonial ope legis (art. 95.1º Cc), fos el que fos, no pas amb la sentència de divorci de 16 d'octubre de 2003, com afirma incorrectament aquesta, oblidant l'anterior.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 129/2014, de 21 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 1166/2014.

Divorcio.– Alimentos respecto a los hijos.– Régimen de visitas.– Competencia de los tribunales españoles.– Aplicación del Derecho español.– Determinación del Derecho español aplicable.

Normas aplicadas: Arts. 3, 8 y 61 Reglamento 2201/2003; art. 3 Reglamento 4/2009; arts. 15.1º y 49 del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996; arts. 3.1 y 16 Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007; art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 107.2º Cc; arts. 15.2º y 18 LRC; art. 111.3.1 CCCat

[...]

La demanda va ser interposada el 30 de novembre de 2011. Vist que en les actuacions apareix que el pare manté la seva nacionalitat d'origen, equatoriana, i la mare i els fills comuns tenen la nacionalitat espanyola i el veïnatge civil català, però tots ells tenen la seva residència habitual a Catalunya en el moment d'ela demanda (encara que el demandat ha marxat després), cal analitzar d'ofici la competència dels tribunals espanyols. A tenor dels arts. 3, 8 i 61.a) Reglament CE /2201/2003, son competents els tribunals espanyols per la residència de tots, quant a l'acció de divorci i les qüestions relatives a la responsabilitat parental, i en virtut de l'art. 3 Reglament CE /4/2009, quant als aliments.

Essent la demanda anterior al 21 juny 2012 (i no aplicable encara el Reglament UE/1259/2010), segons l'art. 107.2º Cc estatal la llei aplicable al divorci és l'espanyola per ser les nacionalitats diferents i la residència comuna a Espanya, i no pas per absència de prova del dret estranger, com afirma la sentència de primera instància, que s'ha de confirmar quant al divorci.

Hem de completar-la, però, atès que el matrimoni es va celebrar a l'estranger (Ecuador), en el sentit que cal remetre ofici al Registre Civil Central, amb testimoni de la sentència i de la documentació acreditativa del matrimoni, per tal que es practiqui la inscripció del matrimoni com a suport de la del divorci (articles 15.2º i 18.1º Llei del Registre Civil).

La llei aplicable a la responsabilitat parental és la del for, atès l'art. 15.1º Conveni de La Haia de 19 d'octubre de 1996 ; segons el seu art. 49.a, la territorialitat del dret català, segons les arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya i 111.3.1 CCCat, determina la seva aplicació a la responsabilitat parental. Quant a la llei aplicable als aliments dels fills, l'art. 3.1 del Protocol de La Haia de 23 de novembre de 2007 determina que és la de la seva residència, és a dir, segons l'art. 16.a del Protocol, la catalana.

Audiencia Provincial de Barcelona , Sección Decimosegunda, Sentencia nº 231/2014, de 27 marzo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 2647/2014.

Divorcio.– Pensión compensatoria.– Atribución del uso de la vivienda familiar.– Régimen económico matrimonial.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; arts. 9.2º y 3º Cc; art. 111.3.1 CCCat.

[...]

En atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda, debe aplicarse el Derecho civil catalán a la pensión compensatoria y a la atribución de uso del domicilio, en virtud de su territorialidad, según los arts. 4.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1º CCCat. No procede, por tanto, aplicar a esas cuestiones cumulativamente, como hace la sentencia apelada, las disposiciones del Código Civil estatal (Cc) y las del Derecho civil catalán, que las regula completamente y que tiene su propio sistema de integración normativa. Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, las materias deben resolverse por el Libro II CCCat, según su disposición transitoria 3º.2. No procede aplicar el Codi de família de Catalunya (CF), como hace la sentencia de primera instancia.

Por lo que atañe al régimen económico matrimonial y su liquidación, a falta de capítulos matrimoniales, el régimen quedó determinado por la vecindad civil del marido en el momento del matrimonio (26/3/1977) según el artículo el art. 9.2º, 3º Cc en su redacción vigente en esos momentos (no afectada por la derogación posterior en virtud del art. 14 Constitución, STC 39/2002). Los litigantes expresaron, en la demanda y en la contestación, su acuerdo en que el régimen del matrimonio ha sido el de gananciales, de manera que su disolución y liquidación se rige por el Cc.

Audiencia Provincial de Castellón , Sección Segunda, Sentencia nº 43/2014, de 15 abril 2014. Ponente: Ilma. Sra. Eloísa Gómez Santana. CENDOJ SAP CS 449/2014.

Régimen económico matrimonial.– Determinación.– Concreción de la vecindad civil.– Adquisición de la vecindad civil por residencia.

Normas aplicadas: art. 9.2º y 3º, 14 y 320 Cc; art. 225 RRC.

[...]

La resolución de la controversia ha de partir de los siguientes datos: el Sr. Horacio comenzó a residir en Barcelona en el año 1964, contrayendo matrimonio con la Sra. Gabriela el 3 junio 1976, fecha a

tener en cuenta a los efectos de la normativa aplicable pues lo que se está discutiendo es la vecindad civil de ambos litigantes y la sujeción o no de su matrimonio al régimen foral catalán.

Partiendo de lo dispuesto en los artículos de aplicación 9 Cc, 14 Cc concretamente el ap. 3, 2º, el 320 Cc, y las propias sentencias del TS que cita el juez de instancia, en especial la de fecha 14 febrero 2002, que si bien declaro la inconstitucionalidad del art. 9.2º Cc, no le atribuyo efectos retroactivos respecto a los matrimonios celebrados con anterioridad a la promulgación de la Constitución en aras a proteger la seguridad jurídica.

Como antecedentes ha de citarse que el sr. Horacio que nació en el año 1947 Vistabella del Maestrazgo provincia de Castellón, paso a residir en Barcelona en el año 1964, y la Sra. Gabriela que nació en el año 1954 en Valparaíso provincia de Zamora residía en Barcelona hacia poco tiempo, contrayendo ambos matrimonio en el año 1976; como argumenta el juez de instancia y no se discute en aplicación de la normativa vigente a fecha de la celebración del matrimonio, el régimen económico matrimonial vendría determinado por la ley nacional común de ambos litigantes, o por la del esposo, ya que no consta que la esposa hubiera modificado la que ostentaba. Así pues ha de determinarse la vecindad civil que ostentaba el sr. Horacio. A tales efectos si no es la catalana el régimen económico del matrimonio sería el de gananciales, y en caso contrario el foral catalán, que seguiría la esposa por cuanto en atención a la normativa aplicable seguía la Ley nacional del marido.

Acertadamente apunta el juez de instancia, extremo que tampoco se discute, que si bien en la actualidad podría afirmarse que dicha normativa conculca principios tan elementales como el de igualdad consagrado en el art. 14 CE, el TC resolvió dicha cuestión en la ST 39/2002, de 14 de febrero en los términos expuestos con anterioridad, con cita de otras de AP.

La cuestión controvertida, es una cuestión estrictamente jurídica, pues se trata de determinar el cómputo del plazo de diez años que la legislación aplicable al supuesto al caso que nos ocupa exige para la adquisición de la vecindad civil, en este caso, la catalana, existiendo dos vertientes jurisprudenciales; el problema radica en si el cómputo de los diez años ha de realizarse desde el inicio de la residencia en un territorio de Derecho foral, art. 14 Cc, o, si el inicio de dicho plazo ha de realizarse desde que el afectado haya alcanzado la mayoría de edad, que en dicho momento era a los 21 años, es decir si debe excluirse del cómputo el tiempo de residencia mientras el afectado es menor de edad conforme establece el art. 225 RRC.

En el primer caso el régimen matrimonial sería el foral catalán y en el segundo el de gananciales, en atención a los datos facticos de que disponemos y a que se ha hecho referencia con anterioridad.

La sala comparte la línea jurisprudencial seguida por el juez de instancia, partiendo de que un Reglamento no puede contrariar lo regulado en una Ley en atención al rango y jerarquía de ambas disposiciones legales; así pues y como dice la STS 21 septiembre 2000 “1º) Con independencia del hecho de la residencia por parte del demandado con anterioridad a su empadronamiento, en 2 diciembre 1966, en los términos que se ha transcrito en el F.J. 2º, es llano, que la norma nuclear por la que ha de regirse el conflicto, viene contenida en citado art. 14.3º Cc, en su sanción vigente en esta fecha e incluso antes de la reforma de la Ley de 15 octubre 1990, aún cuando el contenido normativo al respecto, es idéntico sin perjuicio de que pase al actual párrafo 5º-2º, del art. 15 Cc., su precedente art. 14-3-2º, según texto Ley 3/1973 y Decreto 31 mayo 1974 ; y, se prescribe en esos textos, que la sujeción al Derecho civil, Común, especial o Foral, se determina por la vecindad civil y, que la vecindad civil se adquiere por residencia continuada de 10 años sin declaración en contrario durante este plazo; parece indiscutible, pues, que se trata de un periodo taxativo, en donde la adquisición de la vecindad civil, se adquiere con la mera constatación de dicha residencia en el Registro Civil Central y, en general, por el cauce habitual del previo empadronamiento.

2º) Ahora bien, dicho precepto sustantivo, parece ser queda desarrollado, en cierto modo, o más bien alterado por la prescripción de lo dispuesto en el art. 225.2º RRC, que establece que, el cambio de residencia civil se produce por la residencia habitual durante 10 años seguidos en territorio de diferente legislación civil, a no ser, que antes de terminar este plazo, el interesado formule declaración contra ello, y sobre todo, que en el plazo de 10 años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda

legalmente regir su persona. Por lo tanto, la cuestión que se plantea, es la de, si efectivamente, ese plazo de 10 años, establecido por repetido art. 14.3.2º Cc texto antiguo hoy art. 15-5º-2, en relación con lo dispuesto en dicho art. 225, deberá ser cumplido sólo por persona que legalmente pueda ejercer su rectoría, esto es, que tenga la correspondiente capacidad acorde con su mayoría de edad, por lo que, cualquiera que sea el tiempo que anteriormente haya residido sin que sea mayor de edad o que esté emancipado, no podrá computarse al respecto. La solución, pues, conduce a si, efectivamente, se acredita por las pruebas que se indican en el Motivo, que el demandado, en efecto, arribó a la ciudad de Barcelona con fecha del año 1963, es claro, pues, que se debe computar desde esa fecha hasta la celebración del matrimonio en 25 julio 1976, en cuyo evento reunía ya, los 10 años de residencia. En el problema, sin duda ha de subrayarse que, no es posible limitar el contenido imperativo del repetido art. 14.3º Cc, hoy 15-5º-2, con una norma de carácter reglamentario que cercena por así decir, un posibillismo actuatorio como es, el acceso a una vecindad, precisamente, por razón de la vecindad en los términos establecidos por el Derecho sustantivo, (como es sabido la afectación en el régimen económico controvertido, proviene, porque, la vecindad así controvertida, adquirida por esa residencia del marido, atraía antes de la reforma efectuada por la Ley de 15 octubre 1990, la correspondiente a la de la mujer, al sancionarse en su art. 14.4º, que la mujer casada seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados de su padre y, en defecto de éste la de su madre, esto es, que en definitiva, adquirida o no la vecindad civil por parte del marido, esa misma vecindad sería la de su esposa, por lo cual, el régimen económico sería justamente, el atinente a la vecindad que se detentare, o sea, la común si no se había ganado la vecindad civil catalana, cuyo régimen económico es el de gananciales, o bien, según se haya ganado la vecindad catalana su régimen de separación de bienes), debiendo al respecto mantenerse la tesis recogida por la susodicha Sentencia 20 febrero 1995, (frente a la sostenida en la única precedente de 23 marzo 1992) en donde establece, naturalmente, la superior consistencia del criterio del Código Civil, sobre la limitación reglamentaria, se decía entonces: "...Las respectivas lecturas del desarrollo argumental del motivo y de la exposición razonada contenida en el fundamento de derecho 4º de la Sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la del aquel en que el mero transcurso de los diez años opera ipso iure en punto a la adquisición de la vecindad civil, y la del Tribunal a quo, en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia, atendiendo a las reflexiones formuladas en el citado fundamento, parece apoyarse de manera sustancial en la dicción del párr. 2º del art. 225 RRC: 'En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona'; pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el art. 15.3.1º y 2º del mismo, en su actual redacción por la L. 11/90, de 15 de octubre, en cuanto que a su tenor el transcurso de los diez años confiere ope legis la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí que resulta oportuno conceder a la tesis del motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal a quo...", por lo cual, procede, con la acogida del Motivo, actuar conforme a lo dispuesto en el art. 1715.1.3 y dejar sin efecto la Sentencia confirmando la del Juzgado de Primera Instancia por sus mismos argumentos"

Por lo tanto el cómputo del plazo de residencia de 10 años a los efectos de la adquisición de la vecindad civil no se limita al tiempo de mayoría de edad, sino el de residencia efectiva y real, aún durante la minoría de edad. Esto supone que, habiendo empezado el marido a residir en Cataluña en el año 1964 (aun desconociéndose la fecha exacta), y seguir haciéndolo 10 años después, se habría producido, como muy tarde el 31 diciembre 1974, la adquisición de la vecindad civil catalana por residencia de 10 años sin manifestación en contrario, con lo que, si en la fecha de celebración del matrimonio, ambos cónyuges tenían distintas vecindades civiles, sus relaciones patrimoniales, a falta de una vecindad civil común en ambos, se regía por la del marido, que era la catalana, lo que lleva a afirmar que el matrimonio se rigió por la separación de bienes, sin que existiera en ningún momento una sociedad de gananciales, lo que lleva a la imposibilidad e improcedencia de realizar la liquidación de esa supuesta e inexistente sociedad ganancial.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimonovena, Sentencia nº 191/2014, de 14 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Julián Collado Nuño. Fuente *CENDOJ* SAP B 5164/2014.

Régimen económico matrimonial.– Determinación.– Vecindad civil de los cónyuges.– Condena en costas.

Normas aplicadas: art. 394 LEC.

[...]

La cuestión que plantea el recurrente, referida a la condena en costas que se le ha hecho respecto de la pretensión realizada respecto de la demandada habrá de resolverse atendiendo a la previa consideración que del objeto litigioso tenía el demandante y de si la conformación de la relación juridico-procesal fue racional y oportuna a tal conocimiento, igualmente examinaremos el cuerpo de la sentencia recaída a fin de comprobar la pertinencia de lo solicitado. De este modo apreciamos como la misma sentencia de instancia, en primer lugar, realiza una descripción de la situación vital del demandante y de la que fue su esposa y madre de la demandada en la que se describen los datos relativos al lugar de nacimiento de ambos, de su matrimonio, de su residencia y de la sucesión de Mónica que, evidentemente, muestran especiales características a la hora de definir la vecindad civil de ambos y que, sin exageración de ninguna clase, merecen el calificativo de complejos; así se extrae de la propia fundamentación de una sentencia que detallada y concienzudamente hubo de delimitar la vecindad civil del actor en el momento de su nacimiento considerando, además del lugar en el que se produjo, la previa de sus progenitores; la que le correspondería en el momento de su matrimonio, atendiendo a su residencia en Cataluña desde temprana edad y los efectos de esta durante la minoría de edad. Sobre esta base se estableció el régimen económico matrimonial correspondiente sin que la reclamación relativa a la reclamación de la cuarta viudal fuera apareciera menos elaborada sobre sus requerimientos y justificación. De todo lo cual hemos de concluir que si bien formalmente resulta absolutamente ajustada la opinión de la resolución de instancia en el sentido de no estimarse, siquiera parcialmente, las pretensiones del demandante, no es menos cierto que no solo la apreciación teórica de la vecindad civil de las partes resultaba altamente compleja, sino que la determinación probatoria fue imprescindible a fin de delimitarla en el modo adecuado y convenientemente dilucidado en los razonamientos de la resolución.

Así la cuestión controvertida ha exigido de la confrontación adecuada de las posturas enfrentadas en el seno de un procedimiento dotado de todas las garantías considerando asimismo el contenido del procedimiento previo nº 487/2008 seguido ante el Juzgado de Primera instancia nº 29 de Barcelona en el que fue dictado auto de 1 julio 2009, confirmado por el de 2 noviembre 2010 de esta misma Audiencia Provincial, que apreciaba como cuestión de previo pronunciamiento la relativa al régimen económico matrimonial y que, en consecuencia, justifica como los puntos en los que se asentaba la demanda evidenciaban aspectos cuestionables ab initio, lo cual, aun no suponiendo modificación de la conclusión alcanzada por la Juzgadora de instancia, por otro lado no controvertida en esta alzada, sí que merece ser considerada en relación con el efecto prevenido en la condena en costas subsiguiente. De este modo y aun considerado el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, aparecen méritos para la modificación del criterio del vencimiento objetivo del art. 394 LEC aplicado por la Juez de Instancia, en cuanto la Sala considera que la situación de hecho mencionada ofrecía dudas fácticas y jurídicas que son las concretas expresamente expresadas en cada una de las cuestiones analizadas en el seno de la sentencia recaída y que no son merecedoras de la imposición de costas que se efectúa, considerando que, resulta oportuno y justificado que no se haga especial pronunciamiento de las así causadas.

Audiencia Provincial de Barcelona , Sección Decimosegunda, Sentencia nº 316/2014, de 14 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 4865/2014.

Guarda y custodia de los hijos.– Prohibición de salida del territorio nacional.– Aplicación del Derecho civil catalán.

Normas aplicadas: art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 9.4º Cc; art. 111.3.1 CCCat.

[...]

El motivo de la prohibición era el desarraigo de la madre en España y el fundado temor a que pudiera llevar a la niña a su país de origen, Perú, donde tiene su familia, y dejarla allí. Ahora consta documentalmente que la demandante, sin renunciar a su anterior nacionalidad, tiene la española y la vecindad civil catalana y la menor (de 8 años) también tiene la nacionalidad española y vecindad catalana. La demandante también tiene otra hija, que vive con ella, de 22 años, también con la doble nacionalidad y vecindad catalana, que ha estudiado el bachillerato en Barcelona y estudia ahora en la Universidad Autónoma de Barcelona. El padre de la menor tiene la nacionalidad española de origen. La potestad parental sobre la menor es compartida por ambos progenitores.

En atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda y, por el contrario, las conexiones personales según el art. 9.4º son con Cataluña, debe aplicarse el Derecho civil catalán a la medida discutida en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat.

Es claro que actualmente la madre tiene arraigo en España y el motivo de la prohibición ha desaparecido. No podemos compartir el razonamiento de la sentencia de primera instancia de que el mismo propósito de la demandante podía y debía obtenerse mediante la solicitud de autorización judicial en vista de la oposición del padre. Se trata de una cuestión de principio. La sentencia que impuso la prohibición, entonces según el art. 134 Codi de família de Catalunya (CF) – actualmente 236.3º CCCat–, la adoptó en interés de la niña por el riesgo de que no regresara a España y verse privada de la relación con su padre. Hoy ese riesgo es inexistente objetivamente y la prohibición discriminaría a dos ciudadanas españolas, una, de poder procurar que los abuelos maternos de su hija tengan relación personal con ella (esa es la razón que comprensiblemente invoca para su petición), la otra, de tener esas relaciones personales con sus abuelos, según el art. 236.4.2º CCCat.

Se trata aquí de la posibilidad de desplazamiento puntual, no de cambio de residencia, para lo cual ambos progenitores han de estar de acuerdo o ha de haber autorización judicial según el art. 236.11.6 CCCat. No obstante, si las autoridades administrativas exigieran el consentimiento de ambos progenitores para la expedición del pasaporte para la hija, debemos aclarar que debe entenderse concedida la autorización, pues la petición está implícita en la demanda.

Audiencia Provincial de Girona , Sección Primera, Sentencia nº 184/2014, de 10 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez. CENDOJ SAP GI 581/2014.

Divorcio.– Régimen económico del matrimonio.– Pensión compensatoria.– Utilización del domicilio conyugal.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 14 Cc.

[...]

Régimen económico-matrimonial aplicable.

El recurso, sin hacer impugnación expresa y sin aportar prueba, menciona la aplicabilidad del régimen consorcial aragonés, al mencionar los dos primeros motivos del recurso. Debe recordarse que

fue la demandante, de vecindad civil catalana, la que invocó en la demanda rectora la sujeción a dicho régimen aragonés, concluyendo la sentencia impugnada la plena aplicabilidad del derecho catalán.

Pues bien, el art. 14.1º Cc establece “La sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil.” En el párrafo 4º del meritado precepto se dice que “El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro” y en el párrafo 5 se establece la adquisición de vecindad civil “1.–Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. 2.º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo”.

En el caso presente, es el demandado D. Inocencio quien nació en la provincia de Teruel en el año 1943, haciéndolo la recurrente Dª Juana en la localidad de Torroella de Montgrí de esta provincia en el año 1949.

El matrimonio se celebró en Torroella de Montgrí el día 28 agosto 1964 y se insta el divorcio 48 años posteriores al mismo.

Es por ello que hemos de concluir con la Sentencia impugnada, en que el régimen aplicable al presente supuesto es el propio de Cataluña, pues la norma de conflicto, del art. 9.2º Cc establece la aplicabilidad de la “ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración”, si no resultan aplicables los parámetros legales anteriores, que en el caso que nos ocupa no resultan acreditados.

Audiencia Provincial de Barcelona , Sección Decimosegunda, Sentencia nº 376/2014, de 11 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 6201/2014.

Divorcio.– Alimentos respecto a los hijos.– Derecho aplicable.

Normas aplicadas: Arts. 9.7º y 14.6º Cc.

[...]

De los autos se desprende que el hijo común, José Enrique, nació en Granada y vive con su padre en Ogíjares (Granada), de manera que su residencia y vecindad civil presunta (art. 14.6º Cc) es de Derecho civil común. No consta la vecindad civil de la demandante, pero sí su residencia, en Barcelona, y presumiblemente la vecindad es catalana. No procede, por tanto, aplicar a las cuestiones controvertidas cumulativamente, como hace la sentencia apelada, las disposiciones del Cc y las del Derecho civil catalán, pues solo procede aplicar el Cc según su art. 9.7º.

Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, Sentencia nº 170/2014, de 25 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José maría Contreras Aparicio. CENDOJ SAP AL 501/2014.

Régimen económico matrimonial.– Determinación del Derecho rector.– Lugar de celebración del matrimonio.– Vecindad civil.

[...]

La demanda en su día interpuesta versaba sobre la declaración de derechos, liquidación del condominio y reclamación de cantidad. La interponía Dª. Elisa frente a D. Guillermo, con quien contrajo matrimonio el día treinta enero 2002 en San Lluís. Menorca, teniendo vecindad civil balear su régimen económico matrimonial es el de separación de bienes. Por sentencia dictada el día 8 julio 2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Almería, se declaró la disolución del matrimonio contraído entre ambas partes.

Audiencia Provincial de Barcelona , Sección Decimosegunda, Sentencia nº 434/2014, de 27 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. *CENDOJ* SAP B 6195/2014.

Divorcio. Pensión compensatoria. División de cosa común. Aplicación del Derecho catalán. Principio de territorialidad. Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 111.3.1º CCCat.

[...]

En atención a que en el momento de la demanda no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo, debe aplicarse el Derecho civil catalán a la pensión discutida en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1º CCCat. Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, anterior al 1 enero 2011, fecha de entrada en vigor del Libro II CCCat, la pensión se rige por el Codi de família de Catalunya (CF).

La acción de división, por el contrario, está condicionada al régimen económico matrimonial que condiciona el tipo de copropiedad sobre el domicilio familiar y ese régimen, en ausencia –aceptada por las partes– de modificación, debe determinarse en el momento del matrimonio. Siendo ese el objeto de la apelación de la demandada, lo examinaremos en primer lugar.

Debemos rechazar la alegación de inaplicabilidad del art. 43 CF que hace la demandada en su recurso. Ese precepto estaba en vigor en el momento de la demanda y, tras la STC 26 febrero 2012, entró en vigor (27 julio 2012, antes de la sentencia apelada) el art. 438.3.4º LEC y ya estaba vigente desde el 1 enero 2011 el art. 232.12º CCCat, no afectado por la citada sentencia.

Tampoco impediría entrar en el examen de la acción divisoria los demás (hipotéticos) bienes comunes, pues la acción debe ejercitarse sobre bienes singulares y la parte demandada es libre de añadir otros por vía reconvenzional.

Por el contrario, sí debemos acoger favorablemente la excepción de exclusión de la división de la cosa común previa determinación del régimen económico matrimonial por falta de constancia y acuerdo sobre la vecindad civil del marido en el momento de contraer matrimonio el 25 febrero 1978 (anterior a la vigencia de la Constitución Española, 29 diciembre 1978). Los arts. 43 CF, 232–12 CCCat y 438.3.4 LEC no imponen sino que permiten la acumulación de la acción divisoria al pleito matrimonial, de manera que si no se da la coincidencia previa de las partes en cuanto a la copropiedad del bien (copropiedad común indivisa o ganancialidad) esa premisa necesaria hace que deba dilucidarse en un proceso declarativo ordinario, donde la vecindad civil, la determinación del régimen y la división pueden acumularse. La diferencia con la posible acumulación en otro supuesto se explica precisamente por ser optativa en la división pero necesaria en la compensación económica por razón del trabajo en el régimen de separación catalana de bienes. En este segundo caso, todos los preceptos que históricamente han regulado la compensación (art. 23 de la Compilación catalana, art. 41 CF y actual art. 232–5 ss CCCat) imponen su reclamación en el (primer) pleito matrimonial, de ahí que el art. 232–11.1º CCCat permita la acumulación de la discusión sobre el régimen económico matrimonial (y la disposición adicional tercera del Libro II CCCat prevea también la acumulación de la determinación de la titularidad de los bienes).

A mayor abundamiento, la determinación de la vecindad civil del marido al momento del matrimonio para determinar el régimen económico que lo ha regido es una cuestión no introducida por la demanda y excede el concepto de excepción a la petición del demandante, de manera que debió articularse por la vía de la reconvencción. No habiéndolo hecho así, entrar en la cuestión conlleva indefensión del demandante, que no ha tenido trámite de contestación a esa nueva cuestión.

Audiencia Provincial de Tarragona , Sección Primera, Sentencia nº 236/2014, de 11 julio 2014.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan. CENDOJ SAP T 798/2014.

Divorcio.– Uso del domicilio familiar.– Pensión compensatoria.– Determinación del Derecho aplicable al régimen económico del matrimonio.

[...]

En primer lugar conviene señalar que, dadas las diferentes posturas respecto del Derecho aplicable, las partes contrajeron matrimonio el 3 mayo 1975 en Zumaia bajo régimen económico matrimonial de gananciales correspondiente a su vecindad civil común, que dicen mantener, lo que determina que el Derecho aplicable a este litigio sea el del Cc común.

Audiencia Provincial de Barcelona , Sección Decimosegunda, Sentencia nº 513/2014, de 25 julio 2014.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 8003/2014.

Pensión alimenticia respecto a los hijos. Régimen de visitas. Aplicación del Derecho catalán.

Normas aplicadas: art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 9.4º y 7º Cc; art. 111.3.1 Código de Familia de Cataluña.

[...]

En atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda, puesto que los hijos comunes (que residen en Jerez de la Frontera) no consta que hayan perdido la vecindad civil catalana, lo cual haría aplicable los arts. 9.4º y 9.7º Cc estatal, debe aplicarse a las medidas discutidas el Derecho civil catalán en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat. No procede, por tanto, aplicar a las cuestiones controvertidas cumulativamente, como hace la sentencia apelada, las disposiciones del Código Civil estatal y las del Derecho civil catalán, que las regula completamente y que tiene su propio sistema de integración normativa. Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, la materia está regida por el Libro II CCCat.

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Primera, Sentencia nº 277/2014, de 1 septiembre 2014.
Ponente: Ilma. Sra. Dª María del Pilar Aguilar Vallino. CENDOJ SAP T 1097/2014.

Divorcio.– Medidas reguladoras.– Derecho aplicable.– Aplicación del Derecho catalán.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º y 107.2º Cc.

[...]

Al determinar la ley que regirá este divorcio, conforme al art. 107.2º Cc. por remisión del último párrafo art. 9.2º, teniendo en cuenta en tiempo de residencia en Tarragona (desde 1984) sin que conste que hayan mantenido su vecindad civil originaria, resulta aplicable la legislación civil catalana y más concretamente el Código de Familia por la fecha de iniciación del pleito (D.T. Tercera Llei 25/10).

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 539/2014, de 4 septiembre 2014.
Ponente: Ilmo. Sr. D Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 9432/2014.

Divorcio.– Pensión compensatoria.– Aplicación del Derecho del último domicilio común de los cónyuges.

Normas aplicadas: art. 107.2º Cc.

[...]

No consta el veïnatge civil dels litigants en el moment de la demanda (14 febrer 2013) i consta que el domicili era diferent en diferents comunitats autònomes (Andalusia i Catalunya). Segons l'art. 107.2º Cc estatal, les mesures del divorci, entre els ex cònjuges, es regeixen pel dret de Catalunya com a territori de l'últim domicili comú on encara resideix la demandant. Concretament, per raó de la data de la demanda, la matèria està regida pel Llibre Segon CCCat, com assenyala la sentència de primera instància, i no pas el Codi civil estatal, acumulativament amb el Codi de Família de Catalunya, com al·lega incorrectament el recurs.

Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala Civil y Penal, Sentencia nº 30/2014, de 27 septiembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasiera. CENDOJ STSJ AR 1223/2014.

Divorcio.– Guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas.– Uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiares.– Pensión de alimentos.– Pensión compensatoria.– Determinación del Derecho aplicable a las relaciones de familia y relaciones paternofiliales.

Normas aplicadas: Arts. 9 y 14 Cc

[...]

En el presente caso pone acertadamente de manifiesto el Ministerio Fiscal que los padres tenían la vecindad civil común, habiendo contraído matrimonio en territorio sujeto al derecho común, donde también nacieron los hijos (art. 14.2º Cc.), por lo que dicha legislación era la aplicable a los derechos y deberes de familia (art. 9.1º) y en particular a las relaciones paternofiliales (art. 9.4º).

Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Segunda, Sentencia nº 433/2014, de 29 septiembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Sebastián Moya Sanabria. CENDOJ SAP SE 3060/2014.

Régimen económico matrimonial.– Determinación del Derecho aplicable.– Concreción de la vecindad civil.

Normas aplicadas: art. 14 Cc; art. 386 LEC.

[...]

La desestimación de los anteriores motivos de impugnación determina la resolución del utilizado en tercer lugar, referido a la discrepancia sobre lo resuelto en cuanto a la cuestión de fondo. Es decir, la utilización de los dos motivos de impugnación analizados con anterioridad viene a suponer un reconocimiento implícito de la parte recurrente de la falta de acreditación en Primera Instancia de los hechos y circunstancias que podrían determinar un pronunciamiento de signo distinto sobre la vecindad civil por la que ha de entenderse regido el matrimonio. D. Octavio, natural de Osuna, estaba llamado en el procedimiento a acreditar la adquisición de la vecindad civil catalana con anterioridad a su matrimonio, contraído con la demandante Dª Milagros en Osuna el 19 diciembre 1984. De no mediar constancia de ese hecho, ha de estarse a la vecindad civil común de los dos contrayentes determinada por el nacimiento en territorio de Derecho Común (art. 14.2º Cc), con lo cual no proceden en el caso mayores argumentaciones relativas a matrimonio de contrayentes de ley personal no común.

La única prueba documental que puede ser valorada en esta alzada, a efectos de ponderar la procedencia de lo alegado por la parte recurrente, es el libro de familia de su primer matrimonio, el cual no resulta determinante a este respecto. La determinación de ese hecho discutido como acreditado por la vía de la presunción judicial del art. 386.1º LEC, es decir, por medio del “enlace preciso y directo” entre hechos admitidos o probados y conclusión extraíble en base a ellos no resulta factible, pues si bien es cierto que el nacimiento del primer y tercer hijo se produjo en Barcelona, en ... de 1967 y en ...

de 1973, también lo es que el segundo nació en Osuna en ... de 1968, circunstancia que dificulta el establecimiento de una conclusión certera a este respecto. Esa dificultad se acrecienta por el hecho de desarrollar el esposo la profesión de chófer-transportista, circunstancia que facilitaría la dualidad de residencia en territorios de distinto régimen para el matrimonio, a que ha venido haciendo referencia la parte demandante durante todo el procedimiento.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 622/2014, de 16 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 12221/2014.

Divorcio.- Alimentos respecto a los hijos.- Pensión compensatoria.- Utilización de la vivienda familiar.- Aplicación del Derecho catalán a partir del principio de territorialidad.

Normas aplicadas: art. 14 Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 111.3.1º CCCat.

[...]

Pese a que la demandada apelante y la hija común viven en Alcalá de Guadaira (Sevilla) desde la separación matrimonial en 2008, no ha transcurrido el plazo de adquisición de la vecindad civil común y pérdida de la vecindad catalana por residencia y nacimiento respectivamente. El demandante tiene la vecindad civil catalana por residencia. Por ello, en atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda, debe aplicarse a las medidas discutidas el Derecho civil catalán en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1º CCCat. No procede, por tanto, aplicar a las cuestiones controvertidas cumulativamente, como hace la sentencia apelada, las disposiciones del Código Civil estatal y las del Derecho civil catalán, que las regula completamente y que tiene su propio sistema de integración normativa. Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, la materia está regida por el Libro II CCCat, y no por el Codi de Família, como cita la sentencia de primera instancia.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 675/2014, de 4 noviembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 12279/2014.

Separación matrimonial.- Compensación por razón del trabajo.- Régimen económico del matrimonio.- Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: art. 9.2º Cc.

[...]

Debemos sentar las bases jurídicas de la materia debatida. En primer lugar, las partes coinciden en que el régimen que ha regido su matrimonio hasta la separación matrimonial ha sido el de separación de bienes catalán. De la certificación de matrimonio, celebrado antes de la vigencia de la Constitución (que derogó por incompatible el art. 9.2º Cc estatal), se desprende que en aquel momento la aparente vecindad civil del marido era la catalana por residencia tras más de 10 años tras su mayoría de edad. La redacción entonces vigente del art. 9.2º Cc determina que el matrimonio se contrajo en separación de bienes de Cataluña, a falta de capítulos o determinación expresa del régimen.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia nº 371/2014, de 5 diciembre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª Paloma Sancho Mayo. CENDOJ SAP A 4053/2014.

Divorcio.- Medidas respecto a los hijos.- Aplicación de la Ley Valenciana 5/2011.- Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: art. 3.4º Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; arts. 14 y 15 Cc; art. 2 Ley Valenciana 5/2011.

[...]

Atendiendo a los planteamientos del recurso y la impugnación, debe resolverse como primera cuestión, la procedencia en su caso de la aplicación de la Ley Valenciana 5/2011 de uno de abril, que regula las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dado que el juez a quo consideró que no era aplicable esta legislación al no ostentar la hija menor la vecindad civil valenciana, pues tanto la madre como el padre son de nacionalidad argentina.

El art. 2 Ley 5/2011 en cuanto a su ámbito de aplicación establece que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.4º Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana, por lo tanto la que debe tenerse en cuenta es la de la hija, por lo que debe examinarse si la menor ostenta la dicha vecindad, al ser nacida en Villajoyosa.

El art. 14.3º Cc establece que: “si al nacer el hijo o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común”. En este caso la filiación de la menor según establece su partida de nacimiento se corresponde con sus dos progenitores, y según consta en la certificación de su nacimiento a través de una nota marginal (...) “ostenta la nacionalidad española de origen con valor de simple presunción”, sin que conste referencia alguna a su vecindad civil, por lo que es de aplicación el art. 14.6º Cc que establece que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento y también el art. 15.1º de ese mismo texto legal cuando manifiesta que el extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades civiles correspondiente al lugar de residencia, por lo que la vecindad civil de la menor, al no constar otra distinta, será la valenciana al corresponderse con su lugar de nacimiento, por lo que conforme al ya citado art. 2 Ley 5/2011 procede su aplicación al presente caso, debiendo entrar a examinar si conforme a la mencionada legislación procede la aplicación de un régimen de custodia compartida.

Audiencia Provincial de Barcelona , Sección Decimosegunda, Sentencia nº 780/2014, de 11 diciembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 13460/2014.

Divorcio.– Modificación de medidas.– Uso de la vivienda familiar.– Aplicación del Derecho catalán por razón de territorialidad.

Normas aplicadas: art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 111.3.1º CCCat.

[...]

La sentencia de primera instancia no dice qué derecho aplica. No constando la vecindad civil de los litigantes, y en atención a que ambos tienen residencias en sendas comunidades autónomas y que el domicilio familiar estaba en Cataluña, donde continúa residiendo la demandada, debe aplicarse a la medida discutida el Derecho civil catalán en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat. Concretamente, por razón de la fecha de la demanda, la materia está regida por el Libro II CCCat.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia nº 833/2014, de 30 diciembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 14251/2014.

Divorcio.– Alimentos respecto a los hijos.– Régimen de visitas. Competencia de los tribunales españoles.– Aplicación del Derecho español.– Determinación del Derecho español aplicable.

Normas aplicadas: Arts. 3, 8 y 61 Reglamento 2201/2003; art. 3 Reglamento 4/2009; art. 8 Reglamento 1259/2012; arts. 15.1º y 49 Convenio de La Haya de 19 octubre 1996; arts. 3.1º y 16 Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007; art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña; arts. 15.2º y 18 LRC; art. 111.3.1 CCCat.

[...]

Teniendo el demandante la nacionalidad marroquí, no se trata, como dice la sentencia de primera instancia, de que no exista controversia sobre la vecindad civil de las partes “y del referido matrimonio” (pues la vecindad civil es un concepto inaplicable a un extranjero o a un matrimonio), sino de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, que la sentencia apelada no examina, es decir la competencia de los tribunales españoles, como procede hacer de oficio según el art. 38 LEC, y la ley aplicable a los temas objeto del procedimiento. Además de la extranjería del demandante, debe señalarse que la demandada tiene la nacionalidad española, y ambos litigantes y la hija común (de 6 años) eran residentes en Cataluña en el momento de la demanda, presentada el 9 julio 2013.

Atendida esa fecha, a tenor de los arts. 3, 8 y 61.a) Reglamento CE /2201/2003, son competentes los tribunales españoles por residencia de los litigantes y de la menor para resolver la acción de divorcio y las cuestiones sobre responsabilidad parental, y a tenor del art. 3 Reglamento CE /4/2009, en cuanto a los alimentos.

En virtud del art. 8.a) Reglamento UE 1259/2010, la ley aplicable al divorcio es la española, como hace –sin justificar– la sentencia apelada, por residencia común de los litigantes. Según el art. 5.1º Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, debe aplicarse la ley de la residencia de la menor a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por lo que atañe a los alimentos, el art. 3.1º Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que su residencia estaba en Cataluña al momento de la demanda, debemos señalar que hay que aplicar el Derecho civil catalán a la responsabilidad parental y alimentos, en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d’Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat. No procede, por tanto, aplicar a las cuestiones controvertidas cumulativamente, como hace la sentencia apelada, las disposiciones del Código Civil estatal y las del Derecho civil catalán, que las regula completamente y que tiene su propio sistema de integración normativa.

SUCESIONES INTERTERRITORIALES

Albert FONT I SEGURA*

1. La complejidad que generan las sucesiones internacionales queda básicamente reducida a la mera determinación de la ley aplicable en las sucesiones interterritoriales. En efecto, cuestiones como la competencia de las autoridades –judiciales o notariales–, las dificultades derivadas de un sistema de derechos reales completamente ajeno, la regulación de la adjudicación y liquidación de la herencia, el reconocimiento de documentos otorgados en el extranjero, el reconocimiento de resoluciones judiciales, etc., estas cuestiones, como decía, o bien no aparecen en absoluto o bien no representan ningún tipo de reto jurídico. La unidad de jurisdicción y de los registros, así como la existencia de un sistema notarial común y uniformemente regulado, rebajan las tensiones existentes a un puro problema de ley aplicable. No obstante, la disparidad legislativa existe en nuestro ordenamiento plurilegislativo y ello tiene una repercusión evidente en el tratamiento de las sucesiones interterritoriales. La solución prevista en el art. 9.8º Cc es lo suficiente simple y sencilla como para neutralizar la mayor parte de problemas. La vecin-

* Profesor titular de DIPr. Universitat Pompeu Fabra.

dad civil al otorgar el testamento o pacto sucesorio para establecer la ley que rige la validez material del título y la vecindad civil al momento de fallecer, son, como es sabido, las conexiones previstas en el art. 9.8º Cc. En este sentido, la SAP Alicante 24 octubre 2014, *ROJ*: SAP A 3409/2014 en la que para la determinación de las legítimas se sigue el razonamiento legal correcto puesto que se aplica el art. 9.8º Cc por remisión del art. 16 Cc, lo que le lleva a determinar la vecindad civil conforme al art. 14 Cc y a aplicar la legislación civil gallega correspondiente a la vecindad civil del causante al fallecer. Por otra parte, con respecto a la ley aplicable al título o disposición por causa de muerte, puede sacarse a colación la SAP Barcelona 7 enero 2014, *ROJ*: SAP B 18/2014 en la que la determinación de la vecindad civil de la causante es clave para declarar la nulidad e ineficacia del testamento de hermandad otorgado dada su vecindad civil catalana, no navarra, al momento de otorgar tal testamento. El tribunal adopta una solución restrictiva conforme a la cual no cabe salvar la validez del testamento mancomunado otorgado por la causante ya que, de acuerdo con el Derecho civil catalán, se contraviene una forma esencial al otorgar el acto de última voluntad debía adoptar, sin que quepa su convalidación como testamento notarial abierto. No obstante, la simplicidad y sencillez de la vecindad civil es algo más teórico que real. Basta con poner de manifiesto lo que trasluce en la SAP Girona 13 noviembre 2014, *ROJ*: SAP GI 1143/2014. El objeto litigioso es la capacidad del causante al otorgar testamento, pero lo que se quiere subrayar aquí es el hecho de que se constata en la sentencia cómo el causante al otorgar testamento juega con la posibilidad de que al fallecer posea la vecindad civil catalana o común para que así se cumpla de la forma más fiel posible con su voluntad. En efecto, ello da buena prueba de que la vecindad civil no es esa conexión tan fiable y estable como parece. La confusión que genera la vecindad civil es a veces tan extrema que incluso se ha utilizado como conexión para regir la sucesión de un extranjero. Esto es lo que sucede en la SAP Girona 1 octubre 2014, *ROJ*: SAP GI 977/2014 dictada respecto de una sucesión de un causante de nacionalidad alemana a la que se aplica la legislación civil catalana por no acreditarse el contenido del Derecho alemán designado por el art. 9.8º Cc y por poseer el causante vecindad civil catalana.

2. Sin entrar a valorar ahora la bondad de la vecindad civil como punto de conexión, cabe destacar las dificultades que en ocasiones se originan para llegar a determinar la vecindad civil del causante. En este sentido, el transcurso de diez años para la adquisición de la vecindad civil por residencia puede ser determinante para establecer la ley rectora de la sucesión. Las condiciones fácticas son, por consiguiente, determinantes. Así, puede citarse el ATS 11 febrero 2012, *ROJ*: ATS 734/2014 en el que no prospera el recurso de casación interpuesto por carecer de interés casacional. No obstante, puede comprobarse cómo la aplicación del Derecho civil común por adquisición de la vecindad civil por residencia de los causantes altera la voluntad manifestada en el testamento de hermandad que habían otorgado con el Derecho foral navarro. Asimismo, la SAP Valencia 15 enero 2014, *ROJ*: SAP V 11/2014 descarta la aplicación del Derecho foral aragonés revocando la apreciación vertida por la juzgadora de primera instancia. La aplicación del Cc estatal se sustenta pues en la adquisición de la vecindad civil común por residencia lo que determina que no procede la aplicación del plazo de prescripción de cinco años previsto en el Derecho foral aragonés para el ejercicio de la acción de reclamación de la legítima. La cuestión de la determinación de la vecindad civil se erige también en el punto fundamental para la resolución del litigio en la SAP Barcelona 30 junio 2014, *ROJ*: SAP B 8032/2014 en la que se concluye que la vecindad civil del causante era la catalana por residencia continuada en Cataluña pese a estar empadronado en Madrid. La adquisición ipso iure de tal vecindad supone la aplicación de la legislación civil catalana por ser ésta su ley personal y por aplicación del art. 9.8º Cc.

3. Más allá de una cuestión clásica como es la de la asignación de los derechos viudales, cuestión resuelta siguiendo una interpretación claramente restrictiva de los derechos atribuidos por ministerio de la ley por la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Illes Balears de 11 junio 2014, *ROJ*: SAP IB 1256/2014 (*vid.* N. Magallón Elósegui, nota REDI-19-Pr, *REDI*, vol. LXVII, 2015, 1, pp. 287-288), del elenco de sentencias que se han considerado para escribir esta nota cabe destacar aquellas que hacen referencia al fraude de ley, por una parte, y, por otra, las que se refieren a donaciones inoficiosas.

4. La cuestión relativa al fraude de ley es un tema recurrente en el ámbito de las sucesiones interregionales. La SAP Logroño 7 abril 2014, *ROJ*: SAP LO 232/2014 (*vid.* S. Álvarez González, nota RE-

DI-2014-33-Pr, *REDI*, vol. LXVI, 2014, 2, pp. 292-295); la sentencia que es objeto del Auto del Tribunal Supremo de 11 febrero 2012, *ROJ*: ATS 734/2014. Las sospechas que despierta la aplicación de un Derecho que “perjudica” los intereses de aquellos que son legitimarios en otro Derecho conducen en algunas ocasiones a levantar la bandera del fraude de ley. Al margen del acierto de la aplicación del fraude de ley en este tipo de situaciones lo que no tiene sentido es invocar esta figura cuando se produce un incumplimiento de los requisitos exigidos para la adquisición de la vecindad civil, deviniendo entonces esta adquisición ineficaz. Ello sucede tanto en la SAP Logroño 7 abril 2014, *ROJ*: SAP LO 232/2014 como en la sentencia que es objeto del ATS 11 febrero 2012, *ROJ*: ATS 734/2014. En otras palabras, puede discutirse si adquirida la vecindad civil conforme a ley, se puede originar una aplicación del fraude de ley. La valoración de la aplicación de esta figura ya es otra cuestión. Ahora bien, lo que no procede es aplicar el fraude de ley cuando ha habido simulación o, como se dijo, incumplimiento en los requisitos legalmente exigidos, porque entonces no hay fraude sino nulidad o ineficacia. En este sentido, cabe citar la SAP Valencia 15 enero 2014, *ROJ*: SAP V 11/2014 que, correctamente, no cae en la trampa de valorar un eventual fraude de ley sino que únicamente considera la determinación de la vecindad civil.

En fin, si se acoge el argumento del fraude de ley tanto cuando ha habido una adquisición conforme a ley como cuando ésta es nula o ineficaz por simulación, resulta evidente que prima una perspectiva material conforme a la cual hay que proteger los derechos legitimarios. No solo eso, hay que proteger los derechos legitimarios previstos en el Derecho que contempla una legítima amplia, y este no es otro que el Derecho civil común. El fraude de ley juega entonces como una especie de orden público a nivel interterritorial, con el agravante de que se trata de un orden público amparado por la jurisdicción unitaria a favor de uno solo de los Derechos civiles coexistentes en España. Una contradicción en toda regla. El proceso de elaboración del Reglamento 650/2012 es ilustrativo a estos efectos. Primero, porque se modificó sustancialmente lo establecido en el art. 27.2º de la Propuesta en relación al orden público y las legítimas, aclarando definitivamente que debe concurrir un interés público para excepcionar la aplicación de la ley designada por el Reglamento (cdo. 58). Segundo, porque, tal como se desprende del cdo. 54 en relación con el art. 30, las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley rectora de la sucesión no pueden considerarse como normas especiales que impongan restricciones sobre la sucesión. Tercero, porque la elección de ley será eficaz y efectiva aunque las legítimas previstas en la ley elegida sean substancialmente inferiores a las de la ley objetivamente aplicable, esto es la de la residencia habitual o la que provenga de la aplicación de la cláusula de escape. Todo ello pone de manifiesto una vez más las sorprendentes diferencias existentes entre el sistema para resolver los conflictos internos de ley y las soluciones ofrecidas por el Reglamento. Con todo, habrá que esperar a ver cómo se desarrolla la aplicación del fraude de ley en el contexto del Reglamento 650/2012 puesto que no hay que olvidar que el cdo. 26 hace una explícita referencia a tal figura.

5. El otro aspecto que merece un breve apunte es el de las donaciones inoficiosas. Este es un tema que generó una fuerte controversia en el seno de la UE en el proceso de negociación del Reglamento 650/2012, determinando que el Reino Unido e Irlanda no quedaran sujetos al mencionado Reglamento. Se trata, en efecto, del conocido *clawback*. No es ésta una cuestión que provoque desajustes estructurales tan virulentos en la plurilegislación española como los que se producen entre las perspectivas del *civil law* y el *common law*. No obstante, la SAP Zaragoza 11 febrero 2014, *ROJ*: SAP Z 166/2014 es uno de los ejemplos en los que se muestra que las divergencias materiales existentes entre los distintos Derechos civiles españoles por lo que atañe a la computación de las donaciones puede entrañar ciertas dificultades.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Octava, Sentencia de 15 enero 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Fe Ortega Mifsud. *CENDOJ* SAP V 11/2014.

Sucesión.- Reclamación de legítima.- Prescripción.

Normas aplicadas: art. 14.5º Cc.

[...]

El primer motivo de recurso de apelación se sustenta en cuanto al error en valoración de la prueba atacando la excepción de la prescripción acogida en la sentencia al aplicarle el art. 493.1º RD Legislativo de 22 marzo 2011 del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Código de Derecho foral de Aragón y que entró en vigor el 23 abril 2011 que establece que las acciones reguladas en este título (de la legítima) prescriben en el plazo de 5 años contados desde el fallecimiento del causante o desde la delación de la herencia si ésta se produce con posterioridad y para la aplicación de dicho precepto la juzgadora concluye que los causantes tenían la vecindad civil foral. Examinadas las actuaciones no se comparte la fundamentación en orden a la vecindad civil foral sino que se concluye con que ambos causantes tenían la vecindad civil común y para ello basta la aplicación del art. 14.5º Cc [...].

Tribunal Supremo, Sección Primera, Auto de 11 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. *CENDOJ ATS 734/2014.*

Sucesión.– Determinación vecindad civil.– Fraude de ley.

Normas aplicadas: Arts. 6.4º, 12.4º, 14 y 16 Cc.

[...]

Dada la fundamentación expuesta, no pueden acogerse las alegaciones que la parte recurrente realiza en escrito presentado ante esta Sala el 17 diciembre 2013, tras el trámite previo a esta resolución, el recurso incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 477.2, 3º y art. 483.2, 3º de la LEC, inexistencia de interés casacional, pues la resolución del problema jurídico planteado se ha resuelto atendiendo a las circunstancias fácticas del presente caso, esto es, cuando los padres de la Sra. Zulima muestran su voluntad de ostentar la vecindad civil de navarra, la han perdido como consecuencia de la residencia continuada en territorio de derecho común, no habiéndose acreditado la residencia continuada durante más de diez años en territorio navarro, por ello, se privó al demandante, con los testamentos de los causantes, de sus derechos sucesorios.

Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, Sentencia de 11 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso María Martínez Areso. *CENDOJ SAP Z 166/2014.*

Sucesión.– Cálculo de la legítima.– Imputación de las donaciones.

Normas aplicadas: art. 451.5º y 451.8º CCCat.

[...]

La sentencia de la instancia, partiendo de la vecindad civil catalana del causante, de la existencia de determinadas donaciones imputables a la legítima en tres de los cuatro descendientes del mismo, estimó la pretensión parcialmente únicamente respecto a D. Constanancio, sin declaración sobre las costas del litigio.

Audiencia Provincial de Logroño, Sección Segunda, Sentencia de 7 abril 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª María del Puy Aramendía Ojer. *CENDOJ SAP LO 232/2014.*

Sucesión.– Determinación de la vecindad civil.– Fraude de ley.

Normas aplicadas: art. 6.4º Cc.

[...]

Se comparten así las conclusiones del juez de instancia en orden a la adquisición fraudulenta de la vecindad civil navarra por parte de don Isidro y su esposa, quienes desarrollaron su vida personal y patrimonial en La Rioja, sin que llegaran a residir en Mendavia de forma estable y continua, en la forma precisa para adquirir la vecindad civil navarra, que no fue sino una ficción, articulada a través del empadronamiento en Mendavia, la compra de una vivienda en dicha localidad, y el cambio de domicilio fiscal, así como de la indicación en todo tipo de documentos públicos y privados como domicilio Mendavia, sin corresponder a su residencia efectiva, y todo ello para apartar a sus hijas de sus derechos hereditarios.

Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección Quinta, Sentencia de 11 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo Lorenzo Ramon Homar. CENDOJ SAP IB 1256/2014.

Sucesión.– Derechos atribuidos por ministerio de la ley al cónyuge viudo.

Normas aplicadas: Arts. 9.2º, 9.8º, 14 y 16 Cc.

[...]

En consecuencia, esta Sala considera debe prevalecer el principio de unidad de sucesión, sin que proceda la pretensión de la actora de que en la sucesión de D. Arcadio se aplique al mismo tiempo la regulación sucesoria ibicenca por aplicación de la ley personal del causante, y la común únicamente a los derechos legitimarios del cónyuge viudo, y que, la ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge supérstite por ministerio de la ley y que en este caso vendrán determinadas por la ley personal del causante. A tal argumento cabría añadir el hecho de que la regulación contenida en la Compilación Balear, conforme a la STSJ Islas Baleares de 3 septiembre 1998, la Compilación debe prevalecer sobre el Código Civil en aspectos sucesorios, sobre los cuales contiene una regulación completa.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimotercera, Sentencia de 30 junio 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª Maria dels Àngels Gomis Masqué. CENDOJ SAP B 8032/2014.

Sucesión.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º y 14 Cc, arts. 64 y 65 LRC.

[...]

Tal como señala la jurisprudencia recogida en la sentencia de primera instancia, las normas sobre vecindad civil son de carácter imperativo, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el Título Preliminar del Código civil, y no depende de la voluntad de las personas tener una u otra vecindad, excepto en los casos y con los requisitos establecidos en la ley vigente en cada momento.

Audiencia Provincial de Girona, Sección Segunda, Sentencia de 1 octubre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Isabel Soler Navarro. CENDOJ SAP GI 977/2014.

Sucesión.– Causante extranjero.– Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Arts. 9.1 y 9.8º Cc.

[...]

En cuanto al primer motivo del recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 9.8º Cc la sucesión se rige por la ley personal del causante con independencia del lugar de fallecimiento y en consecuencia tienen-

do el fallecido la nacionalidad Alemana, será la ley Alemana la que deberá aplicarse al supuesto de autos. Dicho lo cual también debe tenerse en cuenta que para aplicar dicha ley personal la parte actora le incumbe acreditar debidamente del derecho alemán aplicable al supuesto presente que, y esto es lo que la parte recurrente no acredita y ni tan siquiera en la demanda donde se insta la demanda, se hace mención alguna a la Ley Alemana que debe aplicarse.

La insistencia por parte de la parte apelante actora en el proceso, y ahora en esta alzada, en que debe aplicarse el derecho nacional de la causante, —el derecho alemán—, pues no es un hecho controvertido que tal era su nacionalidad en el momento de su fallecimiento, y por aplicación del art. 9.8º Cc, es el aplicable, sin embargo esta insistencia de la parte apelante no ha ido acompañada de la acreditación por su parte de la existencia, vigencia y alcance en consecuencia debe aplicarse al supuesto presente el CCC al ser la vecindad civil del causante la catalana, como así lo aplica la sentencia de Instancia.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Primera, Sentencia de 16 octubre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Luisa Guzmán Oriol. CENDOJ SAP B 18/2014.

Sucesión.— Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Arts. 9.8 y 14 Cc, arts. 64 y 65 LRC.

[...]

Como hemos dicho Dª Cándida adquirió la vecindad civil navarra en 1944 por razón de matrimonio y sin efectuar personalmente declaración expresa al respecto ante el Encargado del Registro Civil, y tras la Constitución de 1978, liberada de la vinculación a la vecindad civil del marido por derogación del art. 14.4º Cc, dejó transcurrir el plazo de 10 años con residencia en Barcelona y sin manifestar ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de conservar la vecindad civil navarra, lo que determina que en la fecha de su fallecimiento, en 2002, estaba sujeta a la vecindad civil catalana.

Por tanto, y conforme al art. 9.8º Cc, la norma que debe regir la sucesión de Dª Cándida es el Código de Sucesiones catalán aplicable en la fecha de la muerte del causante.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 24 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ataulfo Ballesta Bernal. CENDOJ SAP A 3409/2014.

Sucesión.— Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Arts. 9.8º, 14 y 853 Cc.

[...]

Sobre la vecindad civil del causante.

Desestima la resolución recaída en la primera instancia la pretensión que se ejercita en el escrito de demanda de que se declare que por tener el causante vecindad civil valenciana, la legítima que corresponde a los hijos en su calidad de herederos forzosos es la que establece el Código Civil en su art. 808, y que por ello le corresponde los dos tercios de la masa hereditaria, y ello por cuanto de la prueba practicada no se desprende que el causante tuviese su residencia continuada durante Diez Años en la localidad de Torrevieja, ni hubiere manifestado su intención de adquirir la vecindad civil valenciana.

Efectivamente el art. 9.8º Cc, al que remite el art. 16 del mismo Código, determina que la sucesión se regirá por la ley personal del causante en el momento de su fallecimiento, así como que las legítimas se regularán por lo dispuesto en esa ley. Por su parte el art. 14 Cc establece que la sujeción a la legislación civil o común se determina por la vecindad civil, la que se adquiere: 1º) Por la residencia continuada de dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. 2º) Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo.

En el caso que nos ocupa el principal problema que se plantea es determinar si por razón de residencia en la Comunidad Valenciana Don Norberto adquirió tal vecindad civil, en cuyo caso el derecho sucesorio aplicable sería el Derecho civil común, o si por el contrario, no siendo tal residencia continuada, tenía la vecindad civil gallega, ya que no tuvo su residencia habitual durante más de Diez Años en la Comunidad Valenciana, caso en el que sería de aplicación el Derecho civil de Galicia.

Audiencia Provincial de Girona, Sección Primera, Sentencia de 13 noviembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez. CENDOJ SAP GI 1143/2014.

Sucesión.– Capacidad para otorgar testamento.

Normas aplicadas: Arts. 421 CCCat.

[...]

Hechos no controvertidos

Para el caso de fallecer habiendo adquirido la vecindad civil catalana por razón de residencia:

a) Lega a todas las personas que puedan ostentar tal derecho, lo que por legítima pudiere corresponderle.

b) Deshereda expresamente a sus hijos Marcial Y María Angeles por falta de trato familiar, en virtud del art. 451–17, nº 2 letra e) del Codi Civil Catalunya.

c) Nombra e instituye heredero universal y libre a su hijo D. Olegario; sustituyéndole vulgarmente por su descendencia por partes iguales.

Para el caso de fallecer ostentando la vecindad civil de Derecho Común:

a) Mejora a su hijo D. Olegario ; sustituyéndolo vulgarmente por su descendencia por partes iguales.

b) Nombra e instituye heredero universal y libre a su hijo D. Olegario ; sustituyéndole vulgarmente por partes iguales.

c) Lega a sus citados hijos lo que por legítima pudiere corresponderles.

PAREJAS DE HECHO Y PENSIONES DE VIUDEDAD: SIGUIENDO EL CAMINO MARCADO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Miguel GARDEÑES SANTIAGO *

1. El año 2014 ha sido importante para el régimen legal de las condiciones de obtención de una pensión de viudedad por parte del supérstite de una pareja de hecho, por cuanto el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el controvertido art. 174.3º de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), tal como fue redactado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Desde la perspectiva del Derecho interterritorial, la sentencia de mayor interés es, sin duda, la STC 40/2014, de 11 de marzo, de la que ya tuve ocasión de ocuparme con cierto detalle en esta misma sede (“Pensiones de viudedad, parejas de hecho y conflictos de leyes internos”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1228–1233).

2. Las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia comentadas, posteriores a la citada resolución del TC, pueden dividirse en dos tipos: por un lado se trata de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales sitos en territorios con Derecho civil propio, y más concretamente en Cataluña, que, en

* Profesor titular de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona.

aplicación de la nueva doctrina del TC, declaran la inaplicabilidad de la remisión al Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma para concretar y acreditar la existencia de una pareja de hecho, y ello como consecuencia de la declaración de nulidad del párrafo quinto del citado art. 174.3 LGSS que deriva de la STC 40/2014. El segundo tipo son decisiones de Tribunales Superiores sitos en territorios sin Derecho civil propio, que deben resolver el argumento de que el párrafo quinto del art. 174.3º LGSS produciría una discriminación contraria a la Carta Magna, que desfavorecería a los supérstites de parejas de hecho sujetas al Derecho civil común, por cuanto se les aplicaría un trato más gravoso, en cuanto a las condiciones para considerar acreditada una pareja de hecho, que el aplicable a los supervivientes de parejas sujetas a alguno de los Derechos civiles forales o especiales, ya que éstos regularían la existencia y acreditación de las parejas estables no matrimoniales de una manera más laxa.

3. Empezando por el primer tipo de casos, suelen obedecer al siguiente patrón básico: los supérstites de una pareja de hecho regida por el Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma solicitan una pensión de viudedad al amparo del art. 174.3º LGSS. La Administración de la Seguridad Social se la deniega, por entender que no se cumplían la condiciones para considerar acreditada la existencia de una pareja de hecho de acuerdo con el párrafo cuarto del precepto anteriormente citado, a saber, la inscripción en alguno de los Registros de parejas existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o bien mediante la constitución de la pareja en documento público y, tanto en uno como en otro caso, con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante. La resolución denegatoria del INSS se revocaría por los Juzgados de lo Social, que habrían entendido que, al ser aplicable el Derecho autonómico en virtud de la remisión hecha por el párrafo quinto del tan citado precepto, ello conduciría a que se considerara acreditada la existencia de las pareja de hecho aun cuando los miembros de la pareja no se hubieran inscrito en un Registro específico (ni tampoco se hubieran constituido como pareja en documento público), y ello por aplicación, bien de la Ley catalana 10/1998, de Uniones Estables de Pareja, bien del art. 234 CCCat (introducido por la Ley 25/2010, del Libro segundo del CC catalán, relativo a la persona y la familia) que habría sustituido a la primera. Las decisiones de primer grado habrían sido recurridas ante el TSJ por el INSS y, hallándose los recursos pendientes, habría recaído la citada STC 40/2014, y poco después también la importante STC 45/2014, de 7 de abril, y ello habrían incidido decisivamente en la suerte de los recursos: una vez anulada la remisión al Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma contenida en el párrafo quinto del art. 174.3º LGSS, la acreditación de la existencia de la pareja de hecho quedaría a expensas del régimen previsto en el precitado párrafo cuarto, de manera uniforme para todos los territorios del Estado, como recuerda la STSJ de Cataluña 11161/2014, de 28 de octubre (F.J. 4º). Ello conduce, como es de prever, a revocar las sentencias de los JS y, por tanto, a denegar el derecho a pensión (*v.gr.*, además de la anteriormente citada, *vid.* también las sentencias 3418/2014, de 22 de abril y 7233/2014, de 23 de junio, ambas del TSJ de Cataluña). Aun cuando se trata de una consecuencia esperable a la luz de la jurisprudencia constitucional, tampoco cabe desconocer que ello ha supuesto denegar el derecho a pensión en casos en que, a juzgar por el relato fáctico de las sentencias, la existencia de una comunidad de vida familiar, incluso con hijos en común era más que evidente. A algunos litigantes, más afortunados, el TSJ les reconoció el derecho a pensión –confirmando así las resoluciones de los Juzgados– sencillamente porque las sentencias que resolvieron los recursos de suplicación se dictaron unas pocas semanas antes del 11 marzo 2014, fecha de la STC 40/2014 (*v.gr.*, STSJ de Cataluña 14/2014, de 13 de enero), y aquí hay que recordar que en su precitada sentencia el TC aclaró que la declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3º LGSS operaría únicamente *pro futuro*, no afectando por tanto a los procedimientos administrativos o judiciales en los que ya hubiera recaído resolución firme (FJ 6º, último párrafo). Entonces, en la medida en que tales resoluciones anteriores hubieran conseguido ganar firmeza, bien podría decirse que los interesados le deben su pensión a *Cronos*, que para ellos tendrá un semblante bastante más agradable que el que la mitología le atribuye por el tratamiento dispensado primero a su padre Urano y después a sus hijos, cuyos detalles no es imprescindible reproducir aquí.

4. El segundo tipo de casos provendría de Tribunales Superiores de territorios sin Derecho civil propio (por ejemplo, sentencias 5047/2014, de 28 de mayo y 11107/2014, de 10 de diciembre, ambas del

TSJ de Andalucía), y el patrón básico sería el siguiente: solicitada la pensión por el superviviente, ésta habría sido denegada –tanto por la Administración como por los Juzgados Sociales– por no cumplirse las condiciones del párrafo cuarto del art. 174.3º LGSS. Entre otros argumentos, los recurrentes en suplicación alegaban que habrían sido víctimas de una discriminación contraria al art. 14 CE, por cuanto el reconocimiento de su derecho a pensión sería más difícil, como consecuencia de que el régimen previsto en el art. 174.3º, párrafo cuarto, sería más gravoso que el que prevén las leyes civiles autonómicas a las que remitía el párrafo quinto. El TC les dio la razón en cuanto a la inconstitucionalidad del tan referido párrafo quinto. Ahora bien, ello no les sirve de mucha ayuda. Lejos de reconocérseles el derecho a pensión, merced a una equiparación con las condiciones más favorables aplicables a los supervivientes de parejas sometidas al Derecho civil foral o especial (¿cuál de ellos?), o bien por aplicación de las leyes de parejas de hecho de sus respectivas Comunidades Autónomas (aunque carecieran de un Derecho civil propio) lo que dicen los respectivos TSJ –siguiendo la línea marcada por el TC– es que la citada impugnación habría quedado sin objeto, por cuanto el polémico y tan citado párrafo quinto habría sido anulado o “expulsado del ordenamiento”, en palabras del propio TC (sentencia 45/2014, FJ 2º, último párrafo) y, por tanto, ya no habría lugar a la discriminación denunciada. Aunque probablemente no haya nada que objetar desde el punto de vista del rigor jurídico-formal del razonamiento, no deja de ser un triste consuelo para los reclamantes de pensión.

5. Para concluir, podemos afirmar que el aluvión de sentencias sobre el art. 174.3º LGSS que se han producido hasta la fecha, incluyendo la jurisprudencia constitucional, demostraría una cosa: cuando, mediante la Ley 40/2007, el legislador extendió el derecho a pensión de viudedad a los supervivientes de una pareja de hecho, lo hizo con un espíritu bastante restrictivo, por las numerosas condiciones impuestas. Por ello, si se nos permite recurrir a una metáfora, no puede decirse que “abriera la puerta” de la pensión de viudedad a las parejas de hecho. A lo sumo, la entreabrió, y el Tribunal Constitucional todavía la ha cerrado un poco más. Ahora bien, en mi opinión, el actual *statu quo* tampoco es satisfactorio. Algunos de los casos que dieron lugar a las sentencias comentadas, y otros muchos similares, demuestran que en supuestos en los que claramente existía una comunidad de vida de los miembros de la pareja, incluso con hijos comunes, se denegó el derecho a pensión, y ello invitaría a reflexionar sobre las mejoras que podrían aportarse al art. 174.3º LGSS. Tras la STC 40/2014, queda claro que el régimen aplicable para valorar la existencia o no de una pareja de hecho a los efectos de la pensión pública de Seguridad Social debe ser un régimen unitario para todo el Estado. Admitido esto, queda por ver si la regulación unitaria que hoy proporciona el párrafo cuarto del precepto citado es realmente la más adecuada. A este respecto, ¿es razonable que dicho párrafo no conceda relevancia alguna al hecho de que los convivientes tengan hijos en común? ¿No sería más razonable prever también, junto a los supuestos de inscripción registral y constitución mediante documento público, el caso de la convivencia efectiva unida a la existencia de descendencia común? Sin duda, ello daría lugar a resultados más justos, y se atenderían supuestos en los que claramente puedan existir situaciones de necesidad y de dependencia económica.

6. Llegados a este punto, incluso me atrevería a decir, como ya apunté en mi anterior trabajo (“Pensiones de viudedad...”, *loc. cit.*, pp. 1232–1233), que el párrafo cuarto del art. 174.3º LGSS, al no prever la situación de los convivientes con hijos comunes, podría estar incurriendo en una auténtica arbitrariedad, también prohibida por la Constitución (art. 9.3). Se me podrá replicar que la citada STC 45/2014 ya habría declarado que el referido párrafo 4 se ajusta a la Constitución (FJ 3º). Ahora bien, lo único que dijo el TC en dicha sentencia fue que el legislador no había traspasado los límites que impone el respeto del principio de igualdad (FJ 3º), pero no dijo nada sobre la apreciación del párrafo citado a la luz de un principio constitucional distinto, como es el de interdicción de la arbitrariedad (sobre la interpretación de este principio, *vid.* STC 181/2000, de 29 de junio, FF JJ 15 a 17). Pues bien, entiendo que el hecho de que el tan citado párrafo cuarto no tenga en cuenta, para considerar acreditada la existencia de una pareja de hecho a los efectos de la obtención de una pensión de viudedad, aquellas situaciones en que concurren dos elementos, convivencia estable y descendencia común, plantea dudas más que razonables desde la óptica del respeto al principio de prohibición de la arbitrariedad. Es más, y por retomar los argumentos básicos esgrimidos por el TC en su sentencia 45/2014 para legitimar el párrafo cuarto del art. 174.3

LGSS, la admisión de dicha situación, junto a las dos que actualmente recoge el citado párrafo (inscripción registral o constitución mediante documento público) no creo que pusiera en jaque la seguridad jurídica ni tampoco la supuesta voluntad del legislador de constatar, a través de un medio idóneo, el “compromiso de convivencia” entre los miembros de una pareja (FJ 3º, par. 5). Entiendo que tal compromiso puede deducirse sin mayores dificultades del hecho de haber tenido hijos en común, siempre que los progenitores convivan de manera estable.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 2987/2014, de 22 abril 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Miguel A. Sánchez Burriel. CENDOJ STSJ CAT 418/2014.

Pareja de hecho.– Pensión de viudedad.– Acreditada la convivencia efectiva.– Desestimación por falta de constitución formal de la pareja de hecho.

Norma aplicada: art. 174.3º Ley General de Seguridad Social.

[...]

Y es por ello que cuando los términos de la norma no dejan lugar a dudas de que los requisitos establecidos en el precepto para causar derecho a la pensión solicitada son requisitos acumulativos y que por tanto, el requisito de constitución formal como pareja de hecho, en los casos de fallecidos a partir del 1 enero 2008, es diferente al de la convivencia y, además resulta imprescindible para tener derecho a la pensión, lo que el legislador está limitando no es otra cosa que el acceso a la protección de las parejas de hecho “puras”, entendidas por tales aquellas que no se han constituido como pareja matrimonial ni como pareja de hecho en la forma legalmente prevista para quedar sujetas al régimen jurídico propio de éstas (parejas de hecho oficializadas) por muy consolidada que sea su relación de pareja.

Por ello, y en virtud de las razones antes expuestas, determinan la necesidad de estimar el recurso planteado toda vez que si bien la pareja de la demandante falleció el 23.10.11, esto es una vez entrada en vigor la Ley 40/2007, y cumple el requisito de convivencia interrumpida, no cumple con el de estar formalmente constituidos como pareja de hecho, ya que en ningún momento consta que se inscribieran en los registros oficiales de parejas de hecho correspondientes, ni se ha demostrado que hicieran constar en documento público su condición de pareja de hecho hasta 5 meses antes del fallecimiento del causante. En definitiva, estamos en presencia, de lo que fue una pareja que ha vivido su relación como tal en el estricto ámbito de su vida privada, con su natural incidencia en el ámbito familiar y de relaciones privadas, pero sin voluntad de constituirse formalmente como una pareja de hecho y sujeta, por ello, al régimen jurídico propio de las parejas de hecho oficializadas”.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 1095/14, de 28 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco José Villar del Moral. ROJ STSJ AND 5047/2014.

Pareja de hecho.– Pensión de viudedad.– Desestimación por falta de constitución formal de la pareja de hecho. – Discriminación contraria a la Constitución como resultado de la remisión al Derecho autonómico: desaparición sobrevenida del objeto de la impugnación, como resultado de la anulación por la STC 40/2014 del párrafo 5 del art. 174.3º LGSS. – La exigencia de inscripción en un Registro específico o de constitución mediante documento público no es contraria al principio de igualdad, en aplicación de la jurisprudencia del TC (STC 45/2014).

Norma aplicada: art. 174.3º Ley General de Seguridad Social.

[...]

En lo que concierne a la posible discriminación, a la que se vincula la vulneración de los derechos fundamentales reseñados, en cuanto a distinto trato entre españoles según la vecindad civil de los

potenciales beneficiarios de la pensión de viudedad, dependiendo que se habite en una CC AA con distinto Derecho civil foral o común, el TC ha resuelto la cuestión distinguiendo entre el concepto mismo de pareja de hecho determinado por la legislación foral, en que ciertamente admite la discriminación relativa a ciudadanos avecindados en diversas comunidades autónomas, pues en algunas era posible inscribirse registralmente conforme a su legislación específica como pareja de hecho sin previo divorcio o separación, lo que no se permitía en otras y la constancia de su existencia frente a terceros de forma fehaciente, siempre exigible, en la reciente STC 45/2014 de 7 de abril,... [...]

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 4543/2014, de 23 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Felipe Soler Ferrer. ROJ STSJ CAT 7233/2014.

Pareja de hecho.– Pensión de viudedad.– Acreditada la convivencia efectiva.–Desestimación por falta de constitución formal de la pareja de hecho. –Imprudencia de la remisión al Derecho autonómico, por aplicación de la doctrina sentada en la STC 40/2014.

Norma aplicada: art. 174.3º Ley General de Seguridad Social.

[...]

Para la acreditación de la existencia de la pareja de hecho se exigen dos Simultáneos requisitos para que el miembro supérstite de la “pareja de hecho” pueda obtener la pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) la publicidad de la situación de convivencia more uxorio, imponiendo –con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento– la inscripción en el registro de parejas de hecho [en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia] o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público.

En la actualidad, tras la STC 11 marzo 2014 que declara la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3º LGSS, ya no es posible, como hace la sentencia de instancia, remitirse a la legislación autonómica para la acreditación de la pareja de hecho, debiendo estarse a los requisitos establecidos en la legislación estatal, no cumpliéndose en el presente caso el citado requisito formal o de publicidad de la situación de convivencia more uxorio, con carácter constitutivo y una antelación mínima de dos años al fallecimiento, de la inscripción en el registro de parejas de hecho o en aquellos específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia, o la constancia de su constitución en documento público. La pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas “de hecho” con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho “registradas” cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho –pensión– únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”(por todas, STS/4ª de 16 julio 2013 –rcud. 2924/2012 –).

Lo expuesto comporta la estimación del motivo y con ello del recurso... “[...]”

Tribunal Superior de Justicia de Castilla–León Andalucía, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 975/2014, de 26 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Gabriel Coullaut Ariño. ROJ STSJ CL 2688/2014.

Pareja de hecho.– Pensión de viudedad.– Desestimación por incumplimiento de la condición de que ninguno de los miembros de la pareja esté impedido para contraer matrimonio, al no haberse divorciado de su cónyuge.– Discriminación contraria a la Constitución como resultado de la remisión al Derecho autonómico: desaparición sobrevenida del objeto de la impugnación, como resultado de la anulación por la STC 40/2014 del párrafo 5 del art. 174.3º LGSS.

Norma aplicada: art. 174.3º Ley General de Seguridad Social.

[...]

Desestimada la demanda deducida para reconocimiento de pensión de viudedad, interpone la actora Recurso de Suplicación que fundamenta en un único motivo amparado en el ap. c) art. 193 LRJS en el que denuncia infracción de los arts. 14 y 139.1º CE preceptos constitucionales que la recurrente considera conculcados por el art. 174.3º LGSS en cuanto exige para causar la pensión de viudedad que el supérstite o sobreviviente de una pareja de hecho no se encuentre impedido para contraer matrimonio y por tanto no tenga un vínculo matrimonial anterior con otra persona, requisito que en la normativa reguladora de las parejas de hecho de algunas Comunidades Autónomas no se exige para la válida constitución de parejas de hecho; la actora está casada y su vínculo matrimonial no está disuelto porque solamente está separada, que no divorciada, de su marido por sentencia firme de 18 abril 1984 (hecho probado primero) y la posible inconstitucionalidad que se señala por la recurrente está resuelta por la STC 40/2014 de 11 de marzo que declaró la inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3º LGSS, es decir la remisión a la normativa civil de las Comunidades Autónomas para determinar la consideración de las parejas de hecho, regulación que tendrá validez a efectos meramente civiles y resultará de aplicación a quienes se rijan por la normativa foral o especial correspondiente a su vecindad civil pero que no puede determinar el derecho a causar una prestación del sistema institucional de la Seguridad Social que se rige por la legislación del Estado y debe ser por tanto de igual aplicación para todos sus ciudadanos; y en cuanto a la exigencia para lucrar la pensión de viudedad de que el conviviente supérstite no esté impedido de contraer matrimonio por estar casado en anteriores nupcias no disueltas en debida forma, cabe decir que tal exigencia no se reputa inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en este procedimiento en relación con la cuestión planteada por ese Tribunal porque, en esencia, la unión matrimonial y la unión de hecho no son situaciones jurídicas equivalentes, porque “mientras que el matrimonio es una institución social garantizada por nuestra norma suprema y el derecho a contraerlo es un derecho constitucional cuyo régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional, nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”; de dicha argumentación se infiere por tanto que es razonable que el régimen jurídico para causar la pensión de viudedad no sea exactamente el mismo en una y otra situación; no habiéndose producido infracción de los preceptos citados de conformidad con la doctrina contenida en el Tribunal Constitucional las Sentencias antes mencionadas el Recurso debe ser desestimado y la Sentencia confirmada”. [...]

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 8218/2014, de 21 julio 2014. Ponente: Ilma. Sra. Sara María Pose Vidal. ROJ STSJ CAT 8218/2014.

Pareja de hecho.– Pensión de viudedad.– Desestimación por falta de constitución formal de la pareja de hecho. –Improcedencia de la remisión al Derecho autonómico, por aplicación de la doctrina sentada en la STC 40/2014. – La exigencia de inscripción en un Registro específico o de constitución mediante documento público no es contraria al principio de igualdad, en aplicación de la jurisprudencia del TC (STC 51/2014).

Norma aplicada: art. 174.3º Ley General de Seguridad Social.

[...]

Recorre en suplicación el INSS y con amparo procesal en el ap. c.) del art. 193 LRJS, denuncia la infracción por la sentencia de instancia del art. 174.3º LGSS, al considerar que la demandante no ha acreditado la constitución de pareja de hecho con el causante, como tampoco la convivencia ininterrumpida durante al menos cinco años anteriores al fallecimiento, habiendo entendido la sentencia de instancia que este último requisito ha sido debidamente acreditado por prueba testifical y que la aplica-

ción de las normas del Derecho civil propio de Cataluña hace que no sea exigible la inscripción en registro público como pareja de hecho, ni documento público al efecto.

La tesis de la sentencia de instancia no es compartida por esta Sala, como ya pusimos de manifiesto en nuestra Sentencia de 13 febrero 2014, dictada en RS 5150/2013, y que se reitera en Sentencia n.º 3552/2014, de 15 de mayo, en RS 2111/2014, y en las más recientes dictadas en recursos 2322/14 y 2571/14 ; es cierto que esta Sala ha mantenido el criterio aplicado en instancia en otras sentencia, considerando que es posible el acceso a la pensión de viudedad cuando la reclamante consigue acreditar la convivencia estable e ininterrumpida durante los cinco años anteriores al hecho causante, aunque no haya acreditado el requisito formal de inscripción registral pública o el documento notarial que así lo certifique. Para salvar el cumplimiento de esta exigencia, se acostumbraba a acudir a la Ley de la Generalitat de Catalunya 10/1998, de 15 julio parejas de hecho... "[...]

Es evidente que la interpretación referida se funda en la previsión del ap. 5º del art. 173.3º LGSS, sobre la posibilidad de acreditación de la existencia de pareja de hecho conforme a la normativa de Derecho civil propio en las Comunidades Autónomas que dispongan del mismo, aplicabilidad que debe descartarse a partir de la reciente STC 40/2014, de 11 de marzo, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1º.17 CE, del mencionado precepto... "[...]

Así las cosas, la exigencia de inscripción en alguno de los registros específicos existentes o su formalización mediante documento público es aplicable a todos los territorios del Estado, conforme al art. 174.3º, habiéndose pronunciado nuevamente el TC, en Sentencia 51/2014, de 7 de abril (Recurso de inconstitucionalidad 7142/2013), sobre la constitucionalidad de dicha exigencia, rechazando la posible vulneración del art. 14 CE... "[...]

Tribunal Superior de Justicia de Castilla–León Andalucía, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 01143/2014, de 23 julio 2014. Ponente: Ilma. Sra. Susana María Molina Gutiérrez. ROJ STSJ CL 3270/2014.

Pareja de hecho.– Pensión de viudedad.– Desestimación por falta de constitución formal de la pareja de hecho.

Norma aplicada: art. 174.3º Ley General de Seguridad Social.

[...]

Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda deducida sobre reconocimiento de una pensión de viudedad, se alza en Suplicación el Letrado Don...en nombre y representación de Don...destinando la totalidad de su recurso al examen del derecho subjetivo y la doctrina jurisprudencial aplicados por la juzgadora. Considera infringido el actor el apartado tercero del art. 173 LGSS en relación con el art. 14 CE, en el sentido de ser interpretado el primer precepto de manera que los viudos de cualquier condición y vecindad civil hayan de ser tratados de manera homogénea cuando estén en similares situaciones, de modo que, en este caso, la acreditación de la existencia de una pareja de hecho por cualquier medio de prueba admitido en Derecho. [...]

La inscripción se configura como elemento constitutivo y al no concurrir en el caso que nos ocupa la suerte del recurso ha de ser claramente desestimatoria. "[...]

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 7153/2014, de 28 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco Javier Sanz Marcos. ROJ STSJ CAT 11161/2014.

Pareja de hecho.– Pensión de viudedad.– Desestimación por falta de constitución formal de la pareja de hecho. –Improcedencia de la remisión al Derecho autonómico, por aplicación de la

doctrina sentada en la STC 40/2014. – La exigencia de inscripción en un Registro específico o de constitución mediante documento público no es contraria al principio de igualdad, en aplicación de la jurisprudencia del TC (STC 51/2014).

Norma aplicada: art. 174.3º Ley General de Seguridad Social.

[...]

Conforme a una ya consolidada doctrina jurisprudencial (manifestada, entre otras coincidentes, por las SSTs de 20 diciembre 2011 y 24 y 30 de mayo y 11 junio 2012) los requisitos legales de “existencia de pareja de hecho” y de “convivencia estable y notoria”, establecidos ambos en el vigente art. 174.3º Ley General de la Seguridad Social son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente. Distingue en este punto el Alto Tribunal las reglas de acreditación de uno y otro requisito, pues mientras la existencia de pareja de hecho habrá de ser justificada, bien mediante “inscripción en registro específico” de parejas de hecho, bien mediante “documento público en el que conste la constitución” de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas; la acreditación de la convivencia en “pareja de hecho” (more uxorio o a “modo de matrimonio” en terminología clásica) puede hacerse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho; sin que el empadronamiento conjunto del causante y el beneficiario se manifieste como un elemento “constitutivo” de la convivencia a modo de matrimonio ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación (STS 9 junio 2011). Criterio que reitera –con cita de los pronunciamientos que en el mismo se recogen– el Auto del mismo Tribunal de 15 enero 2014 cuando advierte la ausencia del necesario “contenido casacional” de la cuestión que se le plantea relativa a “la acreditación del requisito de existencia de una pareja de hecho a los efectos de reconocimiento de pensión de viudedad al sobreviviente, cuando el hecho causante acontece tras la entrada en vigor ...de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre)...”.

Se considerará pareja de hecho “la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”.

A este cuarto ap. de la Ley (al que expresamente se remite la 40/2007) sigue un último párrafo según el cual “En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”; párrafo que ha sido declarado “inconstitucional y nulo” por “vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE” en la reciente STC 11 marzo 2014.

Así las cosas, la convivencia (probada en los términos que resultan de aquel incombato particular fáctico) constituye una condición necesaria pero no suficiente para lucrar una prestación que la norma asocia también al hecho de que la beneficiaria hubiera mantenido la misma (de forma ininterrumpida), “como pareja de hecho en los términos establecidos” en la norma; esto es, mediante la “inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”. Tasados medios de prueba que no pueden hacerse extensivos –en aplicación de la sentencia que se cita de nuestro Tribunal Constitucional– a aquellos otros que pudieran establecer las Comunidades Autónomas con Derecho civil Propio, como lo es el expresado –en el caso que nos ocupa– bien por la Ley

9/1998 del Código de Familia, la 10/1998, de uniones estables de pareja de hecho o la posterior 3/2005.

Se remite, en este sentido, la sentencia de este Tribunal Superior de 21 julio 2014 a lo manifestado al respecto en las de 13 de febrero y 15 mayo este mismo año al recordar como esta Sala “ha mantenido el criterio aplicado en instancia en otras sentencia, considerando que es posible el acceso a la pensión de viudedad cuando la reclamante consigue acreditar la convivencia estable e ininterrumpida durante los cinco años anteriores al hecho causante, aunque no haya acreditado el requisito formal de inscripción registral pública o el documento notarial que así lo certifique. Para salvar el cumplimiento de esta exigencia, se acostumbraba a acudir a la Ley de la Generalitat de Catalunya 10/1998, de 15 julio parejas de hecho, que define (art. 1) como parejas de unión estable, aquellas que sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí, han vivido maritalmente durante un tiempo mínimo de dos años, o hayan otorgado escritura pública manifestando su voluntad al respecto, pero además, siempre y cuando uno de los dos cónyuges tenga la vecindad civil catalana. Requisitos que el párrafo segundo, a reglón seguido, excepciona, en el sentido de que no es necesario el transcurso del periodo indicado cuando tenga hijos comunes, pero sí se requiere la necesaria convivencia. El art. 2 de esa misma norma, por su parte, regula las formas de acreditación, de tal modo que –avanzaba a aquella en su razonamiento– si no se ha formalizado en escritura pública dicha unión, podrán adquirir la condición de unión estable (pareja de hecho, en el derecho común) si por cualquier medio de prueba admitido en derecho se acredita la convivencia marital durante dos años.... [...]”

Por tanto, ostentando los dos miembros de la pareja la vecindad catalana, la exigencia formal se puede acreditar por cualquier medio de prueba de los habilitados en derecho; además, cabe puntualizar, que con la entrada en vigor la Ley 20/2010, ya no es de aplicación la Ley 10/1998, citada, sino el Libro II, capítulo IV, arts. 234 y ss, del Código Civil Catalán, donde, si cabe se clarifica, aún más, la forma de probar la existencia de una pareja estable, y con este fin se establece, por un lado, que basta acreditar, entendiéndose, por cualquier medio de prueba de los habilitados en derecho, la simple e ininterrumpida convivencia durante dos años (art. 234.1º), y por otro, en el caso de hubieren nacido hijos de la relación ni siquiera hay que acreditar ningún periodo de convivencia (art. 234.2º), como tampoco se exigirá ningún periodo mínimo de convivencia cuando dicha relación se hubiere formalizado a través de una escritura pública (art. 234.3º).

Es evidente (se añade, con la derivada jurídica trascendencia) que la interpretación referida se funda en la previsión del ap. 5º del art. 173.3º LGSS, sobre la posibilidad de acreditación de la existencia de pareja de hecho conforme a la normativa de Derecho civil propio en las Comunidades Autónomas que dispongan del mismo, aplicabilidad quien (como ya anteriormente enunciamos) debe descartarse a partir de la reciente STC 40/2014, de 11 de marzo, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1º.17 CE, del mencionado precepto, señalando que la norma cuestionada introducía en la regulación de la pensión de viudedad un criterio de diferenciación entre los sobrevivientes de las parejas de hecho carente de justificación, en tanto que la remisión que realizaba a la legislación específica de las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio daba lugar a que los requisitos de acceso a la pensión de viudedad fueran distintos en función de la definición de la pareja de hecho y los modos de acreditarla previstos en las correspondientes legislaciones de las referidas Comunidades Autónomas” [...].

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sección Primera, Sentencia 2385/14, de 10 diciembre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. Francisco José Villar del Moral. ROJ STSJ AND 11107/2014.

Pareja de hecho.– Pensión de viudedad.– Desestimación por falta de constitución formal de la pareja de hecho. – Discriminación contraria a la Constitución como resultado de la remisión al Derecho autonómico: desaparición sobrevenida del objeto de la impugnación, como resultado de la anulación por la STC 40/2014 del párrafo 5 del art. 174.3º LGSS. – La exigencia de inscripción

en un Registro específico o de constitución mediante documento público no es contraria al principio de igualdad, en aplicación de la jurisprudencia del TC (STC 45/2014).

Norma aplicada: art. 174.3º Ley General de Seguridad Social.

[...]

Con amparo en letra c del art 193 LRJS, censura que el magistrado ha infringido los arts 174, ap. 3º párrafo 4º de la LGSS, y la doctrina consagrada en la sentencia de esta misma Sala de fecha 13/4/2011, pues a su parecer la constancia de la convivencia de la pareja more uxorio ya figuraba en documentación expedida por un registro público, como es el registro civil o la entidad gestora., remitiéndose al art 317.5º LEC, habiendo quedado constancia por la atribución de condición de “esposa” en la cartilla sanitaria que tenían intención formal y fehaciente de ser considerados como pareja de hecho, que la acreditación de la convivencia de la pareja de hecho puede asumirse con cualquier medio probatorio y no restringido legalmente, por lo que la sentencia desestimatoria debía ser revocada y la demanda estimada.

Pues bien, como mantiene reiterada jurisprudencia del TS, citada en nuestra S 20 marzo 2013, recaída en rec de suplicación 233/13 –firme– en interpretación del referido precepto, y que se contienen en ambas sentencias antes referidas: 1) que los requisitos legales de “existencia de pareja de hecho” y de “convivencia estable y notoria”, establecidos ambos en el vigente art. 174.3º LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2) que, en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes; 3) que la “existencia de pareja de hecho” debe acreditarse, de acuerdo con el citado art. 174.3º LGSS, bien mediante “inscripción en registro específico” de parejas de hecho, bien mediante “documento público en el que conste la constitución” de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas.

Que la entidad gestora a estos efectos es un tercero, por lo que la constitución como pareja de hecho inscrita en el correspondiente Registro público si existe, deviene como constitutiva, y se requiere en este caso que tras la constitución de la pareja así formalizada e inscrita, se mantenga un mínimo de dos años, lo que no concurre en este caso, pues el óbito acontece antes de que se cumplieran esos dos años, faltando a la actora varios meses para totalizar dicho plazo mínimo, que se requiere preceptivamente y tal como señala la magistrada acogiendo el criterio de la gestora en el art 174.3º, párrafo 4º LGSS...”[...]

Pues bien, lo que acredita el libro de familia o la consideración como beneficiarios de asistencia sanitaria en la cartilla de ss es la filiación de los hijos respecto de los progenitores en el primer caso, y la dependencia económica del causante en su caso a efectos de cobertura de asistencia sanitaria, no pudiendo extenderse más allá estos efectos, máxime cuando para certificar la existencia formal de la convivencia more uxorio regularizada la entidad gestora no tiene competencia alguna por no gestionar un registro público con tal finalidad, ni la tiene tampoco el registro civil para hacer constar algo que no ha accedido previamente al registro, pues en el mismo se inscriben sólo matrimonios, ya sean los celebrados en forma religiosa de las confesiones así reconocidas o civiles. Registro se entiende sólo el específico autonómico para estos efectos o el local. Por documento público se debe entender acta notarial específica que recoja la voluntad de constitución de la unión more uxorio entre los comparecientes y de ser tenidos públicamente como tales. En definitiva se desestima el motivo...”[...]

VECINDAD CIVIL, RESIDENCIA Y ACCESO A LA CARTERA AUTONÓMICA DE ASISTENCIA SANITARIA

Ricardo ESTEBAN LEGARRETA *

1. La sentencia objeto de comentario aborda una cuestión relativamente frecuente en la jurisdicción social, a saber una reclamación por reintegro de gastos médicos. En este caso, se reclama el reintegro de gastos efectuados para adquirir un aparato ortopédico a fin de tratar la dolencia de un menor, beneficiario de asistencia sanitaria a cargo del sistema de salud de Castilla y León, ya que la asegurada de la que dependía su condición de beneficiario del sistema nacional de salud –su madre– y el propio menor, tenían su domicilio en una localidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Así, el supuesto arranca cuando en fecha 21 octubre 2011, el hijo de la asegurada y a la vez demandante es atendido por un especialista del Servicio de Salud de Castilla y León del Hospital Clínico de Valladolid quien a la vista de la dolencia que afectaba al menor (Peetus Carinatum Moderado-Severo), decide derivarlo para que sea atendido por el Servicio Navarro de Salud en el Hospital Virgen del Camino de Pamplona. En este sentido, refiere la sentencia que el menor no responde adecuadamente a la atención médica prevista en la Comunidad Autónoma de Castilla y León consistente en un tratamiento rehabilitador y/o en un corsé estático convencional. A estos efectos, la sentencia señala que el facultativo del Servicio de Salud de Castilla y León responsable del menor “prescribe” que se precisaría para el menor tratamiento con corsé para Peetus Carinatum Dinámico (sistema de comprensión dinámica FMF). Ciertamente, el facultativo del Servicio Navarro de Salud que atiende al menor coincide con el planteador de su colega de Castilla y León y prescribe la adquisición del corsé para Peetus Carinatum Dinámico, con la advertencia a los familiares del menor de que el coste “[...] se tendría que negociar en su comunidad de origen, puesto que en la Comunidad Navarra no lo financiaban a pacientes de otras comunidades, debiendo acudir a su consulta para su colocación y seguimiento”.

2. Llegados a este punto, se detectan dos elementos de relevancia. De un lado, el paciente es derivado por su servicio de salud a otra Comunidad Autónoma, una posibilidad de utilización relativamente frecuente. En este sentido, las visitas médicas llevadas a cabo en el Servicio Navarro de Salud no deberán abonarse por la madre del beneficiario porque ha habido una derivación por parte del Servicio de Salud de Castilla y León y en su caso, los gastos derivados de las consultas serán compensados por el Servicio de Castilla y León al Servicio de Navarra. El segundo elemento está en que el facultativo del Servicio Navarro de Salud prescribe como tratamiento del menor el corsé Peetus Carinarum Dinámico, dando a entender que es el tratamiento más adecuado, ya que “de lo contrario habría que recurrir a una cirugía correctora, con todos los inconvenientes que conllevaba así como el factor económico añadido”.

3. Finalmente, la asegurada sigue el consejo médico del Servicio Navarro de Salud por lo que adquiere el aparato ortopédico y tras agotar la vía administrativa solicita, ante la Jurisdicción Social el reintegro de gastos médicos en cuantía de 4.500 a la Administración de Castilla y León. Y aquí es donde llegamos al núcleo de la cuestión ya que la Administración castellano-leonesa responde a la asegurada recordando que, efectivamente, el aparato ortopédico no estaba dentro del Catálogo General de Material Ortoprésico ni en la cartera específica de prestaciones médicas de la Comunidad de Castilla y León. En este sentido, todos los beneficiarios y asegurados del Sistema Nacional de Salud tienen derecho a una suerte de mínimo común denominador de prestaciones, que se encuentran reflejadas en los anexos del RD 1030/2006, de 15 de septiembre, mediante el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (art. 2 del mismo Decreto). En concreto, en materia de aparatos ortopédicos deberá estarse a lo incluido en el Anexo VI del RD 1030/2006, que determina el alcance de la cartera de servicios comunes de prestación ortoprésica. Ahora bien, más allá del catálogo general o cartera de servicios sanitarios comunes, el RD 1030/2006 prevé en

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Barcelona.

su art. 11 la posibilidad de que existan las denominadas carteras de servicios complementarias de las Comunidades Autónomas, en la que las Comunidades Autónomas pueden, libremente, incorporar “una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud” (art. 11.2º RD 1030/2006), si bien la financiación de estas prestaciones adicionales quedará aparte de la financiación general de las prestaciones del sistema Nacional de Salud – transferencias del Estado a las CC AA de régimen común–, de manera que la Comunidad Autónoma deberá fijar fuentes de financiación adicionales.

Este es un supuesto en el que emergen diferencias entre Comunidades Autónomas ya que algunos ciudadanos pueden disponer de derechos diferentes en materia de prestaciones de asistencia sanitaria (D. Lantarón Barquín, *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 47 ss). En concreto y como refleja perfectamente la resolución judicial, los asegurados del Servicio Navarro de Salud tienen derecho al corsé para Peeyus Carinatum Dinamico mientras que eso no se prevé para las personas encuadradas en el Servicio de Salud de Castilla y León. Tal posibilidad es jurídicamente admisible si tenemos en cuenta que, más allá de una llamada a la homogeneidad en esta materia, proclamada por el art. 3.2º Ley 14/1986, general de sanidad, existen argumentos en sede constitucional que sostienen las pequeñas diferencias auspiciadas por el art. 11 del RD 1030/2006. De una parte, la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias en materia de sanidad, por la vía del art. 148.1.21ª CE, y de otra parte, el hecho de que la prestación de asistencia sanitaria (art. 43 CE) no es constitucionalmente hablando un derecho, sino un principio rector, por lo que no es exigible en materia de prestaciones sanitarias, y tampoco en general en materia de protección social una estricta igualdad entre españoles que el art. 147.1.1ª de nuestra Constitución sugiere para los derechos constitucionales (STC 239/2002, de 11 de diciembre, fundamento jurídico décimo).

4. Ahora bien, sentado lo anterior llama la atención cómo la sentencia fundamenta el trato diferenciado entre los asegurados del Servicio Navarro y los del Servicio de Castilla y León. Al respecto, señala el TSJ de Castilla y León que la asegurada –Doña Olga– no tiene derecho a reclamar las prestaciones sanitarias de la cartera autonómica de Navarra porque “*dada su vecindad civil se haya sujeta al ordenamiento jurídico castellano, y no al foral navarro*”, concluyendo por lo tanto que no se aprecia infracción legal denunciada en el recurso de suplicación. Y lo cierto es que la fundamentación jurídica de la sentencia no parece correcta porque la condición de asegurado en un determinado Servicio de Salud no depende en absoluto de su vecindad civil. Como es sabido, la vecindad civil identifica el estatuto de la persona con respecto a los diversos derechos civiles existentes en España, pero a los efectos de las prestaciones sociales y en concreto, de la asistencia sanitaria ese dato es irrelevante. En principio, para identificar si una persona es asegurada o beneficiaria de la asistencia sanitaria pública a cargo del Sistema Nacional de Salud, habrá que estar a lo previsto en el RD 1192/2012, de 3 de agosto. Con carácter general, la condición de asegurado dependerá de a) que se esté de alta en el sistema de Seguridad Social; b) de acreditar la condición de pensionista o c) la de residente en España con recursos que no superen un determinado tope. A su vez, de cada asegurado pueden depender otras personas, las beneficiarias, que serán familiares convivientes y dependientes económicamente de la persona asegurada.

De cualquier modo, una vez determinada la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, la adscripción de la persona a uno u otro servicio autonómico, vendrá fijada por su residencia, que se determinará en base al municipio en el que se establezca la residencia, de modo que el padrón municipal es clave. De ahí que por ejemplo, tanto la legislación navarra –art. 11.1 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en Navarra–, como la de Castilla y León –art. 3.1 Ley 8/2010, de 30 de agosto, de sanidad de Castilla y León– sigan el criterio de la residencia en el territorio de la Comunidad Autónoma para determinar cuáles son los beneficiarios y asegurados que están bajo su responsabilidad y que, en su caso, podrán acogerse a la cartera autonómica de prestaciones. Por esa razón, podría ser perfectamente posible que la recurrente acreditase vecindad civil navarra y no tuviese derecho a la cartera navarra de prestaciones sanitarias por haber fijado su residencia en Castilla y León.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid (Sala de lo Social), Sentencia de 6 febrero 2014 (Recurso de Suplicación 42–2014–S). Ponente: Susana María Molina Gutiérrez. Cendoj: 47186340012014100164.

Prestaciones sanitarias.– Cartera de servicios. Servicios prestados en una Comunidad Autónoma diferente de la de residencia.– Relevancia de la vecindad civil.

Normas aplicadas: art. 43 CE; arts. 3 y 7 Ley 14/1986, General de Sanidad; art. 17 del Decreto 2766/67, de 16 de noviembre.

[...]

Como ya ha sostenido esta Sala de manera reiterada, en atención a lo previsto en los arts. 43.2º CE (compete a los poderes públicos organizar y tutelar de la salud pública a través “de las prestaciones y servicios necesarios”) y 3.2º Ley 14/1986, General de Sanidad (“La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”), es sólida la doctrina jurisprudencial que ha establecido que el sistema público de salud español no es ilimitado, puesto que los principios inspiradores del mismo en materia de actuación necesaria y protección universal imponen restricciones ligadas a los principios de eficacia y economía de costes, los cuales inspiran también el funcionamiento del citado sistema de salud, de acuerdo con lo establecido en el art. 7 Ley General de la Sanidad.

Por otro lado, los art. 6 y 11 RD 1030/2006 de 15 de septiembre, configuran la cartera de servicios del Sistema Público de Salud a través de un catálogo común de prestaciones, aplicables en todo el territorio nacional, y otra de ámbito regional, complementaria a la anterior, que podrá ser desarrollada por las distintas comunidades autónomas que, en virtud del art. 148.1.21 CE, hayan asumido la competencia de sanidad y salud, en sus respectivos estatutos de autonomía. Es más, el apartado segundo del art. 11 del Decreto citado viene a referir que “...las Comunidades Autónomas podrán incorporar en sus carteras de servicios, una técnica, tecnología o procedimiento no contemplado en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, para lo cual establecerán los recursos adicionales necesarios. En todo caso, estos servicios complementarios, que deberán reunir los mismos requisitos establecidos en el art. 5, no estarán incluidos en la financiación general de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud...”.

Y es este supuesto, de extensión del sistema de cobertura, el que concurre en el presente caso; toda vez que como se desprende del inalterado relato de hechos probados, el chaleco pectus carinatum adquirido por la recurrente para su hijo menor, (por recomendación del Doctor Constantino del Hospital Virgen del Camino de Pamplona, tras ser remitida a tal centro por el pediatra del niño del Hospital Clínico de Valladolid) no se encuentra incluido ni en el catálogo de prestaciones comunes, a que hemos hechos referencia; ni en la cartera complementaria aprobada por el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Y ello con independencia de que sí se contemple tal corsé como servicio propio de la comunidad de Navarra; toda vez que Doña Olga, dada su vecindad civil, se haya sujeta al ordenamiento jurídico castellano, y no al foral navarro. En conclusión, no apreciando la infracción legal denunciada, el recurso es desestimado.

RÉGIMEN TRIBUTARIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

José Antonio FERNÁNDEZ AMOR *

1. El pronunciamiento judicial objeto de comentario es una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección primera– resultado de un recurso contencioso administrativo con el que se impugna una resolución del Tribunal Económico–Administrativo Regional de Cataluña (en adelante TEARC) de fecha 22 octubre 2010. Esta última estima, en parte, las reclamaciones presentadas contra los acuerdos dictados por la Delegación en Sant Feliu de Llobregat de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

2. El contenido de los acuerdos administrativos impugnados es consecuencia de las liquidaciones practicadas por dicha Administración en concepto de IRPF del ejercicio 2005. Concretamente, atribuyen al recurrente una serie de rendimientos procedentes de diferentes elementos patrimoniales lo que supone un aumento en la cuota a satisfacer por el citado ejercicio. Así mismo, se impusieron sanciones tributarias. El Tribunal Económico Administrativo desestima la impugnación de la liquidación tributaria y, en cambio, sí anula la sanción.

3. Durante el procedimiento económico administrativo y después durante el judicial la parte recurrente plantea que la liquidación tributaria que se ha elaborado por la Administración ha de ser anulada. El motivo básico que el Tribunal de Justicia considera reiterado en todo el proceso y presentado por el recurrente, es que los diferentes bienes de los que proceden las rentas que se le imputan y motivan la liquidación tributaria son bienes gananciales puesto que ese es su régimen económico matrimonial. En consecuencia, siguiendo esta tesis, debería ser compartida con su cónyuge al 50 por 100 la renta producida por dichos bienes y no procedería imputarla en su declaración–liquidación al 100 por 100.

4. El Tribunal para resolver la litis se remite a los argumentos aportados en otra sentencia de similares características: su sentencia 351/2013, de 28 marzo 2013. En esta resolución la motivación que presenta el recurrente está basada en, por un lado, el art. 11 del RD Legislativo 3/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y, por otro lado, el art. 7 Ley 19/1991 de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio.

5. Si bien el Tribunal no lo precisa en su exposición, se puede intuir del hecho que lo atribuido al contribuyente son fundamentalmente rendimientos del capital que el recurrente relaciona esos dos preceptos a través del ap. 3 del art. 11 que dispone que “3. Los rendimientos del capital se atribuirán a los contribuyentes que, según lo previsto en el art. 7 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, sean titulares de los elementos patrimoniales, bienes o derechos, de que provengan dichos rendimientos”. El art. 7 citado establece, dicho de forma sumaria, que los bienes y derechos han de atribuirse según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por los sujetos pasivos o las descubiertas por la Administración. Las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio son aplicables para determinar la titularidad de bienes y derechos y, en caso de que se determine el carácter común del bien, la titularidad se atribuirá por mitades salvo que se justifique otra cosa.

6. El TEARC desestimó este razonamiento con base en el ap. 1 del art. 11 Ley 40/1998 –de similar tenor que el art. 11.1º RD Legislativo 3/2004–. Según ese precepto se debe entender obtenida la renta por los contribuyentes en función de su origen o fuente, independientemente del régimen económico del matrimonio. Así mismo, existe la presunción legal *iuris tantum* de que los que figuran como titulares de elementos patrimoniales son los titulares también de sus rendimientos.

* Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario. Universitat Autònoma de Barcelona

7. Ante el Tribunal Superior se planteó como supuesto de hecho a resolver con su sentencia de 28 marzo 2013 el mismo que se plantea en la que es ahora objeto de comentario. En aquella como en la actual el recurrente argumentó que los bienes cuyos rendimientos se le atribuyen tienen el carácter de gananciales por lo que procede su imputación a ambos cónyuges por mitades. Sustenta su posición con documentos notariales en los que se hace la declaración de estar en régimen de gananciales y, asimismo, en haber actuado como si rigiera tal régimen. También en declaraciones-liquidaciones tributarias en las que ha cumplido su deber formal de declarar en base al régimen económico matrimonial que pretende demostrar. La Administración por su parte (tanto los órganos liquidadores como el de revisión encarnado en el TEA) rechazan esta idea pues consideran que no se ha aportado prueba suficiente para destruir la presunción de titularidad. Así pues, en el pronunciamiento de 28 de marzo y en el actual el problema se concreta en valorar si la prueba presentada por parte del recurrente es suficiente para destruir la presunción de titularidad *iuris tantum* que aplica la Administración tributaria.

8. El Tribunal Superior de Justicia tanto ahora como entonces se decanta por la posición de la Administración pues entiende que las pretensiones de la demanda se basan en presupuestos que no han quedado correctamente acreditados. Las escrituras notariales tienen solo un carácter indiciario pues solo hacen prueba del hecho de su otorgamiento, la identidad de los intervinientes y su fecha pero no sobre la veracidad de las declaraciones efectuadas. Con este carácter de declaración equipara el Tribunal la manifestación que hace el recurrente sobre el carácter ganancial del régimen matrimonial que mantiene con su esposa. A esto añade el Tribunal que las declaraciones tributarias efectuadas por el recurrente no hacen prueba de la titularidad de los bienes frente a la Administración pues, en todo caso, vinculan al propio administrado.

9. Aparece el tema de la vecindad civil como un criterio que podría aportar algo al debate. Este punto de conexión territorial podría determinar el régimen jurídico aplicable al matrimonio del contribuyente en cuanto a sus condiciones económicas. Es reconocida la diversidad de posibilidades concretando la cuestión en el hecho de que estar vinculado con Cataluña daría lugar a un régimen de separación de bienes mientras que vinculado con el territorio no foral daría lugar a otro régimen matrimonial. Sin embargo, la cuestión se resuelve, en línea con lo que viene argumentándose, que no se ha probado que la ley personal de los cónyuges fuera la catalana.

10. Resulta interesante la delimitación que de los efectos de su sentencia realiza el Tribunal. Admite la regularización efectuada por la Administración de la situación tributaria del recurrente con base en lo argumentado por la misma. Pero también establece que es necesario aplicar un esencial principio de justicia por el cual ha de rectificarse la declaración-liquidación presentada por la esposa del recurrente en tanto que no le son atribuibles los rendimientos que proceden de los bienes cuya titularidad le ha sido atribuida a su esposo. En consecuencia, establece que el *dies a quo* para solicitar la correspondiente devolución a la esposa es el de notificación de la sentencia.

11. Esta sentencia es un ejemplo de la capacidad del legislador tributario para ordenar las relaciones jurídicas de carácter económico según su propio criterio haciendo efectivo un principio de autonomía en la configuración de institutos con respecto a otras ramas del ordenamiento y sus disposiciones (cfr. art. 12.2 LGT). Tanto el Código civil catalán como el Código civil, cuando regulan el régimen jurídico económico del matrimonio, establecen que depende de las capitulaciones matrimoniales. En caso de no concurrir estas se aplican los regímenes de separación de bienes o de gananciales respectivamente. Sin embargo, el legislador tributario no asume esta previsión de forma directa tal y como demuestra el art. 11.1º Ley 35/2006, de 28 de noviembre. El precepto dispone que la renta se entiende obtenida por los contribuyentes en función de su origen o fuente cualquiera que sea, en su caso, el régimen económico matrimonial. Así pues, en primer término habrá de ser considerada la fuente de renta, su tipología, para después atribuir su titularidad sin que sean un condicionante los pactos a los que lleguen los cónyuges, en su caso, o el régimen económico supletorio que según el derecho común pueda aplicarse. Es, en todo caso, el derecho tributario el que determinará ese aspecto dibujando con ello la capacidad económica de la que es titular el contribuyente y por la que ha de contribuir a los gastos públicos.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Contencioso, Resolución nº 393/2014 de 8 mayo 2014. Ponente: D. Emilio Aragonés Beltrán. CENDOJ STSJ CAT 5666/2014.

Régimen económico del matrimonio.— Titularidad de los bienes a efectos tributarios.

Normas aplicadas: art. 11 RD Legislativo 3/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; art. 7 de la Ley 19/1991 de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio; art. 1347 Cc.

[...]

El TEARC señala que el único argumento reiteradamente formulado contra las rectificaciones efectuadas en la liquidación obedecen a la titularidad única por parte del recurrente de los productos generadores de los rendimientos y ganancias imputadas, que figura en registros bancarios y mercantiles, cuando dicha titularidad es compartida al 50% por tratarse de bienes gananciales. Y añade: «Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en reclamación ... y acumulada resuelta en fecha 14/05/2009 por lo que, en unidad de criterio este Tribunal debe reiterar los argumentos allí vertidos».

Pues bien, dicha resolución de 2009 fue impugnada en el recurso contencioso-administrativo número 1154/2009, que fue estimado en parte por nuestra sentencia 351/2013, de 28 marzo 2013.

En esta sentencia 351/2013 dijimos, en esencia: [...].

5. A la vista de la normativa aplicable, se ha de concluir que la individualización de la renta cuya obtención constituye el hecho imponible del IRPF, tributo de naturaleza directa y personal, se ha de hacer de acuerdo con la norma fiscal, que con carácter general, prescribe que se entenderá obtenida por los contribuyentes en función del origen o fuente de la misma, cualquiera que sea, en su caso, el régimen económico del matrimonio, distinguiendo luego el origen de las rentas y estableciendo reglas para cada una de ellas. Así, en cuanto a las rentas previstas en la letra b) y d) del art. 6, LIRPF se remite al art. 7 LIP, que sigue el criterio de la titularidad jurídica del bien y contempla la aplicación, en su caso, de las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil, y establece la presunción de que la titularidad de los bienes y derechos que, conforme a las disposiciones o pactos reguladores del correspondiente régimen económico matrimonial, sean comunes a ambos cónyuges, se atribuirá por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación.

6. En el presente caso, el recurrente admite que aparece como titular de los bienes, pero sostiene que conforme a su régimen económico matrimonial, de sociedad de gananciales, son comunes a ambos cónyuges de conformidad con el art. 1347 Cc, al haber sido adquiridos constante matrimonio con fondos comunes, y han de atribuirse por mitad a cada uno de ellos en el IRPF, al no justificarse otra cuota de participación.

7. Sin embargo, la Sala estima que los presupuestos básicos de su pretensión no han quedado acreditados. Las únicas pruebas que aporta el recurrente de que su matrimonio con D^a Clara se rige por el alegado régimen económico-matrimonial son las escrituras notariales, de 23 junio 1982 y 17 julio 1992, de constitución de las sociedades Kilsen, S.A. y Kilsen, S.L., en que, entre sus circunstancias personales, se consigna “casado en régimen de sociedad de gananciales con Doña Clara”. Así las cosas, a la vista de lo establecido en los arts. 319 LEC y 1218 Cc, la Sala debe señalar que el valor probatorio de un documento público solo alcanza frente a terceros, como en el caso es la Hacienda Pública, al hecho de su otorgamiento, la identidad de los intervinientes y su fecha, pero no a la veracidad de las declaraciones que hagan sus otorgantes, en lo que aquí interesa, el manifestado régimen económico matrimonial. En consecuencia, los referidos documentos únicamente tienen un limitado valor indiciario, insuficiente a los efectos pretendidos, máxime cuando ni siquiera las alegaciones del escrito de demanda dan explicación de por qué el matrimonio se regía por ese pretendido régimen.

8. En efecto, en España coexisten distintas legislaciones civiles. No se precisa si el alegado régimen se estableció convencionalmente por los cónyuges o quedó determinado legalmente en ausencia de pacto expreso. Ningún pacto se acredita, ni desde luego se prueba y, en ausencia de pacto anterior o posterior al matrimonio, la determinación del régimen económico matrimonial es distinta según la Ley aplicable al matrimonio, ya sea la ley común o alguno de los regímenes forales. Aquí nos hallamos en territorio en el que rige el Derecho civil catalán, en que a diferencia de la ley común prevé el régimen de separación de bienes, en ausencia de pacto. A falta de manifestación y prueba de la vecindad civil de los contrayentes, pues no se aportan los datos personales sobre lugar de nacimiento y residencia anterior a la celebración del matrimonio (lo más que aparece es que el recurrente en la primera de las escrituras manifestó ser vecino de Barcelona), no puede presumirse que la ley personal de ambos cónyuges no fuera la de éste territorio foral, ni para el caso de que existiera un eventual conflicto de leyes, por no tener ambos cónyuges la misma vecindad civil, que no lo fuera la del marido, teniendo en cuenta la redacción del art. 9 Cc, vigente desde el 30 julio 1974 al 7 diciembre 1987, al que remite el art. 16 Cc. No habiendo prueba suficiente de que el régimen económico matrimonial fuera el de sociedad de gananciales, no puede entrar en juego la presunción establecida en el tercer párrafo del art. 7 de la Ley 19/1991, que invoca el actor. [...].

Para resolver la presente controversia, ha de partirse de las siguientes consideraciones:

1. Aunque la demanda articulada en los presentes autos señala que existen diferencias significativas que no permiten trasladar miméticamente los fundamentos para resolver ambos casos, es lo cierto que, aparte presentarse alegaciones escritas ante la Oficina gestora en el presente caso, los mismos e idénticos fundamentos expresados en nuestra sentencia 351/2013 resultan de indudable aplicación en el presente caso para rechazar que el demandante haya justificado debidamente que su matrimonio se regía por el régimen económico-matrimonial de gananciales (no bastando, desde luego, que el matrimonio “haya actuado” como si rigiera tal régimen).

2. En esencia, hemos de reiterar: 1.º) Que los presupuestos básicos de la pretensión de la demanda no han quedado acreditados, no siendo bastantes a tal efecto las escrituras notariales, de 23 junio 1982 y 17 julio 1992, a los que solo cabe atribuir un limitado valor indiciario; 2.º) Que no habiendo prueba suficiente de que el régimen económico matrimonial fuera el de sociedad de gananciales, no puede entrar en juego la presunción establecida en el tercer párrafo del art. 7 de la Ley 19/1991; y 3.º) Que la presunción de certeza de las declaraciones tributarias carece del alcance que se pretende, pues del ap. 4 del art. 108 LGT 58/2003 resulta que las declaraciones del Impuesto sobre el Patrimonio presentadas por el recurrente no hacen prueba frente a la Administración sobre la titularidad de los bienes, ni tampoco las declaraciones fiscales de la cónyuge, pues si bien se presumen ciertas en tanto se reconoce un hecho imponible, lo serían para ella y no hacen prueba respecto del actor.

3. Ahora bien, debemos añadir aquí que en término probatorio han quedado incorporadas a las actuaciones las certificaciones emitidas por la Agencia Tributaria acerca de la declaración por el mismo IRPF de 2005 de doña Clara, cónyuge del aquí recurrente según consta en tal declaración, en la cual figura, al menos inicialmente, declarado el 50% de los rendimientos por capital mobiliario cuya totalidad se imputan al recurrente en la «paralela» objeto de impugnación.

Y, en consecuencia, de los arts. 33.1 CE y 3.1 LGT 58/2003 resulta la obligada aplicación en el ordenamiento jurídico-tributario del esencial principio de justicia, que exige en casos como el presente declarar el derecho de dicha cónyuge a instar, en su caso, la rectificación de su citada autoliquidación por IRPF de 2005 a efectos de eliminar lo declarado por ella pero imputado ya en su totalidad, en la liquidación que esta sentencia confirma, a su esposo.

Igualmente es obligado declarar que, dadas las circunstancias concurrentes, y el tenor del art. 67.1.III LGT 58/2003, ha de entenderse como dies a quo del plazo de prescripción para solicitar la correspondiente devolución de ingresos indebidos por dicha esposa el de notificación de la presente sentencia, como día desde aquel en que dicha devolución puede solicitarse.

RESIDENCIA HABITUAL A EFECTOS FISCALES Y CARGA DE LA PRUEBA

José Antonio FERNÁNDEZ AMOR *

1. La Sección novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid resuelve en esta sentencia un recurso contencioso-administrativo contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de esa Comunidad. En esta se desestima un recurso de reposición formulado contra un acto administrativo de liquidación tributaria complementaria en relación con el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Concretamente, la Administración tributaria de la Comunidad Autónoma de Madrid realiza una liquidación del Impuesto sobre Donaciones con base en una cantidad de dinero recibida por la recurrente de sus padres.

2. La cuestión que se plantea no es en relación con la liquidación en sí misma o sobre si los actos realizados por la recurrente son objeto o no de gravamen por una figura tributaria del sistema. Más bien se plantea en torno a la determinación del punto de conexión territorial que necesariamente ha de concurrir para que la Administración tributaria de la Comunidad Autónoma de Madrid pueda proceder a la liquidación del Impuesto sobre Donaciones.

3. En este punto ha de recordarse el carácter cedido de dicho tributo de acuerdo con lo que establecen los arts. 10.1º y 11.d) LOFCA. A su vez, los arts. 25.1.c), 26.1.A).b), 32 y 48 Ley 22/2009 de 18 de diciembre, que regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, desarrollan dicha cesión en cuanto a la recaudación cedida, las competencias normativas que se pueden ejercer y el punto de conexión territorial. El régimen jurídico de la cesión se completa por lo que a la Comunidad Autónoma de Madrid se refiere con el art. 53 y la Disposición Adicional Primera.1.c) de su Estatuto de Autonomía.

4. En el régimen jurídico de los tributos cedidos uno de los aspectos clave es la determinación del punto de conexión territorial en tanto que de él dependen aspectos como el alcance territorial de las competencias normativas que se ejercen, la gestión o la atribución de recaudación. En el caso que trata el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pone en evidencia esta circunstancia.

La disputa jurídica entre la recurrente y la Administración tributaria madrileña radica en la determinación de su residencia habitual. Mientras la primera argumenta y pretende probar que su residencia habitual radicaba en el momento de devengo del tributo en la Comunidad Autónoma de Navarra, la segunda considera que esta circunstancia no se produce y que la residencia de la administrada radicaba en el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid en el momento de devengo del tributo liquidado.

5. Para resolver la cuestión planteada el Tribunal se remite al art. 24 Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común (esta ley fue derogada y sustituida por la Ley 22/2009 antes citada, pero es aplicable al caso dado que los hechos enjuiciados se producen el 15 julio 2005). La letra c) del ap. 2 del artículo citado establece que en el caso del impuesto que grava las donaciones de bienes diferentes a los inmuebles, el punto de conexión territorial se identifica con la residencia habitual del donatario a la fecha del devengo del tributo.

6. La controversia se traduce en determinar dónde residía la recurrente en la fecha de devengo del Impuesto de Donaciones, esto es, el 15 julio 2005. A estos efectos el Tribunal razona procurando dotar de contenido al concepto de 'residencia habitual' a efectos tributarios desestimando el concepto de vecindad civil. En primer lugar descarta que pueda aplicarse la normativa de la Comunidad Autó-

* Profesor titular de Derecho financiero y tributario. Universitat Autònoma de Barcelona.

noma de Navarra o Madrid tal y como se deriva del art. 24.5 ° Ley 21/2001. No ha podido determinarse, como exige el artículo, que la recurrente haya residido en alguno de esos territorios por un periodo de cinco años anteriores contados de fecha a fecha y que finalicen en el día anterior a la fecha de devengo.

En segundo lugar, el juzgador acude a la normativa estatal en tanto que el art. 24.5 establece su aplicación subsidiaria cuando no es posible determinar la normativa autonómica aplicable. Esto lo deriva hacia el art. 20 Ley 21/2001 que dispone que una persona física se considera residente en un territorio cuando, en relación con el Impuesto sobre Donaciones, residen un mayor número de días del año inmediato anterior contado de fecha a fecha que finalice el día anterior al del devengo.

7. En este caso, el Tribunal entiende que la recurrente no ha podido probar su residencia en la Comunidad Autónoma de Navarra como venía alegando. Considera que lo único acreditado y admitido por la propia recurrente, es que se dio de baja en el padrón de un municipio Navarro en el año 2004 y que, por motivos laborales, se traslada a Madrid. A estos elementos añade que el domicilio que consta en la declaración tributaria relacionada con el Impuesto está sito en la Comunidad de Madrid y, siguiendo el art. 108.4º LGT, los elementos que se incluyen en dicho documento se presumen veraces, salvo prueba en contrario, vinculando a la persona declarante. En consecuencia, la prueba que constituye la baja en el padrón, el trabajar en Madrid y el domicilio en dicho municipio recogido en las declaraciones tributarias son la base para entender que la residencia habitual se halla en el territorio de la Administración madrileña.

8. Una duda que se plantea en este caso es qué razón tiene el Tribunal para concluir que es aplicable al supuesto el art. 20 a través de la aplicación del art. 24.5º ambos de la Ley 21/2001. Este último precepto tiene como función determinar qué normativa autonómica regula un impuesto cedido. Dicha normativa es la que puede promulgar una Comunidad en función de la competencia normativa que prevé el régimen jurídico de la cesión de un tributo. Para el caso del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones el art. 19.2º.c) LOFCA prevé qué ámbitos pueden ser regulados por las Comunidades Autónomas y entre ellos no figura el concepto residencia habitual. En consecuencia, resultaría más apropiado la aplicación directa y no subsidiaria del art. 20 que pone de manifiesto que es el Estado quien establece el contenido de ese concepto.

9. La cuestión relativa a la determinación del punto de conexión territorial va más allá de considerar qué Comunidad Autónoma es la titular de un montante recaudatorio determinado. Para el contribuyente puede determinar una diferencia de gravamen importante estar ubicado en uno u otro lugar. En el caso concreto el tipo impositivo vigente en la Comunidad Autónoma de Madrid era más elevado que el vigente en la de Navarra lo que justificaba el interés de la recurrente para defender que su residencia era en el territorio de esta última comunidad.

En consecuencia, la sentencia no es más que un resultado de una cuestión superior: la regulación del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y la distribución del poder tributario en el ordenamiento jurídico español. Regular un sistema descentralizado en cuanto al poder tributario y reconocer autonomía de actuación en la materia a entes territoriales no estatales puede dar lugar a diferencia de gravámenes (materiales o de pago y formales o de control) sobre los contribuyentes en función del lugar al que se encuentran vinculados en virtud de puntos de conexión. El principio de justicia tributaria desde el punto de vista de la igualdad a la hora de contribuir a los gastos públicos se relativiza cuando ha de hacerse también efectivo un principio de autonomía financiera. En ese juego de equilibrio entre estos referentes constitucionales (cf. art. 31.1º y 156.1º CE) se encuentra el pronunciamiento judicial que se ha comentado.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Contencioso. Sentencia de nº 222/2014, de 13 febrero 2014. Ponente: Ilma. Sra. D^a Berta Santillán Pedrosa. CENDOJ STSJM 4249/2014.

Residencia habitual.– Punto de conexión territorial.– Impuesto cedido.

Normas aplicadas: art. 24 Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común.

[...]

Para la resolución del presente recurso contencioso administrativo resulta necesario tener en cuenta los siguientes hechos derivados del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

1).– *En documento privado fechado el 15 julio 2005 los cónyuges D. Jose Ángel y D^a Carolina donan a su hija D^a Sofía la cantidad de 180.303 euros.*

2).– *Dicho documento se presentó en fecha 15 julio 2005 para su liquidación por el Impuesto de Donaciones en la Oficina Liquidadora del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra.*

3).– *En fecha 11 mayo 2007 la Sección de Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones de la Hacienda del Gobierno de Navarra declara la incompetencia de la Comunidad Foral de Navarra para la exacción del referido impuesto porque no tiene la donataria su domicilio habitual en Navarra. Y se ordena su remisión a la Administración competente que entiende que es la Comunidad de Madrid.*

4).– *La Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid dicta en fecha 8 febrero 2008 propuesta de liquidación provisional y da trámite de alegaciones a la donataria.*

5).– *La interesada en trámite de alegaciones refiere que ostenta la vecindad civil de Navarra y que es en dicho territorio donde había permanecido un mayor número de días en el año inmediatamente anterior a la fecha de la donación por lo que concluye que corresponde la liquidación del referido impuesto a la Comunidad Foral de Navarra.*

6).– *La Comunidad de Madrid no admite las anteriores alegaciones y en fecha 13 junio 2008 dicta la liquidación provisional que se ha confirmado por el TEAR en la resolución administrativa que constituye el objeto del presente proceso[...].*

Únicamente la discrepancia entre las partes se centra en determinar qué Comunidad Autónoma es la competente para liquidar por el Impuesto de Donaciones, competencia que vendrá determinada por el lugar de la residencia habitual de la donataria a la fecha de devengo, cualquier que fuera su vecindad civil. [...]

Lo único acreditado y admitido por la recurrente es que en el mes octubre 2004 se dio de baja en el municipio navarro, que por motivos laborales se trasladó a Madrid y que en el documento privado fechado el 15 julio 2005 por el que se formaliza la donación es la propia donataria quien señala como su domicilio la calle..., del municipio de Pozuelo de Alarcón (Madrid). En consecuencia, ante la ausencia de otros elementos de prueba relativos a la residencia habitual de la donataria a la fecha del devengo debemos acudir a lo dispuesto en el art. 108.4º LGT según el cual “los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios se presumen ciertos para ellos y solo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario”. Por tanto, debemos presumir en base a sus propias declaraciones –que no se han desvirtuado– que el domicilio de la donataria a la fecha del devengo era en el territorio de la Comunidad de Madrid y que, además, ha sido en dicho territorio donde ha permanecido un mayor número de días en el cómputo “del año inmediato anterior, contado de fecha a fecha, que finalice el día

anterior al de devengo, en el Impuesto sobre Donaciones” cumpliéndose por lo tanto el requisito que para la residencia habitual contempla el art. 20 anteriormente citado.

SUPUESTOS INTERNACIONALES EN LOS QUE DEBE DETERMINARSE EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL APLICABLE

Albert FONT I SEGURA *

1. No cabe la menor duda de que las cuestiones que aparecen en los supuestos internacionales presentan un sesgo distinto de las que deben resolverse en supuestos estrictamente interterritoriales. No en balde en alguno de los supuestos que son objeto de esta nota se plantean precisiones relativas a la competencia judicial internacional (como en la SAP Barcelona 14 enero 2014, ROJ: SAP B 405/2014), aspecto que no puede presentarse en cambio en la plurilegislación española dada la unidad de jurisdicción. No obstante, también cabe observar que la resolución de aquellos supuestos internacionales que se enfrentan a la plurilegislación española tienen un perfil característico que merece ser objeto de consideración en esta Crónica. En efecto, se trata de aquellos supuestos en los que el supuesto acaba siendo resuelto por la aplicación de un Derecho civil español. La necesidad de determinar qué Derecho civil español sea de aplicación es que otorga a estos supuestos internacionales un carácter propio y distintivo que los aproxima a los supuestos estrictamente interterritoriales. Como se verá a continuación, no se trata únicamente de supuestos en los que se produce una remisión *ad intra* como consecuencia de que el Derecho designado es el ordenamiento español. Hay también algún caso en el que se aplica el Derecho español –uno de los Derechos españoles– pese a que el Derecho designado era extranjero.

2. La aplicación del Derecho del foro cuando el Derecho designado por la norma de conflicto solo puede deberse o bien a que no se acredita el contenido del Derecho extranjero y se aplica el Derecho del foro como solución de reemplazo, o bien a la aplicación de una norma internacionalmente imperativa, o bien a que se produce un reenvío de retorno o bien a la excepción de orden público. Las dos primeras posibilidades son, a nuestro conocimiento, las que se han suscitado en la jurisprudencia española dictada en el año 2014.

3. La aplicación de uno de los Derechos españoles por falta de acreditación del Derecho extranjero puede, en efecto, suscitarse si se mantiene que la solución pasa por aplicar el Derecho del foro. Esta solución implica necesariamente preguntarse cuál de los Derechos del foro debe ser aplicado. El carácter plurilegislativo del ordenamiento español y el principio de paridad entre los distintos Derechos civiles que conforman este ordenamiento no debería permitir otra solución. Así puede citarse la SAP Girona 1 octubre 2014, ROJ: SAP GI 977/2014, cuyo resultado coincide con la posición que aquí se mantiene. Otra cosa es que el camino por el que se llega a dicho resultado sea completamente equivocado. Se trata de una sucesión de un causante de nacionalidad alemana que presumiblemente tenía la residencia habitual en Cataluña. La sentencia determina como aplicable el Derecho alemán en cumplimiento de lo establecido en el art. 9.8º Cc, pero no se acredita el contenido del Derecho alemán y opta por aplicar la legislación civil catalana al poseer el causante vecindad civil catalana. De modo rápido y quizá demasiado ligero cabe realizar dos reflexiones con respecto a la argumentación seguida. En primer lugar una observación con proyección de futuro. La aplicación de esta solución cuando ya esté en vigor el Reglamento 650/2012 va a plantear, sin duda alguna, más de una cuestión prejudicial al TJUE y creemos que es difícilmente sostenible que pueda mantenerse la aplicación del Derecho del foro frente al Derecho designado por la correspondiente norma de conflicto contenida en el mencionado Reglamento, especialmente cuando este Derecho sea el de un Estado sujeto al Reglamento en cuestión. Ello puede propiciar, en nuestra opinión, incluso la interposición de un recurso por incumplimiento por la Comisión Europea. En segundo lugar, considerando ahora la solución adoptada por la AP de Girona, casi causa

* Profesor titular de DIPr. Universitat Autònoma de Barcelona

vergüenza ajena que se aplique el Derecho catalán por “ser la vecindad civil del causante la catalana”, cuando es de sobras conocido que los extranjeros, residan o no en España, no poseen vecindad civil, mientras que los nacionales españoles, residan o no en España, poseen vecindad civil. En este supuesto, dejando de lado que lo que debía de haber sido aplicado era el Derecho alemán, la aplicación de la ley catalana procedía por ser la ley española del territorio en el que tiene la sede el tribunal que conoce, además de ser aquella que guarda una relación más estrecha con el supuesto (sobre ello *vid.* A. Font i Segura, nota a las SAP Navarra, 2ª sección, de 12 junio 2002 y SAP Girona, 2ª sección, de 2 octubre 2002”, *REDI* 2003-1, pp. 484 ss; A. Font i Segura, *Actualización y desarrollo del Sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, p. 204; N. Bouza Vidal, “Nota a la SJPI de Badalona 1, de 6 abril 1989”, *REDI* 1990, pp. 270 ss; J.J. Forner Delaygua, “La aplicación del Derecho catalán como Derecho español en supuestos internacionales”, en A. Font i Segura (ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 108-109.

4. El otro supuesto interesante en el que se aplica el Derecho español, en este caso sin consideración del elemento de extranjería, es el que viene resulto en la SAP Tarragona 29 mayo 2014, *ROJ*: SAP T 889/2014. Se obvia aquí la existencia de la internacionalidad y se lleva a cabo una aplicación imperativa del Derecho catalán, en concreto el art. 231-8 CCCat (responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas para atender a las necesidades y gastos familiares ordinarios), por ser una norma que corresponde al régimen económico matrimonial primario que debe ser necesariamente aplicada, con independencia de que la parte demandada no posea nacionalidad española ni, por lo tanto, vecindad civil catalana. El argumento sobre el que se basa el tribunal es que las normas pertenecientes al régimen matrimonial primario se aplican a cualquier tipo de matrimonio con la finalidad de proteger a terceros. No se aporta información para determinar si el Derecho aplicable era extranjero y tampoco se ofrece soporte jurídico alguno para sostener la aplicación imperativa del Derecho civil catalán. Si bien puede valorarse como razonable la aplicación internacionalmente imperativa del Derecho español, cabe recordar que el legislador no contempla ninguna norma de extensión para aplicar imperativamente el Derecho español a supuestos internacionales que quedan regidos por un Derecho extranjero (sobre ello *vid.* E. Rodríguez Pineau, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002) y, mucho menos, el criterio para establecer en estos casos cuál de los Derechos civiles españoles es el aplicable.

5. Aparte de las dos sentencias citadas, la mayor parte de sentencias que son objeto de atención en esta Crónica se refieren a supuestos de remisión *ad intra*. Todas las sentencias computadas se dictaron en casos derivados de crisis matrimoniales lo que determina la consideración de los distintos aspectos que afloran en este tipo de crisis: alimentos, guardia y custodia, aparte de la disolución o relajación del vínculo matrimonial propiamente dicho y que no genera problema alguno con respecto a la determinación del Derecho civil español aplicable puesto que en este aspecto no existe pluralidad normativa en el ordenamiento español y procede aplicar el Código civil español. Cabe señalar que, en general, las sentencias demuestran una consciencia clara del problema a resolver y manejan con acierto notable las normas convencionales que deben ser aplicadas, sea, en materia de alimentos, el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, o, en materia de guardia y custodia, el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. En efecto, debe reconocerse que se identifica con seguridad la existencia de un conflicto de leyes, se aplica correctamente el sistema de fuentes, se acude al texto convencional que corresponde, se constata la pluralidad normativa española, se pone de manifiesto que la solución a la remisión a un sistema plurilegislativo proviene del texto convencional en cuestión, se demuestra un conocimiento cabal de la solución indirecta contenida en estos textos convencionales y se resuelve la determinación del Derecho español aplicable de acuerdo con las distintas salidas que puede ofrecer el sistema español de Derecho interterritorial. Por consiguiente, no puede más que valorarse positivamente estas sentencias incluso por lo que se refiere al último de los puntos señalados ya que, si bien es cierto que las soluciones proporcionadas en las distintas sentencias no son homogéneas, la responsabilidad de

tal disparidad de criterios debe ser atribuida al legislador que continúa sin ofrecer una articulación ordenada de la relación entre el sistema de Derecho internacional privado y el sistema de Derecho interterritorial. En efecto, la determinación del Derecho civil español aplicable en consideración a la remisión indirecta prevista en la norma convencional aplicable, y a falta de vecindad civil de la persona implicada por ser ésta extranjera, se resuelve con argumentos distintos. Así, fundándose en el principio de territorialidad los tribunales con sede en Cataluña recurren al art. 14.1º Estatuto de Autonomía de Cataluña y al art. 111.3º CCCat para fundamentar la aplicación del Derecho civil catalán (SAP Barcelona 14 enero 2014, *ROJ*: SAP B 405/2014; SAP Barcelona 21 febrero 2014, *ROJ*: SAP B 1166/2014; SAP Barcelona 3 julio 2014, *ROJ*: SAP B 8102/2014; SAP Barcelona 30 diciembre 2014, *ROJ*: SAP B 14251/2014). Debe ser el Derecho estatal el que de manera homogénea proporcione un criterio válido en toda la jurisdicción.

Pueden detectarse algunos errores menores, por ejemplo la cita del art. 5.1º Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, en lugar del art. 15 del mismo Convenio (SAP Barcelona 30 diciembre 2014, *ROJ*: SAP B 14251/2014 o SAP Barcelona 3 julio 2014, *ROJ*: SAP B 8102/2014).

6. Con todo, no puede dejar de apuntarse que algunas de las sentencias dictadas no consideran la aplicación de las normas convencionales y o bien aplican las normas de conflicto contenidas en el Cc (SAP Barcelona 14 mayo 2014, *ROJ*: SAP B 4865/2014 –menor con nacionalidad española y vecindad civil catalana, aplicación del Derecho civil catalán–; SAP Alicante 31 octubre 2014, *ROJ*: SAP A 3977/2014–se aplica el Derecho civil común de acuerdo con los arts. 9.2º, 14.5º, 14.6º y 16.3º Cc, así como el art. 2 Ley 5/2011 de la Comunitat Valenciana, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven–; SAP Castellón 24 octubre 2014, *ROJ*: SAP CS 1154/2014 –menor con nacionalidad española y vecindad civil valenciana, aplicación de la ley valenciana, custodia compartida–) o bien aplican normas autonómicas sin consideración ni de las normas convencionales ni de las normas de conflicto contenidas en el Cc. Así en la SAP Valencia 2 junio 2014, *ROJ*: SAP V 2421/2014 no se atiende en ningún momento a la residencia habitual del menor en Rumanía para determinar el Derecho aplicable y fijar la cuantía de la pensión alimenticia. Simplemente se rechaza la aplicación de la Ley 5/2011 de la Comunitat Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven porque no se acredita la vecindad civil valenciana del menor. En otro supuesto en el que de haber sido de aplicación el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias se habría aplicado muy probablemente la ley valenciana como ley de la residencia habitual de los acreedores de alimentos, se acaba aplicando el CC por carecer los hijos de vecindad civil valenciana y poseer vecindad civil común (SAP Valencia 24 marzo 2014, *ROJ*: SAP V 1582/2014, aplicación del art. 93 Cc conforme al art. 2 de la Ley 5/2011 de la Comunitat Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven). Igualmente en la SAP Alicante 5 diciembre 2014, *ROJ*: SAP A 4053/2014 en la que se aplica la legislación civil valenciana en aplicación del art. 2 Ley 5/2011 de la Comunitat Valenciana, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven debido a la nacionalidad española y vecindad civil valenciana de la menor. En estos casos el legislador autonómico contamina la regulación de los supuestos heterogéneos (tanto internacionales como interterritoriales) mediante una norma delimitativa por la que se determina el ámbito de aplicación en el espacio de la propia legislación autonómica. No hay que olvidar que este tipo de normas son inconstitucionales tal como ha declarado ya en diversas ocasiones el TC. Es cierto que no todas las sentencias dictadas por tribunales con sede en la Comunitat Valenciana caen en el mismo error (*v.gr.*, muy correctamente SAP Alicante 29 octubre 2014, *ROJ*: SAP A 3417/2014 en la que se aplica la legislación civil valenciana a la guardia y custodia por la determinación efectuada por el arts. 15.1º, 47.4º y 48.a Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños y por los arts. 9.4º y 16 Cc, siendo la legislación valenciana la ley de la unidad territorial con la que el menor presenta un vínculo estrecho), pero no puede

negarse que la norma autonómica supone la introducción de un elemento que altera la correcta aplicación del sistema de fuentes.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 14 enero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. *CENDOJ SAP B 405/2014.*

Guardia y custodia.— Alimentos.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat, art. 15.1º y 49.a del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, art. 3.1 y 16.a del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, o, en materia de guardia y custodia

[...]

La llei aplicable a la responsabilitat parental és la del for, atès l'art. 15.1º Conveni de La Haia de 19 d'octubre de 1996 ; segons el seu article 49.a, la territorialitat del dret català, segons les arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya i 111.3.1 CCCat, determina la seva aplicació a la responsabilitat parental. Quant a la llei aplicable als aliments dels fills, l'art. 3.1º Protocol de La Haia de 23 de novembre de 2007 determina que és la de la seva residència, és a dir, segons l'art. 16.a del Protocol, la catalana.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 21 febrero 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. *CENDOJ SAP B 1166/2014.*

Guardia y custodia.— Alimentos.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat, art. 15.1º y 49.a Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; art. 3.1º y 16.a del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, o, en materia de guardia y custodia

[...]

La llei aplicable a la responsabilitat parental és la del for, atès l'art. 15.1º Conveni de La Haia de 19 d'octubre de 1996 ; segons el seu article 49.a, la territorialitat del dret català, segons les arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya i 111.3.1 CCCat, determina la seva aplicació a la responsabilitat parental. Quant a la llei aplicable als aliments dels fills, l'art. 3.1º Protocol de La Haia de 23 de novembre de 2007 determina que és la de la seva residència, és a dir, segons l'art. 16.a del Protocol, la catalana.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 24 marzo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. *CENDOJ SAP V 1582/2014.*

Alimentos.— Reducción.

Normas aplicadas: art. 93 Cc; art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

[...]

Para decidir la suma que debe pagar el demandado en concepto de alimentos a los hijos menores, de acuerdo con el art. 93 Cc, aplicable a la vista de la vecindad civil común de los hijos conforme al art. 2 de la ley autonómica 5/2011 de 1 de abril, se tiene en cuenta que no existe prueba de los ingresos del demandado, que al parecer reside en Perú, ni indicio alguno de los medios de vida que pueda tener, la Sala opta por fijar la cantidad de 150 euros al mes, que se considera la mínima para garantizar la atención a las necesidades básicas de los hijos, por lo que se desestima el recurso de apelación interpuesto y se confirma la sentencia de instancia.

Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Tercera, Sentencia de 29 abril 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Eduardo Arias Boo. CENDOJ SAP T 889/2014.

Régimen matrimonial primario

Normas aplicadas: art. 231–8 CCCat.

[...]

Per tant, hem de concloure, pel que fa a les obligacions pecuniàries el pagament de les quals reclamava la demandant en aquest procediment, que n'havien de respondre de forma solidària tots dos cònjuges. Hi podria objectar la demandada que, en no tenir la nacionalitat espanyola, i, per tant, no tenir, tampoc, el veïnatge civil català, no li era d'aplicació la disposició legal a què ens acabem de referir, ja que el seu estatut personal es regeix per la seva llei nacional. Ara bé, l'art. 231–8 del Codi civil forma part del que es qualifica com a règim econòmic matrimonial primari, és a dir, és una norma que s'aplica a qualsevol tipus de matrimonis, sigui quin sigui el règim econòmic matrimonial que hagin escollit o que els sigui d'aplicació, a manca de pacte, per disposició legal supletòria. La finalitat d'aquesta disposició legal no és regular les relacions internes entre els cònjuges, sinó protegir les terceres persones que contracten amb qualsevol dels dos.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 14 mayo 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 4865/2014.

Guardia y custodia.– Prohibición de salida del territorio nacional.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat, art. 9.4º Cc.

[...]

En atención a que no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo en el momento de la demanda y, por el contrario, las conexiones personales según el art. 9.4º son con Cataluña, debe aplicarse el Derecho civil catalán a la medida discutida en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat.

Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, Sentencia de 2 junio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina. CENDOJ SAP V 2421/2014.

Alimentos.– Reducción.

Normas aplicadas: art. 93 Cc; art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

[...]

Para decidir cuál es la cuantía de la pensión de alimentos, de acuerdo con el art. 93 Cc, en relación con el art. 91 del mismo cuerpo legal, aplicables al no constar la vecindad civil valenciana del hijo, como establece el art. 2 de la ley autonómica 5/2011 de 1 de abril, se tiene en cuenta que no está acre-

ditado que el demandado desempeñe ninguna actividad laboral. En el informe de vida laboral del folio 57 consta de baja en el régimen de autónomos desde julio de 2012. De las propias manifestaciones de la actora se deduce que el menor reside en Rumanía con sus abuelos maternos, y tampoco se ha acreditado que sus necesidades actuales sean superiores a las que tenía en el momento en el que las partes acordaron la cuantía de los alimentos.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 3 julio 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 8102/2014.

Guardia y custodia.— Alimentos.

Normas aplicadas: Arts. 14.1º EAC, 111.3.1 CCCat, art. 15.1º y 49.a Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; art. 3.1º y 16.a Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, o, en materia de guardia y custodia

[...]

En cuanto a las demás cuestiones la residencia determina la aplicación de la ley española según el art. 5.1º Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 y el art. 3.1º Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007. En atención a que no solo no aparece en los autos ningún elemento de conexión con cualquier otro marco normativo español sino que la residencia y la vecindad civil de los hijos son catalanas, debe aplicarse el Derecho civil catalán en virtud de los arts. 47.1º y 48.a) Convenio de 1996, y 16.1.a) y 16.2.a) del Protocolo de 2007, vista la territorialidad del derecho catalán, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat. No procede, por tanto, aplicar a las cuestiones controvertidas, como hace la sentencia apelada, las disposiciones del Código Civil estatal, ignorando el Derecho civil catalán, que las regula completamente y que tiene su propio sistema de integración normativa.

Audiencia Provincial de Girona, Sección Segunda, Sentencia de 1 octubre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª María Isabel Soler Navarro. CENDOJ SAP GI 977/2014.

Sucesión.— Causante extranjero.— Determinación de la vecindad civil.

Normas aplicadas: Arts. 9.1º y 9.8º Cc.

[...]

En cuanto al primer motivo del recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 9.8º Cc la sucesión se rige por la ley personal del causante con independencia del lugar de fallecimiento y en consecuencia teniendo el fallecido la nacionalidad Alemana, será la ley Alemana la que deberá aplicarse al supuesto de autos. Dicho lo cual también debe tenerse en cuenta que para aplicar dicha ley personal la parte actora le incumbe acreditar debidamente del Derecho alemán aplicable al supuesto presente que, y esto es lo que la parte recurrente no acredita y ni tan siquiera en la demanda donde se insta la demanda, se hace mención alguna a la Ley Alemana que debe aplicarse.

La insistencia por parte de la parte apelante actora en el proceso, y ahora en esta alzada, en que debe aplicarse el derecho nacional de la causante, —el derecho alemán—, pues no es un hecho controvertido que tal era su nacionalidad en el momento de su fallecimiento, y por aplicación del art. 9.8 del Código Civil, es el aplicable, sin embargo esta insistencia de la parte apelante no ha ido acompañada de la acreditación por su parte de la existencia, vigencia y alcance en consecuencia debe aplicarse al supuesto presente el CCC al ser la vecindad civil del causante la catalana, como así lo aplica la sentencia de Instancia.

Audiencia Provincial de Castellón, Sección Segunda, Sentencia de 24 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. CENDOJ SAP CS 1154/2014.

Guardia y custodia compartida.

Normas aplicadas: Arts. 9.4º, 9.9º, 9.10º y 14 Cc ; art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

[...]

Entendemos que es de aplicación la Ley Valenciana 5/11. Aunque no consta que la actora apelada haya adquirido la nacionalidad española, el hijo tiene nacionalidad española y vecindad civil valenciana. Debe estar por tanto a la Ley personal del hijo (art. 9.4º Cc), que además es la del padre y la del lugar en la que llevan residiendo ambos progenitores desde hace años (art. 9.9º y 9.10º Cc).

Pues bien, teniendo el padre vecindad civil valenciana, y habiendo nacido el hijo en la comunidad valenciana, este último tendrá vecindad civil valenciana, según lo dispuesto en el art. 14.3º Cc. Y ello determina que sea de aplicación la Ley Valenciana 5/11 (art. 2 y preámbulo de la misma).

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Novena, Sentencia de 29 octubre 2014. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Pérez Nevot. CENDOJ SAP A 3417/2014.

Divorcio.– Responsabilidad parental.

Normas aplicadas: Arts. 1, 3, 5.1, 15.1º, 47, 48, 49.a y 53 Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; arts. 9.4º y 16 Cc; Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

[...]

En lo que se refiere a la legislación aplicable, tanto el Estado español como la Federación rusa tienen suscrito el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Este Convenio se encuentra en vigor en España desde el día 1 enero 2011. Su art. 53.1 dispone que “se aplicará tan sólo a las medidas adoptadas en un Estado después de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado”. Entre los objetivos del Convenio se encuentra el de “determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental”(art. 1.1º.c), entendiéndose por ésta “la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”(art. 1.2º). El art. 3 especifica que las medidas previstas en el art. 1 se pueden referir al “derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un período limitado de tiempo a un lugar distinto de su residencia habitual”. Es decir, resulta evidente que la determinación de la ley sustantiva aplicable a la guarda y custodia de un menor queda bajo el ámbito de aplicación del Convenio. Sobre este particular, el art. 15.1º señala que “en el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley”. Como excepción, el ap. 2 del mismo precepto dispone que “en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho”. Entre las normas de competencia a que se refiere el art. 15.1º encontramos el art. 5.1º, que prevé que “las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia

habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes”.

De todo lo expuesto se desprende que debe aplicarse la legislación española, que es la correspondiente a la residencia habitual del menor. Los problemas suscitados por la coexistencia de distintos regímenes civiles dentro del territorio español encuentran respuesta en el art. 48 del Convenio: “para determinar la ley aplicable [...]”.

En el supuesto que nos ocupa, no existe en el ordenamiento jurídico español una norma que identifique el Derecho civil, común o especial, que debe aplicarse a este caso concreto porque el criterio seguido por el art. 16.1º Cc resuelve el conflicto remitiéndose al capítulo IV con la matización de considerarse como ley personal la determinada por la vecindad civil. Sin embargo, en el caso de autos ninguno de los litigantes tiene vecindad civil en ninguno de los territorios que conforman el Estado español por la sencilla razón de que se trata de extranjeros. Es por ello que el art. 16.1º Cc, que es la norma a que se remite el art. 48.a) del Convenio, deviene inoperativo, pues resulta imposible aplicar las normas de conflicto del capítulo IV del Libro I del Código Civil sustituyendo las referencias efectuadas a la “ley personal” por otras relativas a la “ley de la vecindad civil”.

En tales circunstancias, debemos aplicar el ap. b) del art. 48 del Convenio, que se remite al art. 47. De esta forma, la remisión que el art. 9.4º Cc efectúa a la “ley personal del hijo” para dilucidar las cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales debe considerarse hecha a la legislación civil valenciana de conformidad con lo previsto en el art. 47.4º del Convenio: “cualquier referencia al Estado [...]”. Y en el presente litigio, resulta evidente que la unidad territorial con la que el niño presenta un vínculo estrecho es la Comunidad Valenciana, en la que ha nacido y vivido hasta el momento.

Es decir, de lo expuesto se desprende que la controversia relativa al tipo de régimen convivencial que ha de regir en lo sucesivo entre las partes y su hijo Nicanor debe de dilucidarse con arreglo a la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 31 octubre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª Paloma Sancho Mayo. CENDOJ SAP A 3977/2014.

Guardia y custodia compartida.

Normas aplicadas: art. 3.4º EACV, art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, arts. 9.2º, 14 y 16 Cc.

[...]

Cuestiona la parte el pronunciamiento en el que se basa la juzgadora para la desestimación de sus peticiones con base en que no es de aplicación la Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pues los menores y sus padres carecen de la vecindad civil valenciana necesaria para la aplicación de la misma.

El art. 2 de la citada Ley mantiene que ésta, se aplicará a los hijos e hijas sujetos a la autoridad parental de sus progenitores que ostenten la vecindad civil valenciana cuyos efectos deban regirse conforme al art. 3.4º Estatuto de Autonomía. Dicho precepto estatutario establece literalmente en su punto primero que “a los efectos de este Estatuto, gozan de la condición política de valencianos todos los ciudadanos españoles que tengan o adquieran vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la Comunitat Valenciana”. En el presente supuesto de la prueba practicada, como bien recoge la sentencia, no se ha verificado que las partes o sus hijos haya adquirido tal vecindad. El art. 14 Cc en sus puntos 5º y 6º establece que “la vecindad civil se adquiere, por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al

lugar de nacimiento”. De la prueba que obra unida a las actuaciones se desprende que los litigantes nacieron, él en Vercelli (Italia) y ella en Deverter (Holanda), siendo sus tres hijos menores de edad, los que han nacido en España. De la prueba practicada únicamente se acredita que los litigantes mantienen su propia nacionalidad, pero es más, en la inscripción de nacimiento de su hijo Jose Miguel, consta una nota marginal en la que se inscribe el auto de 1 octubre 2002, dictado en el encargado del Registro Civil de Benidorm, que modifica los apellidos del inscrito por no adaptarse a la legislación italiana y holandesa, dada la nacionalidad que le es propia al menor. Por ello no se ha probado que los menores tengan la nacionalidad española lo que a su vez conllevaría la vecindad civil valenciana, como presupuesto para la aplicación de la Ley autonómica. En suma, aplicando al caso todos los preceptos citados, junto con el art. 16.3º Cc en relación con el art. 9.2º del mismo texto legal se concluye que ésta no es de aplicación al caso litigioso, sino que debe considerarse aplicable al presente supuesto el Derecho común.

Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, Sentencia de 5 diciembre 2014. Ponente: Ilma. Sra. Dª Paloma Sancho Mayo. CENDOJ SAP A 4053/2014.

Guardia y custodia compartida.

Normas aplicadas: art. 3.4º EACV; art. 2 Ley Valenciana 5/2011, de la Generalidad Valenciana, sobre relaciones familiares de hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, arts. 14 y 15 Cc.

[...]

Atendiendo a los planteamientos del recurso y la impugnación, debe resolverse como primera cuestión, la procedencia en su caso de la aplicación de la Ley Valenciana 5/2011 de uno de abril, que regula las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dado que el juez a quo consideró que no era aplicable esta legislación al no ostentar la hija menor la vecindad civil valenciana, pues tanto la madre como el padre son de nacionalidad argentina.

El art. 2 Ley 5/2011 en cuanto a su ámbito de aplicación establece que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.4º Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana y las disposiciones del Título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana, por lo tanto la que debe tenerse en cuenta es la de la hija, por lo que debe examinarse si la menor ostenta la dicha vecindad, al ser nacida en Villajoyosa.

El art. 14.3º Cc establece que: “si al nacer el hijo o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común”. En este caso la filiación de la menor según establece su partida de nacimiento se corresponde con sus dos progenitores, y según consta en la certificación de su nacimiento a través de una nota marginal (...) “ostenta la nacionalidad española de origen con valor de simple presunción”, sin que conste referencia alguna a su vecindad civil, por lo que es de aplicación el art. 14.6º Cc que establece que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento y también el art. 15.1º de ese mismo texto legal cuando manifiesta que el extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades civiles correspondiente al lugar de residencia, por lo que la vecindad civil de la menor, al no constar otra distinta, será la valenciana al corresponderse con su lugar de nacimiento, por lo que conforme al ya citado art. 2 Ley 5/2011 procede su aplicación al presente caso, debiendo entrar a examinar si conforme a la mencionada legislación procede la aplicación de un régimen de custodia compartida.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosegunda, Sentencia de 30 diciembre 2014.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Bayo Delgado. CENDOJ SAP B 14251/2014.

Guardia y custodia.— Alimentos.

Normas aplicadas: Arts. 14.1 EAC, 111.3.1 CCCat; art. 15.1 y 49.a Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; art. 3.1º y 16.a del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, o, en materia de guardia y custodia

[...]

Según el art. 5.1º Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, debe aplicarse la ley de la residencia de la menor a las cuestiones sobre responsabilidad parental. Por lo que atañe a los alimentos, el art. 3.1 del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 determina que la ley aplicable es la del foro. En ambos temas, en atención a que su residencia estaba en Cataluña al momento de la demanda, debemos señalar que hay que aplicar el Derecho civil catalán a la responsabilidad parental y alimentos, en virtud de su territorialidad, según los arts. 14.1º Estatut d'Autonomia de Catalunya y 111.3.1 CCCat. No procede, por tanto, aplicar a las cuestiones controvertidas cumulativamente, como hace la sentencia apelada, las disposiciones del Código Civil estatal y las del Derecho civil catalán, que las regula completamente y que tiene su propio sistema de integración normativa.

**DOCTRINA DE LA
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS
Y DEL NOTARIADO**

Coordinación de Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

Comentarios de

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ y Mónica HERRAN BALLETEROS

ADOPCIÓN

DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL DE UNA ADOPCIÓN CONSTITUIDA EN EL EXTRANJERO

Nuria MARCHAL ESCALONA *.

1. Las tres Resoluciones de la DGRN objeto de comentario resuelven recursos presentados contra diferentes decisiones dictadas por distintos Jueces Encargados del Registro Civil español en los que se había denegado el reconocimiento y la inscripción en el Registro Civil español de una adopción constituida en el extranjero. Tres Resoluciones en las que, como veremos, se evidencia las luces y las sombras a las que nos tiene ya acostumbrados este Centro Directivo.

2. El primer recurso fue interpuesto contra la providencia dictada el 8 mayo 2012 por el Encargado del Registro Civil de Madrid, en el que se denegaba la inscripción de una adopción constituida en Perú, el 5 diciembre 2008, de una menor nacida en 1997. Los adoptantes eran un matrimonio. El marido ostentaba nacionalidad peruana y la mujer la doble nacionalidad española y peruana. La autoridad registral española denegó el reconocimiento de dicha adopción por considerar, por una parte, que los adoptantes no habían aportado el oportuno certificado de declaración de idoneidad al que estaban obligados por estar domiciliados en España al tiempo de la adopción y, por otra, porque la menor era hermana por doble vínculo de la adoptante y, por tanto, vulneraba la prohibición prevista en el art. 175.3.2º Cc. La delimitación de la normativa aplicable al reconocimiento de la adopción resulta correcta, pues, aunque, Perú sea miembro, desde 1996, del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 (BOE, 1-VIII-1995), dicho instrumento se aplica solo al reconocimiento de adopciones transnacionales, es decir, las que implican el desplazamiento del menor de un Estado a otro antes o después de haberse constituido la adopción (art. 2.1º Convenio de La Haya). Y en la fecha en la que se constituyó la adopción tanto el menor, como los adoptantes parecían tener su residencia habitual en Perú, si bien es cierto que el Encargado del Registro Civil español demostró que los promotores de la adopción falsearon este dato ante las autoridades peruanas, dado que al tiempo de la adopción tenían su residencia habitual en Madrid. Por lo que, la tramitación de esta adopción debería de haberse llevado a cabo según establece este instrumento convencional. La sombra del fraude planea, pues, en este supuesto. Realmente, lo que nos resulta extraño es que las autoridades peruanas constituyeran la adopción en tales circunstancias, y no procedieran a realizar un control más férreo de este aspecto. En cualquier caso, lo que sí está claro es que la norma aplicable para el reconocimiento de dicha adopción de un menor peruano constituida en Perú por supuestos adoptantes residentes en Perú debe ser la Ley 54/2007 sobre adopción internacional (BOE, 29-XII- 2007) y, en concreto, lo dispuesto en su art. 26. Nada que objetar al respecto, solo decir que llama la atención que al desestimar la inscripción de la adopción constituida en Perú, la DGRN fundamente su postura no solo en los arts. 26 y 27 de la Ley 54/2007, sino también en el art. 9.5º Cc —¡¡norma que está derogada desde hace ya ocho años!!—.

De esta Resolución merece comentar dos cuestiones. La primera es la de saber si la presentación del oportuno certificado de idoneidad era realmente necesario y, por ende, si procedía o no denegar el reconocimiento de dicha adopción constituida en el extranjero, sobre todo, teniendo en cuenta las repercusiones que se derivan de la doctrina instaurada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH) en el asunto *Wagner c. Luxemburgo* (28 junio 2007) (A). Y, la segunda, es si real-

* Profesora titular de DIPr. Universidad Granada.

mente una adopción constituida en el extranjero en el que la adoptada es hermana de la adoptante –una posibilidad prevista y permitida en la normativa del país de constitución de la adopción– vulnera o no el orden público internacional y si, por tanto, puede ser denegado el reconocimiento de la adopción por dicho motivo (B).

A) En torno a la primera cuestión, hay que decir que, según la normativa autónoma española, para el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero es preciso obtener previamente el oportuno certificado de idoneidad en los casos en los que el/os adoptante/s sea/n español/es y tenga/n su residencia habitual en España (art. 26.2º Ley 54/2007). En el presente caso no hay duda alguna sobre su necesidad, dado que los adoptantes tenían su residencia efectiva en Madrid, y no estaban incurso en ninguna de las excepciones que eximen de dicha aportación. Por tanto, la DGRN procede correctamente al denegar el reconocimiento de dicha adopción por no aportar dicho certificado, máxime, si se tiene en cuenta el comportamiento fraudulento de los promotores de la adopción al falsificar los datos sobre su domicilio real para evitar la intervención de las autoridades administrativas españolas, y agilizar así, probablemente, el proceso de adopción. Es sabido que el certificado de idoneidad es una medida de control que tiende a propiciar la seguridad de las adopciones internacionales intentando prevenir el tráfico ilícito de menores y, por tanto, una garantía de que la adopción se ha constituido en “interés del menor”. Pero, también es cierto, así lo ha reconocido el TEDH, que denegar el reconocimiento de una adopción válidamente constituida en el extranjero conlleva implícito un perjuicio para el menor y para sus intereses. Por lo tanto, la cuestión es –dejando al margen la cuestión del fraude a la ley detectado en el presente caso sobre la que las autoridades españolas no se han pronunciado– si debe ser reconocida en España una adopción constituida en el extranjero sin las debidas garantías. Es cierto que denegar el reconocimiento de una adopción puede perjudicar al menor, pero reconocer toda adopción que haya sido válidamente constituida en el extranjero sin las garantías debidas puede suponer un paso atrás en la protección de los menores. No dudamos de las buenas intenciones del TEDH, pero, desde nuestro punto de vista, no toda adopción constituida en otro Estado debe admitirse. Hay que establecer límites a dicha doctrina, por los efectos perniciosos conlleva. Necesariamente debe plantearse dónde está el equilibrio entre el interés del menor en concreto y el respeto de la legalidad como expresión del interés del menor en general (E. Rodríguez Pineau, “Nota al Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 enero 2010”, *REDI*, 2010–1, vol. LXII, p. 239). Es evidente que la falta de un requisito tan imprescindible, como lo es la presentación del oportuno certificado de idoneidad, es infranqueable. No obstante, también es cierto si atendemos al supuesto de hecho de la Resolución comentada, podemos comprobar que, cuando se presenta al reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero ante las autoridades españolas, han transcurrido más de 3 años, desde su constitución. En estas circunstancias desproteger a la menor adoptada que lleva tanto tiempo en compañía de sus adoptantes, y que se han revelado perfectamente idóneos, podría hacer pensar en la idoneidad de que la autoridad registral actuara con un mayor *favor adoptionis* y admitiera el reconocimiento de dicha adopción, aunque no se hubiera obtenido dicho certificado. Pero, no hay que olvidar el fraude cometido a la Ley española. De no ser así, la solución más adecuada, desde nuestro punto de vista, sería permitir subsanar la carencia de dicho certificado. Esta práctica no es desconocida en nuestro país, pues no solo existen normativas autonómicas que permiten dicha posibilidad, sino que también la propia DGRN ha considerado dicho requisito como subsanable, posibilitando la inscripción posterior una vez obtenido el mismo (*vid.* F. Calvo Babió, “Reconocimiento en España de la adopción constituida por autoridad extranjera”, *Regulación de la Adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones* (G. Esteban de la Rosa, coord.), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, pp. 338–339). A nuestro juicio, si la normativa española permite la subsanación de determinadas declaraciones de voluntad o consentimientos no obtenidos en su debido momento en el país de constitución de la adopción *ex art. 26.1.2º in fine* Ley 54/2007, ¿por qué no permitir la subsanación del certificado de idoneidad en lugar de denegar el reconocimiento de la adopción y condenar a los adoptantes a constituir *ex novo* la adopción ante autoridad española? Somos conscientes de lo arriesgado de la propuesta, pero también es cierto que solo debería de operar en supuestos muy excepcionales, en concreto, cuando la adopción se hubiera constituido sin dicho requisito, se hubiera consolidado en el tiempo el *status familiae* y no hubiera mediado fraude de ley, como así sucedió en el presente caso.

B) La DGRN en el presente supuesto deniega, igualmente, el reconocimiento de la adopción argumentando que la adoptada era hermana de doble vínculo de la adoptante, por lo que dicha adopción incurría en la prohibición prevista en el art. 175.3.2º Cc, según el cual no puede adoptarse “a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad”. Una prohibición expresa que constituye una cuestión de orden público internacional, no procediendo, según este Centro Directivo, en ningún caso la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español (art. 23 Ley 54/2007). El problema radica, por tanto, en saber si la adopción de una menor por su hermana constituida en Perú vulnera o no el orden público internacional. Somos conscientes del alcance excepcional que debe revestir esta cláusula en materia de adopción, más si cabe puesto que, como hemos visto, denegar el reconocimiento de la adopción puede perjudicar el “interés del menor”. No obstante, también lo es que hay determinadas circunstancias que son infranqueables, como así ocurre en los supuestos en los que se haya prescindido en la constitución de una adopción de cualquier consentimiento o audiencia del adoptando mayor de 14 años (art. 177.1º Cc), o que vulnere ciertas prohibiciones de adoptar, como la que se refiere a la adopción de descendientes o por hermanos, como así sucede en el presente caso. Y ello porque dicha adopción podría tener efectos perjudiciales para la identidad personal del menor, así como para el libre desarrollo de su personalidad; un atributo de la persona humana, derecho humano absoluto e imprescriptible, objeto de protección nacional (X. Bioy, “Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel. Essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse)”, *Rev. int. dr. comp.*, 2003, pp. 123–147) e internacional. En definitiva, reconocer este tipo de adopciones atentaría contra el art. 10, donde se reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Un derecho al que se le considera genérico y al que se recurre en aquellos casos en los que la defensa de algún interés legítimo no puede efectuarse recurriendo a alguno de los derechos o libertades fundamentales expresamente contemplados en otro precepto, aun cuando el propio Tribunal Constitucional ha considerado que el libre desarrollo de la personalidad es “el punto de anclaje, el prius lógico y ontológico de la existencia de y de la especificación de los demás derechos” (Sentencia 53/1985, 11 abril 1985 cit. por N. Angulo Sánchez, *El Derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado*, Iepola ed., 2005, p. 79).

Ahora bien, la cuestión que queda por resolver es si debería ser denegado el reconocimiento de dicha adopción. La respuesta ha de ser rotundamente en sentido afirmativo. Ninguna adopción extranjera puede ser reconocida si sus efectos son contrarios al orden público. No obstante, en la normativa autonoma se echa en falta una cláusula de orden público que impida el reconocimiento de adopciones extranjeras en tales supuestos. Esta ausencia puede justificar el que la DGRN fundamente de forma lamentable y errónea la denegación de la adopción en la cláusula de orden público prevista en la Ley de adopción ex art. 23. Un precepto que regula los supuestos en los que la autoridad española competente para constituir una adopción en España debe rechazar la aplicación de una ley extranjera, cuya aplicación es reclamada por la norma de conflicto española. Nada que ver con el control de orden público que debe de hacerse a toda adopción constituida ante autoridad extranjera. El apartado vigesimocuarto del art. III de la Ley 26/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, 29–VII–2015) subsana esta carencia, pues modifica el art. 26 Ley de adopción internacional y establece que una adopción constituida ante autoridad extranjera podría ser denegada si vulneraba el orden público internacional. A tales efectos, se considerará que vulneran el orden público español “aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación”. Es cierto que la cláusula de orden público, como hemos dicho, debe tener una aplicación restrictiva en este ámbito. No obstante, la definición que da de “orden público” es tan sumamente restringida que deja fuera de la misma ciertas cuestiones tan significativas, como lo son las prohibiciones para adoptar vigentes en el ordenamiento jurídico español. A tales efectos, la cuestión que se suscita de inmediato es la de saber si debería de ser denegado o no el reconocimiento de una adopción extranjera que ha sido constituida vulnerando tales prohibiciones (ex art. 175 Cc), cuando resulte de aplicación esta modificación. Una interpretación literal de dicho precepto debería llevar a una respuesta en sentido negativo. No obstante, es evidente que nunca

podría reconocerse una adopción que vulnera dichas prohibiciones, porque, como hemos demostrado, atenta a nuestros principios y valores más esenciales vigentes en materia de adopción. *Lapsus calami* de la Ley. En cualquier caso, lo que es evidente que una adopción que vulnera el orden público no puede ser reconocida en nuestro país, y que ante la falta de una cláusula legal expresa, dicho control se debe vincular como, hasta ahora, con el control de la ley aplicable [vid. Resolución-Circular de la DGRN de 15 julio 2006 sobre reconocimiento e inscripciones en el Registro Civil español de las adopciones internacionales (BOE, 30-VIII-2006)].

3. En la segunda de las Resoluciones comentadas, dictada el 17 febrero 2014, el recurso se presentaba contra un Oficio dictado en abril del 2010 por el Encargado del Registro Civil Consular de España en Rabat en el que se denegaba la inscripción de una adopción constituida sobre un menor de origen marroquí y que fue dictada por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas el 24 febrero 2010. La inscripción fue denegada por considerar que la *kafala* que dio pie a la adopción constituida en Bélgica no podía acceder al Registro Civil español y no podía dar lugar a una adopción plena. Según el razonamiento desarrollado en el Oficio impugnado y en los informes posteriores, sería necesaria la constitución *ex novo* de una adopción ante el Juez o Cónsul competente que, en este caso, no estaría autorizado dado que al estar acreditado en Marruecos y estar prohibida la adopción por las leyes marroquíes carecería de competencia de acuerdo con los arts. 5, f) y m) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares.

La decisión adoptada por el Encargado del Registro Civil Consular de España en Rabat dista mucho de ser razonable y deja mucho que desear y que decir del razonamiento que algunas autoridades españolas realizan en este ámbito. De hecho, la DGRN, afortunada y acertadamente, procede a estimar el recurso y a revocar la decisión recurrida. Hay que decir que el análisis que realiza la DGRN es impecable y demuestra una adecuada comprensión de la controversia estableciendo para su resolución unos criterios que han de valorarse muy positivamente. En concreto, para la DGRN es evidente que de lo que se trata en el caso planteado es de reconocer en España la validez de una adopción constituida por una autoridad extranjera y, en consecuencia, practicar la inscripción en el Registro Civil. Ello le lleva a afirmar, por una parte, que para dicha cuestión el Cónsul si tiene competencia, dado que no se trata de constituirla, para lo cual efectivamente si carecería, sino para reconocerla e inscribirla. Y, por otra, que la adopción cuya inscripción se pretende no es la *kafala* concedida en Marruecos a la solicitante, sino la adopción plena formalizada en Bélgica. Una adopción que se ha constituido legalmente, pues, según el art. 361-5 del Código Civil belga, dicha opción es posible cuando los Estados de origen de los menores desplazados a Bélgica con vistas a constituir una adopción no conozcan la institución de la adopción, siempre que exista una decisión de la autoridad local atribuyendo alguna forma de tutela sobre el menor a favor de los futuros adoptantes. Para la DGRN, la calificación del Encargado no debe centrarse en la decisión de tutela –en este caso la *kafala*– que permitió el desplazamiento del menor interesado, sino en la definitiva adopción plena dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, pudiendo proceder a la inscripción de la adopción en cuestión siempre que reúna los requisitos recogidos por el art. 26 de la Ley de Adopción Internacional, es decir, cumpliera el control de la ley aplicable, la competencia del órgano emisor, la equivalencia de efectos con las adopciones españolas, la declaración de idoneidad no resultaría exigible dado que la adoptante no reside ni residía en España, así como la regularidad formal del documento que sea presentado.

De esta Resolución de la DGRN se desprende cómo ciertas legislaciones de nuestro entorno resuelven el problema originado por el desplazamiento a territorios europeos de menores marroquíes bajo el régimen de una *kafala* judicial. Y es que tales desplazamientos tienen un fin claro y evidente: la constitución de una posterior adopción sobre el menor. En Bélgica, según parece del relato de los hechos, dicha posibilidad es factible. Por el contrario, en España, hasta ahora, no había normativa legal expresa, y nuestra jurisprudencia se mostraba contradictoria en este punto [J.R. De Verda y Beamonte, “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico (*kafala*)”, *Diario La Ley*, 2010, pp. 1-23]. De hecho, el que pudiera constituirse o no una adopción en nuestro país dependía, en ocasiones, de la Comunidad Autónoma e, incluso, dentro una misma Comunidad de la ciudad, en concreto, en la cual se solicitaba la constitución de la adopción. Los Tribunales españoles proclives a su constitución tenían muy claro que la Ley que se debía aplicar a la misma era la española. Y, por tanto, toda limitación o

prohibición establecido por el Derecho del país de origen del menor no impedía su válida constitución en España (sobre esta práctica *vid.*, con más detalle, mi trabajo. “Problemas actuales del reconocimiento de la *kafala* marroquí ante autoridades españolas”, en *Familia y Sucesiones en la relaciones hispano marroquíes*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2015, p. 141).

Es cierto que, en el futuro, la relevancia de este problema tiene visos de decrecer en nuestro país, dada la postura adoptada por el Gobierno marroquí de no autorizar *kafalas* a ciudadanos con residencia en el extranjero. No obstante, resultaba necesaria una regulación legal expresa y clara al respecto. A tales efectos, en el apartado nº 20 del art. III de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se ocupa de subsanar esta carencia, pues añade un ap. 4 en el art. 19 de la Ley de adopción internacional. Según el cual: “En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública”. Está claro que con esta norma la adopción de menores venidos en régimen de *kafala* será, desde que esta norma entre en vigor, imposible, salvo para aquellos menores que hubieran venido a España sin compañía de un adulto, es decir, se tratase de un MENA y se encontrara en un centro de acogida en España bajo la tutela de la Administración española. Un precepto de naturaleza similar al previsto en el ordenamiento francés y, en concreto, al art. 370-3 del Código Civil francés, donde dispone que: “*L’adoption d’un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France*”. Norma que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos del hombre en el asunto Harroudj v. Francia de 4 octubre 2012 (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, pp. 161-172 nota de S. Corneloup) no viola ni el art. 8 ni del art. 14 del Convenio europeo de los Derechos del hombre (en un sentido similar se ha pronunciado recientemente el TEDH en el asunto Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique, de 16 de diciembre). Con esta modificación, el legislador español da carpetazo a la discrecionalidad y a la falta de seguridad jurídica que en este ámbito se ha producido en España durante muchos años. Lo que, sin duda alguna, satisfará, al Gobierno marroquí, pero acabará con las esperanzas y los anhelos de muchos niños que están en sus países de origen en orfanatos a la espera de unos “padres” que no acudirán, porque no son “adoptables”. A esta circunstancia, se ha llegado por la falta de tolerancia y respeto, pilares esenciales que deben guiar las relaciones jurídicas transfronterizas, mostrado por el mundo occidental hacia esta institución islámica. El problema de la *kafala* no es más que un problema de reconocimiento. Se trata de que pueda desplegar aquí los efectos que le son propios sin que las autoridades españolas desvirtúen su contenido (N. Marchal Escalona, “Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l’ordre juridique espagnol”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 104, enero-marzo 2015, pp. 89-113). La *kafala* no es una adopción, ni un acogimiento, ni una tutela. La *kafala* es simplemente eso *kafala*, y nunca debería de haberse convertido en algo distinto.

4. La tercera Resolución de la DGRN que hemos procedido a comentar resuelve un recurso interpuesto contra el Auto dictado el 2 noviembre 2012 por el Encargado del Registro Civil Consular, en el que se denegaba la inscripción de una adopción constituida en Perú el 24 abril 2007, en virtud de la cual un ciudadano español adoptó a la hija mayor de edad de su cónyuge, por considerar que la adopción que se pretendía inscribir era radicalmente distinta de la adopción española en la que no cabe esta posibilidad (*ex. art.* 175 Cc).

Esta Resolución debe de ser valorada de forma negativa por dos razones. La primera porque no delimita de forma correcta la normativa aplicable al reconocimiento de la adopción. Como ya hemos mencionado anteriormente, aunque, Perú sea miembro del Convenio de La Haya no se aplicaría al reconocimiento de dicha adopción, pues dicho instrumento se aplica solo al reconocimiento de adopciones transnacionales, pero tampoco puede aplicarse, como así hace la DGRN, la Ley de adopción internacional, pues en la fecha en la que se constituyó la adopción todavía no había entrado en vigor. Lo que implica que el reconocimiento de dicha adopción debería de haber operado, según lo establecido en el art. 9.5º Cc.

En segundo lugar, merece ser objeto de crítica porque en la argumentación ofrecida por la DGRN evidencia que no parece tener claro ni el control que ha de realizarse para reconocer las adopciones

constituidas en el extranjero ni en qué debe consistir el control de la “equivalencia de efectos” que exige la normativa española. Una praxis errónea que ya denunciábamos en su día (N. Marchal Escalona, nota a las Resoluciones (34ª) de 4 abril 2012, (2ª) de 11 julio 2012 y (3ª) de 11 julio 2012 de la DGRN, *AEDIPr*, t. II, 2012, pp. 1179–1183) y que resulta incompresible a la luz de lo establecido en la Resolución–Circular, de 15 julio 2006. En concreto, en esta Resolución la DGRN aplica e interpreta “a su manera” el control de la “equivalencia de efectos”. Dicho control supone que no debe denegarse el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero que sea diferente a la adopción, tal y como la configura el ordenamiento jurídico español, sino que lo que debe comprobarse y evitarse es que el resultado logrado mediante el reconocimiento en España de dicha adopción sea radicalmente incompatible con los principios fundamentales y valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. Esto es, la autoridad española lo que debe hacer es comprobar que la adopción constituida en el extranjero rompa sustancialmente los lazos familiares con la familia de origen, sea irrevocable y genere vínculos familiares con la familia adoptiva. No pudiendo entrar a examinar la absoluta correspondencia de la adopción extranjera con la española, pues de otra manera se estaría imponiendo un control no previsto en la normativa aplicable (sea esta el art. 9.5º o el art. 26 Ley de adopción 54/2007).

La DGRN en esta Resolución no solo desvirtúa el control de “equivalencia de efectos” que ha de realizarse al reconocer o no una adopción constituida en el extranjero, sino que el parámetro de legalidad que utiliza la DGRN para valorar la adecuación de la adopción peruana para su reconocimiento en España es erróneo. Y ello porque se basa única y exclusivamente en lo establecido en la Ley española, es decir, la DGRN no reconoce dicha adopción, porque, simplemente, está adopción no está permitida en el art. 175 Cc español. Una práctica incorrecta que se está convirtiendo, cada vez más, desgraciadamente, en habitual, pues solo en el caso de que las normas de conflicto del Derecho peruano hubieran previsto la aplicación de la ley española a la constitución de la adopción o fuera una cuestión de orden público, cosa que no sucede, habría sido factible y oportuno la denegación de dicha adopción y, por tanto, hubiera sido correcto el proceder de la DGRN. Ello, siempre que dicha adopción hubiera cumplido el resto de los requisitos establecidos en la normativa aplicable.

5. Por desgracia, el balance que arroja el análisis de las Resoluciones de la DGRN comentadas debe de ser, con carácter general, en sentido negativo. Hay más sombras que luces. Hay flagrantes errores y argumentaciones insostenibles, desde el punto de vista iusprivatista. No obstante, no todo está perdido. Esperemos que la Resolución (18ª) de la DGRN de 17 febrero 2014 sea la primera de otras muchas en las que se imponga la lógica, el sentido común y un mayor y mejor dominio de nuestra disciplina.

2014–2015/DGRN/1.– Resolución (77ª) de 3 enero 2014. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 21 mayo 2014, pp. 25–27.

Adopción extranjera.– Inscripción.– Relación de consanguinidad.– Contrariedad con orden público internacional.

[...] II.– Se pretende por los interesados la inscripción de la adopción de una menor nacida en 1997 en Perú, constituida en dicho país por sentencia dictada el 5 diciembre 2008 por la Corte Superior de Justicia de Callao–Juzgado especializado en familia. Los adoptantes, unidos en matrimonio ostentan, el marido, la nacionalidad peruana y, la mujer, la doble nacionalidad española y peruana. De otro lado, según resulta de las certificaciones de empadronamiento incorporadas al expediente y sus propias manifestaciones en comparecencia ante el Encargado del Registro Civil de Madrid el 27 abril 2012, la residencia habitual del matrimonio se encontraba en M. tanto en el momento de la adopción como en el de las manifestaciones. Por el Encargado del Registro Civil de Madrid se dictó providencia el 8 mayo 2012 denegando la inscripción de la adopción por ser el adoptante español y estar domiciliado en España al tiempo de la adopción y no haber aportado el certificado de declaración de idoneidad a que estaba obligado por no hallarse incurso en ninguna de las excepciones que eximen de dicha aportación; y, asimismo, dado que la adoptada es hermana por doble vínculo de la adoptante, por lo que estaría

incurriendo en la prohibición prevista en el art. 175.3.2º Cc. Este auto constituye el objeto del presente recurso.

III.— Tratándose de adopción constituida en el extranjero, la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, en su disposición adicional 2ª dispone que “para la inscripción en el Registro español de las adopciones constituidas en el extranjero, el encargado del Registro apreciará la concurrencia de los requisitos del art. 9.5º Cc” y, según este artículo, modificado por la Disposición Final primera de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, redacción vigente en el caso de referencia, “la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional”. Pues bien, el art. 26 de la mencionada Ley, relativo a los requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales, en su ap. 3º dispone que “cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero”. En este caso, como se ha indicado anteriormente, la entidad pública competente (la de la residencia habitual de los adoptantes) no ha emitido la declaración de idoneidad de los adoptantes españoles previamente a que se constituyese la adopción.

IV.— Por tanto, dado que, según resulta acreditado en las actuaciones, cuando se constituyó la adopción en Perú los adoptantes estaban domiciliados en España, no puede prescindirse para la inscripción de la adopción solicitada, de la declaración española de idoneidad. El certificado de idoneidad debe acreditar la capacidad jurídica del solicitante, siempre con arreglo a la Ley material española (art. 9 nº 1 y nº 5—I Cc). El objetivo y finalidad de este requisito es el de evitar que personas no idóneas para ser adoptantes acudan a países que no controlan con rigor la idoneidad de los adoptantes e insten en tales países una adopción que, posteriormente, intentan que sea reconocida en España. En ausencia de este requisito se debe denegar el reconocimiento y, en consecuencia, la inscripción en el Registro Civil español (Resoluciones de 16–2ª febrero 1998 y 16–3ª febrero 1998). En la exigencia de este requisito esta Dirección General ha sido rigurosa, aplicándolo incluso respecto de adopciones constituidas antes de la entrada en vigor de la LO de Protección Jurídica del Menor, que lo introdujo, pero cuya inscripción se solicitaba después de su vigencia (vid. Resoluciones de 25–3ª junio 1999 y 21–1ª diciembre 2001).

V.— Por otra parte, tal y como señala el Encargado del Registro Civil en el auto recurrido, conforme a los arts. 26 y 27 de la Ley 54/2007, de adopción internacional, y el art. 9.5º Cc, para el reconocimiento en España de una adopción constituida por autoridad extranjera, cuando el adoptante o el adoptado sea español, los efectos jurídicos de la adopción internacional se han de corresponder, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en el Derecho español. En el presente supuesto, la adoptada es hermana de doble vínculo de la adoptante, por lo que se incurre en la prohibición prevista en el art. 175.3.2º Cc, según el cual no puede adoptarse “a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad”, prohibición expresa que constituye una cuestión de orden público internacional, no procediendo en ningún caso la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español (art. 23 de la Ley 54/2007, de adopción internacional).

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado: desestimar el recurso y confirmar el auto apelado

2014–2015/DGRN/2.— Resolución (18ª) de 17 febrero 2014. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 9 julio 2014, pp. 7–9.

Adopción extranjera.— Inscripción.— Adopción belga constituida sobre la base de kafala marroquí.— Adopción plena.— Equivalencia de efectos.

[...] I.— Vistos los arts. 9, 12, 175, 176, 178 y 180 Cc; Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; 1, 15, 18, 23 y 46 LRC; 66, 68 y 342 RRC, y las Resoluciones de 11 mayo 1999, 5-2ª abril 2000, 19 mayo 2001, 3 abril 2002, 23-4a enero 2004, 19 noviembre 2005; 6-1a abril 2006, de 1-5a y 21-5a febrero 2007, 1-2ª diciembre 2008; 6-3ª mayo 2009 y 28-3ª y 29-2ª, 3ª y 4ª abril 2010.

II.— Se pretende por la solicitante la inscripción de la adopción por ella constituida sobre un menor de origen marroquí y que fue dictada por sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas el 24 febrero 2010. La inscripción fue denegada por Oficio de 28 abril 2010 del Encargado del Registro Civil Consular de España en Rabat por considerar que la kafala que dio pie a la adopción constituida en Bélgica no podía acceder al Registro Civil español y no podía dar lugar a una adopción plena. Este oficio constituye el objeto del presente recurso.

III.— La resolución impugnada, como se ha dicho, parte de que la kafala concedida en Marruecos en Febrero de 2009 que posteriormente dio lugar a una adopción plena en Bélgica no puede ser inscrita en el Registro Civil español por que no forma parte de la lista de actos inscribibles prevista por el art. 1º de la Ley. En consecuencia, según el razonamiento desarrollado en el oficio impugnado y en los informes posteriores, sería necesaria la constitución ex novo de una adopción ante el Juez o Cónsul competente que, en este caso, no estaría autorizado dado que al estar acreditado en Marruecos y estar prohibida la adopción por las leyes marroquíes carecería de competencia de acuerdo con los arts. 5, f) y m) del Convenio de Viena de Relaciones Consulares.

Sin embargo, no es posible confirmar en esta instancia el razonamiento efectuado por el Encargado, por dos motivos. En primer lugar, pese a lo que afirman tanto el Canciller en funciones de Ministerio Fiscal como el Encargado, de lo que se trata en el caso planteado es de reconocer en España la validez de una adopción constituida por una autoridad extranjera (art. 26 de la Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, de Adopción Internacional) y en consecuencia practicar la inscripción en el Registro Civil (arts. 27 de la ley precitada y 15 y 16 LRC), y no de constituirla ante el Cónsul de España en Rabat, para lo cual efectivamente carecería de competencia. Por otro lado, la adopción cuya inscripción se pretende no es la kafala concedida en Marruecos a la solicitante, sino la adopción plena formalizada en Bélgica que, pese a provenir de aquella, no es en absoluto identificable con la misma. En este sentido conviene señalar, de acuerdo con el conocimiento adquirido por esta Dirección General de la legislación belga, que el art. 361.5º Cc belga establece que cuando los Estados de origen de los menores desplazados a Bélgica con vistas a constituir una adopción no conozcan la institución de la adopción se requerirá que exista una decisión de la autoridad local atribuyendo alguna forma de tutela sobre el menor a favor de los futuros adoptantes, que posteriormente en Bélgica procederán a solicitar ante el Tribunal competente que se constituya la adopción de conformidad con el resto de previsiones generales de la ley. Es por ello que la calificación del Encargado no debe centrarse en la decisión de tutela —en este caso la kafala— que permitió el desplazamiento del menor interesado, sino en la definitiva adopción plena dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas de 24 febrero 2010, que a la postre es lo que solicitó la promotora. Procederá por tanto la inscripción de la adopción en cuestión siempre que reúna los requisitos recogidos por el art. 26 Ley de Adopción Internacional sobre la determinación de la ley aplicable, la competencia del órgano emisor y la equivalencia de efectos con las adopciones españolas —la declaración de idoneidad no resulta exigible dado que la adoptante no reside en España—. Pues bien, respecto a los dos primeros aspectos obra en las actuaciones un certificado de la autoridad local competente que acredita el respeto de la legislación vigente.

En lo que se refiere a la equivalencia de efectos, de acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación belga y, en particular, del Título VIII del Libro I del Código Civil, se desprende que la adopción plena en el ordenamiento jurídico belga conlleva tanto la asimilación de los adoptados con los hijos biológicos del adoptante como la extinción de los lazos con la familia biológica (art. 356-1) y la irrevocabilidad (art. 356-4). Por ello se llega a la conclusión de que la adopción examinada reúne las condiciones planteadas por el art. 26 Ley de Adopción Internacional y puede acceder al Registro Civil español.

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado: estimar el recurso interpuesto y revocar la resolución apelada.

2014-2015/DGRN/3.- Resolución (56ª) de 11 abril 2014. BIMJ, Resoluciones de la DGRN (Registro Civil), 17 diciembre 2014, pp. 40-43.

Adopción extranjera.- Adopción de mayor de edad.- Denegación de reconocimiento.- Contrariedad con ley española.

[...] II.- El promotor en el presente expediente, nacido el 10 mayo 1977 en Perú, interesa su inscripción de nacimiento en el Registro Civil español, a raíz de la adopción constituida por escritura pública de fecha 24 abril 2007, otorgada ante el Notario público de Callao, Don P-G, a través de la cual fue adoptado por el ciudadano español Don E. cónyuge de su madre. Mediante auto de 2 noviembre 2012, el Encargado del Registro Civil Consular dictó auto denegando la inscripción por considerar que la adopción que se pretendía inscribir, no reunía las condiciones del art. 175 Cc y era radicalmente distinta de la adopción española en la que no cabe esta posibilidad a menos que concurran las circunstancias previstas en dicho artículo, de manera que no podía producir en España los efectos propios de la adopción española ni, por consiguiente, incluirse en la lista de los actos inscribibles del art. 1 de la LRC.

III.- Con carácter previo se ha de señalar que el promotor, por ostentar el Sr. S. la nacionalidad española, puede solicitar en el Registro Civil español la inscripción de su nacimiento y marginal de adopción, dado que la adopción es un acto jurídico que afecta de manera singular al estado civil del adoptante y del adoptado y, por tanto, debe promoverse su inscripción de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 15 LRC y concordantes del RRC.

IV.- La autoridad española ante la que se suscite la validez de una adopción con ocasión de cualquier otro trámite o actuación de su competencia –en este caso, inscripción de nacimiento y marginal de adopción– debe proceder a realizar el reconocimiento incidental para verificar si la adopción constituida por la autoridad extranjera reúne o no los presupuestos y requisitos exigidos en el art. 26 Ley de Adopción Internacional para acceder al Registro Civil español. Dichos presupuestos son los siguientes: 1º. Que la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera competente. 2º. Que se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción. 3º. Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español y, en particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes. 4º. Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. 5º. El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción al idioma oficial español.

V.- En el caso presente, el recurrente solicitó la inscripción de nacimiento y marginal de adopción en base a la escritura pública de adopción de fecha 24 abril 2007, otorgada ante el Notario Público de Callao Don P-G. que constituyó la adopción del mayor de edad, D. M.R. Pues bien, dicha sentencia constitutiva de adopción plantea una cuestión esencial que hace imposible satisfacer la pretensión de la recurrente. Dicha cuestión deriva de la regla general vigente en nuestro Ordenamiento Jurídico que impide la adopción a personas mayores de edad. En efecto, a partir de la reforma operada en el Código Civil por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, la adopción se configura como institución de integración familiar, referida esencialmente a quienes más la necesitan, lo que conlleva que solo pueda adoptarse a menores no emancipados, salvo supuestos muy excepcionales. En armonía con esta premisa, el art. 175 Cc establece, sin confusión posible al respecto, que “únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados”. Este principio general ofrece un pequeño resquicio, en el mismo precepto, en cuanto

proclama que “por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada, antes de que el adoptando hubiera cumplido los catorce años”. La mera lectura de dicho supuesto excepcional pone de manifiesto que, a través del mismo, se intenta consagrar legalmente una situación fáctica ya prolongada en el tiempo, y concurrente antes de alcanzar los catorce años el adoptando, con plena integración, a todos los efectos, salvo su amparo legal, en el entorno familiar del adoptante, o adoptantes, sin que dicha excepción pueda ser objeto de una interpretación extensiva. Como quiera que en el caso presente la situación alegada por el recurrente tuvo su origen en la relación sentimental del Sr. E. con la madre del interesado, que de acuerdo con lo manifestado por el mismo en audiencia realizada el 26 octubre 2012, se inició aproximadamente en el año 2006, y señaló que únicamente ha convivido con el adoptante durante 8 meses en ese año, cuando el interesado ya contaba con 29 años de edad. Por otra parte, tampoco resulta acreditado que adoptante y adoptado residan o hayan residido en el mismo país, por más tiempo que el anteriormente indicado. Por lo que, se ha de concluir que dicha adopción es bien diferente a la concebida en el Derecho español y no existe la correspondencia de efectos exigida por el art. 26 de la Ley de adopción.

Esta Dirección General, a propuesta del Subdirector General de Nacionalidad y Estado Civil, ha acordado: desestimar el recurso interpuesto y confirmar la resolución apelada.

NACIONALIDAD

REMISIÓN DE LAS SOLICITUDES DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2014-2015/DGRN/4.- Instrucción 13 mayo 2015. BOE, 25-V-2015.

Nacionalidad.- Adquisición.- Adquisición por residencia.- Tramitación expedientes.

La Instrucción de 2 octubre 2012, de la DGRN, sobre determinados aspectos del plan intensivo de tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia, dictada en el contexto del Acuerdo de encomienda de gestión que, al amparo del art. 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de RJAP-PAC, había suscrito el Ministro de Justicia con fecha 25 junio 2012 con el Colegio de Registradores, preveía la digitalización de los expedientes de acuerdo con las Normas Técnicas de Interoperabilidad hasta convertirlos en copia electrónica auténtica de sus originales en papel.

Esta digitalización se ha venido llevando a cabo, en el marco de la encomienda antes señalada y de la posterior Adenda de prórroga y modificación de 19 abril 2013, en las instalaciones del Colegio de Registradores situadas en el nº 540 de la calle Alcalá, de Madrid. Por esta razón, desde la fecha de entrada en vigor de la mencionada Instrucción octubre 2012, y en la medida en que por este Centro Directivo no se ha establecido hasta el presente otro criterio distinto, los expedientes, una vez finalizada la fase de instrucción, se han venido remitiendo por los Registros Civiles al referido centro de digitalización y no a la sede de esta Dirección General.

No obstante, el cambio operativo reflejado en el acuerdo de encomienda de gestión del Ministerio de Justicia al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España para la tramitación de expedientes de nacionalidad por residencia, publicado mediante Resolución de 6 abril 2015, de la Subsecretaría, cuya cláusula tercera.¹ atribuye al Ministerio de Justicia la labor de digitalizar e introducir los expedientes en el correspondiente aplicativo informático con el formato de intercambio que establecen los estándares de interoperabilidad, ha dejado sin justificación la tradicional remisión de los expedientes a las referidas instalaciones del Colegio de Registradores, toda vez que ya no se encuentra allí el centro de digitalización.

En coherencia con lo anterior, esta DGRN, haciendo uso de las facultades que le atribuyen los arts. 9 LRC y 41 RRC, dispone:

Primero: En adelante, y mientras por esta Dirección General no se disponga nada en otro sentido, una vez finalizada la fase de instrucción de los expedientes, el Encargado del Registro Civil deberá remitir los referidos expedientes a la sede de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la siguiente dirección postal:

Dirección General de los Registros y del Notariado.

Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil.

Plaza de Jacinto Benavente, 3.

28071 Madrid.

Segundo: De la misma manera, deberá remitirse desde los Registros Civiles a la sede de la Dirección General de los Registros y del Notariado la documentación complementaria, referida a los expedientes de nacionalidad incoados y pendientes de remitir a partir del año 2015, o recibida en respuesta a los oficios que desde este Centro Directivo se hayan cursado, o que por cualquier otro motivo hubieran sido presentados en aquellos Registros por los promotores o interesados, de forma que puedan ser unidos convenientemente al expediente al que se refieran. Para facilitar esta labor, deberá incluirse en la primera página del oficio de respuesta, en lugar bien visible, el número del expediente de nacionalidad por residencia que hubiera sido asignado por esta Dirección General, de forma que pueda ser correctamente relacionado.

Lo dispuesto en esta instrucción se refiere a los expedientes de nacionalidad por residencia y a la documentación complementaria dimanante de los mismos, sin perjuicio de que la documentación correspondiente a cualquier otro aspecto relacionado con esta Dirección General deba seguir remitiéndose, como viene ocurriendo, a la referida dirección habitual de la misma, en la plaza de Jacinto Benavente, nº 3, 28071, Madrid.

(...) La presente Instrucción será de aplicación plena a partir del día siguiente a la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado.

SUCESIONES

ADJUDICACIÓN DE HERENCIA DE NACIONAL BRITÁNICO. REENVÍO *

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ **

1. Resulta interesante cómo las soluciones de ley aplicable previstas por el Reglamento 650/2012 están en la mente de las autoridades cuando resuelven asuntos que hipotéticamente caerían dentro de su ámbito de aplicación, incluso antes de la fecha a partir de la cual será realmente operativo su sistema. Se trata de una sana actitud, la de estar alerta de la nueva normativa, más aún si ésta está llamada a tener una trascendencia del nivel del reglamento citado [lo hace también la reciente STS 1ª 12 enero 2015 *[supra, AEDPr 2014-2014/117]*, con mi nota en *REDI*, 2015-36-Pr, en un supuesto, como el presente, en el que el reenvío es el tema nuclear]. Las sucesiones internacionales en España son numerosas y están llamadas a serlo aún más.

En ocasiones, esta obsesión no está solo en las autoridades que hacen gala de cierta “erudición”, aun a costa de gastar papel y reflexiones *ad abundantiam*, sino que también está presente en las partes, cuyos

* La presente nota se realizó en el marco del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i, “Sucesiones internacionales. El Reglamento 650/2012 y su interacción con el Derecho civil nacional” (Ref. DER2013-43391-R), subvencionado por el Ministerio Ciencia e Innovación y el FEDER.

** Catedrático de DIPr. Universidad de Santiago de Compostela.

consejeros probablemente hayan asistido a alguno de los múltiples actos que en los tres últimos años están tratando de dar a conocer el alcance de la nueva normativa. Este es el caso que ocupa a la Resolución que comentamos. La recurrente contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de adjudicación de herencia trata de basar la defensa de su posición en el Reglamento y la DGRN tiene que entrar en harina y decirle –correctamente– que el Reglamento no es aplicable al caso. Hasta aquí todo bien. A partir de aquí, nos topamos con algunos errores groseros sobre el alcance de la normativa europea, que sobran, pues no eran relevantes; mas como el Órgano Directivo quiso pisar el charco, ocuparán un espacio en mi comentario. No entraré en la excesiva literatura, que crea la sensación de una cierta –si se me permite el barbarismo– *externalización* de la redacción de la Resolución a un tercero que, sin duda, facturaría por número de palabras. Además de los variados e innecesarios entrecomillados, no deja de ser llamativo que una vez que se ha afirmado la aplicación al caso de una ley extranjera se haga una digresión sobre la interpretación de la reserva viudal prevista en el art. 968 C°.

En mis reflexiones, expondré sucintamente los hechos y el problema planteado (2) y analizaré tanto la presencia del Reglamento en la solución del mismo (3) cuanto la propia solución sobre la base del actual DIPr autónomo.

2. El supuesto de hecho es típico: sucesión de un británico con última residencia en España que ha hecho testamento instituyendo heredera a su segunda (y última) esposa de todos los bienes, derechos y acciones que el causante poseyese en España, y constituyendo una sustitución vulgar respecto de los hijos habidos de su anterior matrimonio. Entre estos bienes figura un inmueble cuya mitad habría sido adquirida por herencia de su anterior esposa. Es interesante destacar (aunque implícitamente la Resolución parece dar por hecha su existencia) que nada se dice de la presencia de bienes inmuebles distintos del referido. La escritura de adjudicación de herencia conforme al testamento es calificada por el Registrador que deniega la inscripción por considerar que no se han respetado los derechos de los hijos derivados de la reserva prevista por el art. 968 Cc. El Registrador considera aplicable la ley española, mientras que la recurrente (entre otras alegaciones no reproducidas en el texto seleccionado) apela al Derecho nacional del causante al entender que ha realizado una *professio iuris* prevista por el Reglamento citado y que estaría amparada por lo dispuesto en su art. 83.2°. La DGRN estima el recurso, es decir, revoca la nota de calificación registral y le da la razón a la recurrente, pero no por lo que pueda decir el Reglamento, sino por el argumento más simple de entender que el art. 9.8° Cc remite a la referida ley nacional del causante y, en este caso, no cabe admitir el reenvío que aquélla pudiera hacer a la española.

3. La comprensión que la DGRN hace de lo dispuesto en el art. 83 del Reglamento es cabal. Se trata de un precepto que será de aplicación, como la mayor parte del contenido del Reglamento, a la sucesión de personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o con posterioridad a esa fecha. Su alcance “retroactivo” se traducirá en que la *professio iuris* o elección de ley efectuada por dichas personas con anterioridad a esa fecha, será válida y eficaz si se ajusta a las condiciones establecidas por el art. 22 del Reglamento o al DIPr de la residencia habitual del causante o cualquiera de las nacionalidades que poseyere en el momento de la elección. Así pues, si una persona ha elegido su ley nacional para regular su sucesión en 2001 o en 2010 o en 2014 y fallece a partir del 17 agosto 2015, dicha elección será relevante y determinará la ley sucesoria de acuerdo con la nueva normativa europea; pero nunca en el caso de que dicha persona fallezca antes de esa fecha. Aunque existe alguna posición en este último sentido (A. Bonomi, más como un deseo que como una realidad, en A. Bonomi y P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012, du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 38), esta propuesta, que, insisto, no se corresponde con la literalidad de la ley, tan sólo tendría sentido en relación con procedimientos abiertos tras la efectiva fecha de aplicación del Reglamento y no, como el presente, con anterioridad a la misma.

Una vez rechazado este extravagante argumento de la recurrente, lo propio hubiera sido entrar en el análisis de la determinación de la ley aplicable a la sucesión conforme al sistema vigente (algo que parece tener muy claro la DGRN en el punto 2 de la Resolución), pero la novedad del Reglamento es golosa y la tentación del adorno irresistible. La DGRN se siente cómoda y se toma su tiempo antes de pasar a los vetustos arts. 9.8° y 12.2° Cc. Y patina en su pretensión de apuntalar lo erróneo del recurso.

En primer lugar niega la existencia de una *professio iuris*, al considerar que ésta ha de ser *explícita* conforme al Considerando 39 del Reglamento. Supongo que se tratará de la aplicación de algún tipo de metodología económica que aconseja leer sólo la primera frase de cada párrafo y leer sólo la literatura de los considerandos en vez de la prescripción de la regla en concreto. Lo cierto es que las cosas son bastante diferentes: la regla (art. 22.1º y 22.2º, que reproduzco) señala que “La elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición mortis causa, o *habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo*”. Pero ya el considerando citado lo advertía: “La elección de la ley debe hacerse explícitamente en una declaración en forma de disposición mortis causa *o ha de resultar de los términos de una disposición de ese tipo. Puede considerarse que la elección de la ley resulta de una disposición mortis causa en caso de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley*”. En ambos casos el resultado es, obviamente, añadido.

Pues bien, la proyección de lo que nos dice la Resolución sobre el testamento de marras conduce de forma verosímil a considerar que sí habría concurrido una elección tácita de ley: ...“además manifesté que esa disposición era factible conforme a su ley nacional”.

Mas si en el caso anterior se trataba simplemente de la pereza de leer (y entender) el nuevo régimen, en el otro gran argumento *ad abundantiam* que se emplea para seguir reforzando la inaplicación del Reglamento se pone de manifiesto la profunda indigencia conceptual del hacedor de la Resolución. Se trata de las en torno a cien palabras que se utilizan en la frase que principia con “sin perjuicio asimismo del obstáculo que representa el hecho de que la nacionalidad del causante sea británica...” y que sigue con la erudita (y absolutamente ajena al caso) descripción de la situación del Reino Unido e Irlanda respecto del Reglamento de sucesiones. La nacionalidad británica del causante respecto de la aplicación del Reglamento es un obstáculo del mismo peso que la nacionalidad afgana, argentina, o camboyana de un causante cualquiera: ninguno. El Reglamento es de aplicación universal o *erga omnes* (art. 20). Nada más.

4. El razonamiento sobre la identificación de la ley aplicable de conformidad con las normas de conflicto (y sus correspondientes normas de funcionamiento) españolas es más ortodoxo. Dada la tipicidad del supuesto respecto de conocidos casos similares y la existencia de una cierta consolidada jurisprudencia del TS en torno al problema más notable que se presenta, el reenvío, la DGRN se mueve en un discurso más cómodo: la ley aplicable es la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento (art. 9.8º Cc), que sólo cedería su lugar a la ley española si cupiese admitir el reenvío previsto por el art. 12.2º Cc. Dado que en el caso concreto esta última posibilidad conduciría a un fraccionamiento de la sucesión, el reenvío ha de ser rechazado, ratificada la ley británica (no se hace alusión a cuál de ellas) y, consecuentemente la validez de las disposiciones testamentarias y la correlativa adjudicación de herencia de ellas derivadas.

Nada importante que alegar al resultado. Tan sólo algunas matizaciones. La primera es que, como señalé más atrás, no se hace alusión a la existencia de algún bien inmueble situado en el extranjero. En el punto II de la exposición de hechos se habla de que “se adjudica una suerte de tierra en la (...) a su esposa”, sin señalar dónde se encuentra. Parece que se trata de la que después se describe como “inmueble, residencia habitual del testador”, situado en España. En todo caso, de ser el único inmueble de la herencia no habría tal fraccionamiento de la sucesión puesto que el reenvío se produciría a la *lex rei sitae* (española) del único inmueble (situado en España) y a la ley del último domicilio del causante (española también) para la sucesión mobiliaria. Supuesto paradigmático de admisión del reenvío de retorno. La segunda es que la sacralización del principio de unidad de la sucesión que se hace en esta Resolución (y en general en los escritos doctrinales) no lo es tal: existen más excepciones a dicho principio que la prevista en el último párrafo del art. 9.8º Cc (S. Álvarez González, “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, *Estudios de Derecho civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Valladolid, 2004, pp. 131-157, pp. 150-151). En tercer lugar, que el también malentendido tópico de la “armonización internacional de soluciones”, al que alude de forma litúrgica la Resolución, ha pasado –afortunadamente– a mejor

vida, tal cual lo venía entendiendo el TS [“Dos cuestiones...”, *loc. cit.*, pp. 152-153; y citada Sentencia TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 12 enero 2015]. Por último, no me resisto a volver a llamar la atención sobre la superficialidad de los adornos con que la DGRN pone fin a su razonamiento. Otra vez vuelve a traer a un primer plano el Reglamento para afirmar que éste “no hace sino confirmar esta conclusión” (la suya: exclusión del reenvío en los casos de fraccionamiento de la sucesión) al haber optado por el modelo de la unidad frente al fraccionamiento. Nada más superficial ni más discutible para el caso controvertido. Superficial porque, aunque hay que reconocer que como principio el Reglamento sí opta inequívocamente por la unidad de ley aplicable a la sucesión, la cantidad de excepciones que acepta erosiona enormemente dicho punto de partida. Discutible, porque incluso partiendo de ese principio de unidad no parece que pueda extenderse al concreto mecanismo del reenvío (art. 34), nada imbuido por la defensa de dicha unidad y más bien presidido por una facilidad en la aplicación de la ley (admito también la inocente búsqueda de armonía internacional de soluciones) que deja poco margen a excluirlo cuando su admisión conduzca a la aplicación de varias leyes (A. Bonomi, *op. cit.*, p. 523, nº 27 *in fine*, tras haberse planteado explícitamente la solución contraria).

A toda la crítica anterior póngase el ungüento de que la solución sustantiva del caso es la que –de existir ese otro presunto inmueble en el extranjero– se acomodaría fielmente a nuestro sistema; que, de no existir dicho inmueble, es la que se acomodaría a la voluntad del testador y a cierta interpretación restrictiva del art. 12.2º Cc para los casos de sucesión testada (“Dos cuestiones...”, *loc. cit.*, p. 155, nota 46); y que, de haber sido aplicable el Reglamento –o cuando sea aplicable– es también la que se corresponde con sus soluciones: exclusión del reenvío en los casos de *professio iuris*, que estimo concurrente.

2014-2015/DGRN/5.– DGRN, Resolución de 13 de agosto de 2014. BOE, 6-X-2014.

Sucesión testada. –Adjudicación de herencia. –Causante de nacionalidad británica. –Determinación de la ley aplicable. –Exclusión del reenvío.

[...]

1. El supuesto de hecho es el siguiente: el señor G. C. R. de nacionalidad británica y residente en España, fallece en Cádiz en el año 2013, bajo testamento abierto otorgado ante notario español. En él instituyó heredera de todos los bienes, derechos y acciones que el testador poseyere en España a su esposa doña C. L. R. y en caso de que ésta le premuriera, a sus hijos G. y P. R., habidos de nupcias anteriormente contraídas con doña D. K. R, por partes iguales entre ellos. Además manifestó que esa disposición era factible conforme a su ley nacional.

El patrimonio relicto en España consiste en un inmueble, residencia habitual del testador y su esposa, así como un vehículo automóvil. El inmueble le pertenecía al causante en cuanto a una mitad indivisa por compra y en cuanto a la restante mitad por herencia de su anterior esposa. El registrador suspende la inscripción por entender que siendo la ley aplicable a la sucesión la legislación española conforme a las normas de conflicto del Código Civil, han de respetarse los derechos de los hijos habidos en el primer matrimonio, mediante la reserva del art. 968 Cc.

Ha de tenerse en cuenta igualmente que de la escritura calificada no resulta ni el “domicile” del causante, ni quién es el ejecutor testamentario y la forma en que se ha atribuido a éste el poder de representación, «grant of probate», elementos esenciales para liquidar una sucesión sujeta al Derecho británico, aspectos sobre los que tampoco se pronuncia el registrador en la nota de calificación, por lo que conforme al art. 326 LH su posible incidencia no puede ser abordada en el presente recurso.

2. Como ya indicé este Centro Directivo en su Resolución de 5 de febrero de 2005, la cuestión principal en los expedientes en que existe elemento extranjero es la acreditación del Derecho aplicable. En el presente caso, en la escritura de adjudicación de herencia no consta, (como hubiera sido lo correcto), afirmación expresa alguna del notario respecto de su conocimiento de la ley inglesa, y lo mismo cabe predicar respecto de la nota de calificación, si bien de la actuación de uno y otro puede deducirse su conocimiento directo, pues en ningún momento exigen su prueba. Otra cosa será determinar la correcta

aplicación de las normas de conflicto y las consecuencias jurídicas que de ello se deriven, algo que este Centro Directivo puede perfectamente realizar (cf. art. 12.6º Cc).

Dicho lo anterior, la cuestión de fondo planteada no es la determinación del título sucesorio de un ciudadano británico que, poseyendo bienes en España, fallece bajo testamento otorgado ante notario español, (el cual se refiere exclusivamente a su patrimonio en territorio español), sino que tiene un mayor calado, toda vez que la verdadera cuestión por decidir estriba en la determinación de la ley aplicable a la herencia del finado *lex successionis*.

3. La existencia, cada vez más numerosa, de extranjeros propietarios de inmuebles en España, en los que establecen, además, su segunda residencia, determina la frecuencia de sucesiones internacionales en los que se involucra la legislación española, por lo que es necesario dar respuesta a este fenómeno. La Unión Europea, consciente de esta realidad y deseosa de dotar seguridad a los movimientos de personas en los distintos países miembros, ha aprobado el Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, instrumento que regula ciertos aspectos de la determinación de ley aplicable a las sucesiones internacionales comunitarias, con la posible creación de un título sucesorio europeo que facilite dicha determinación en supuestos como el presente, si bien sus disposiciones, (salvo ciertas excepciones que no son del caso), se aplicarán sólo a la sucesión de las personas que fallezcan a partir del 17 agosto 2015, según aclaran los arts. 83.1º y 84 del Reglamento, que contiene sus disposiciones transitorias.

No obstante ello, alega la recurrente contra la calificación que “el art. 83 del Reglamento 650/2012 permite la elección de ley aplicable por el causante, aunque aún no esté en vigor dicho Reglamento comunitario”. Es cierto que el ap. 2 del mismo precepto adelanta la admisibilidad de la *professio iuris*, ampliando incluso sus términos al periodo de *vacatio legis*, estableciendo que “cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía”. Pero esta norma de derecho transitorio, cuyo objeto es facilitar la preparación de las sucesiones mortis causa cuando el testamento sea otorgado con anterioridad a dicha fecha, no resulta aplicable al caso aquí debatido. En primer lugar, porque no puede entenderse realizada la elección de ley aplicable en el título sucesorio, en cuanto simplemente se reconoce la nacionalidad del causante sin expresa declaración de sometimiento a su ley nacional, manifestación que ha de ser explícita conforme al considerando 39 del Reglamento.

Y en segundo término, porque de acuerdo con el art. 83.1º “las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha”. En el presente caso, fallecido el causante en 2013 no cabe alegar la aplicación retroactiva del Reglamento ni elección de ley alguna conforme al mismo.

Por tanto, descartada la aplicabilidad de dicha disposición transitoria al presente supuesto por razón de la fecha del fallecimiento del causante, y sin perjuicio asimismo del obstáculo que representa el hecho de que la nacionalidad del causante sea británica, siendo así que, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo número 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dichos Estados miembros no participan en la adopción del citado Reglamento y no quedan vinculados por él y por sus normas de aplicación (al no haber ejercitado la facultad *opt-in* que les confieren los citados instrumentos), lo cierto es que la facultad de elección de ley aplicable en que se consiste la citada *professio iuris* no aparece ejercitada por el causante y testador en el presente caso.

4. En consecuencia, mientras dicho instrumento no se encuentre en vigor, para la resolución de la cuestión ahora planteada debe partirse de la *lex fori*, esto es la española, la cual determina, conforme al art. 9.8º Cc, que la ley aplicable es la personal del causante, dado que España no ha firmado el

Convenio de La Haya de 1989, relativo a ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte que conduce a otras conexiones. Acoge así dicha norma el principio de universalidad de la sucesión, (con la única excepción prevista en su último párrafo a favor de la eventual aplicación de ley rectora de los efectos del matrimonio), de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta siempre a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española, único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho internacional privado (cf. art. 12.2º Cc).

Sin embargo, ese reenvío de primer grado, como ya afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 24 de octubre de 2007, no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”, que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el art. 9.8º Cc está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla, (vid. en este sentido SSTs 15 noviembre 1996, 21 mayo 1999 y 23 septiembre 2002). Esta limitación del reenvío en el presente caso es importante ya que, según el art. 9.8º Cc, es relevante sólo la ley personal, entendiéndose por tal la nacional del causante en el momento de su fallecimiento, (en el caso que ahora se examina la derivada de su nacionalidad británica), cuyo Derecho sucesorio además de estar fundado en el principio de libertad de testar, es uno de los sistemas que establece una dualidad de régimen según se integre la sucesión de bienes muebles o inmuebles, de suerte que estos últimos, si estuvieran situados en país extranjero, se regirán por la «lex rei sitae».

5. Las aludidas restricciones al reenvío, como ha señalado la doctrina, pueden ayudar a corregir la inseguridad jurídica a que ha dado lugar en la práctica la aplicación contradictoria del art. 12.2º Cc (“la remisión hecha al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”). Las Sentencias antes citadas del TS de 15 noviembre 1996 y 21 mayo 1999 han fijado un criterio esencial en la interpretación del precepto basada en su carácter no automático, y en el juego de los principios de la unidad y universalidad en la sucesión y la armonización internacional de soluciones. Los citados pronunciamientos del Tribunal Supremo descartan el reenvío de retorno a la ley española hecho por la ley americana del Estado de Maryland, y por la ley inglesa, respectivamente, entre otras razones porque al limitarse dicho reenvío a la ley de situación de los inmuebles, fracciona la sucesión, en contra del principio de unidad que inspira el Derecho español en materia sucesoria.

La Sentencia de 21 de mayo de 1999 fundamenta este criterio de aplicación flexible de la técnica del reenvío del siguiente modo “...la evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio que impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es el de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la Sentencia de esta sala de 15 noviembre 1996, ante un supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante... se rige por su ley nacional, es decir, por la ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia”.

Se ha defendido no obstante por algún autor que este criterio vino a ser alterado por la posterior STS 23 septiembre 2002 que acepta el reenvío que la ley inglesa hace a la ley española de situación del inmueble, al estar la herencia integrada en exclusiva por dicho inmueble. En consecuencia, y en aplicación de la ley española, y a pesar de que el causante había otorgado testamento legando a su esposa todos los bienes que tenía en España, se acepta la reclamación legitimaria planteada por la hija del causante. No obstante, en rigor no hay contradicción entre esta última Sentencia y las antes citadas,

pues en la del año 2002 la solución de la admisión del reenvío no es incompatible con el principio de unidad de la sucesión dado que al no existir bienes muebles en el caudal relicto la ley aplicable no entraba en colisión con la del domicilio del causante. De todo ello se infiere como solución la no admisión del reenvío de retorno a la ley española por parte de la inglesa cuando la admisión del mismo pueda derivar en una quiebra del principio de unidad de la sucesión. Por tanto, en un caso como el actual en que una parte del patrimonio inmobiliario está ubicado en España, la remisión de la ley inglesa a la española en cuanto a este último debe ser rechazada, prevaleciendo, por tanto, las normas sobre libertad de testar propias del Derecho inglés, frente a las restricciones que respecto de tales reglas impone la ley española. Y esto, que se aplica paradigmáticamente, al ámbito de los derechos legitimarios, ha de aplicarse también en relación con la regulación de la reserva viudal del art. 968 a que se refiere el registrador en su nota de calificación.

6. En efecto, como dijo la Resolución de esta Dirección General de 14 abril 1969, "la naturaleza jurídica de la reserva viudal y la posición que ostentan el reservista y los reservatarios aparecen muy controvertida en la doctrina patria, pues mientras unos autores entienden que en toda reserva de este tipo se está ante una sustitución fideicomisaria o una situación de desdoblamiento de usufructo y nuda propiedad en la que el reservista sería un fiduciario o usufructuario y los reservatarios tendrían el carácter de fideicomisarios o nudos propietarios, con lo que estos últimos sucederían directamente al cónyuge premuerto, otros autores se inclinan por considerar que los reservatarios a quien suceden es al reservista, dado que la reserva tiene el carácter de una legítima especial, concretada en unos bienes determinados que se localizan dentro de la herencia del binubo". Y sobre la solución de esta controversia se ha pronunciado recientemente este Centro Directivo en su Resolución de 19 mayo 2012, afirmando que «respecto a cuál es la vocación o llamamiento del reservatario, se observa que no tiene vocación derivada del primer causante, pues no lo llamó como reservatario ni lo pudo llamar en ese momento, dado que la reserva no sólo está sujeta a la condición de la existencia de los reservatarios en el momento de la muerte del reservista, sino a un suceso totalmente indeterminado en el momento de la muerte del primer causante cual es las nuevas nupcias del cónyuge supérstite».

"Tampoco puede considerarse que el reservatario tiene vocación derivada del reservista pues éste no puede decidir libremente acerca de su llamamiento sino que tiene la obligación de respetar la reserva, ni se puede equiparar al supuesto de legítima en que el causante tiene que atribuirla por cualquier título y el legitimario está protegido por la preterición. El reservatario no tiene vocación del reservista porque aunque éste no le llame, adquiere ex lege y es indiferente que le pretendiera llamar como heredero o como legatario, pues los bienes los recibe por su condición de reservatario o sucesor especial. Por todo ello hay que concluir que la vocación o llamamiento del reservatario es legal, pues la determina la ley atendiendo a dos hechos: la celebración de nuevas nupcias o existencia de un hijo extramatrimonial del reservista y el fallecimiento de éste existiendo uno o varios reservatarios". Los derechos del reservatario proceden, por tanto, no de una disposición del primer causante o del reservista, sino de un llamamiento legal. Lo que implica que dicho llamamiento sólo será efectivo cuando esté previsto en la lex successiois aplicable in casu, lo que no ocurre, como se ha argumentado, en el presente supuesto en el que el reenvío de la ley inglesa designada por nuestra norma de conflicto (vid. art. 9.8º Cc) hace a la ley española (art. 12.2º del Código) no puede aceptarse, según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cuando el resultado de su aceptación parase en una quiebra del principio de unidad de la sucesión, lo que sucedería en el caso objeto del presente expediente de admitirse la aplicación de la ley sucesoria española a los bienes inmuebles ubicados en España. La opción del Reglamento europeo nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, anteriormente citado, por el modelo de unidad de la sucesión, frente al alternativo en el ámbito del Derecho comparado de escisión o fraccionamiento de la sucesión, no hace sino confirmar esta conclusión al poder tomar en consideración la pauta que señala en la evolución del Derecho internacional y europeo, como elemento integrado en el contexto legislativo y en la realidad jurídica y social del momento presente (art. 3.1º Cc).

Por ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación registral en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

MATERIALES DE LA PRÁCTICA

Coordinación de
Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

CONSEJO DE ESTADO

ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

2014–2015/Doc/1.– Dictamen del Consejo de Estado nº 236/2015 (Justicia), de 26 marzo 2015.

[...]

CONSIDERACIONES

Primera. Objeto

El expediente remitido a la consideración de este Cuerpo Consultivo se refiere a un anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en adelante, el Anteproyecto). El dictamen se solicita de conformidad con lo previsto en el art. 21.2º LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, de acuerdo con el cual el Consejo de Estado en Pleno debe ser consultado en relación con los anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.

En sentido estricto, las únicas normas del Anteproyecto que tienen por objeto la “ejecución, cumplimiento o desarrollo” del Derecho de la Unión Europea son las contenidas en su disposición final segunda, que introduce dos nuevas disposiciones finales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la finalidad de articular medidas para facilitar la aplicación en España de dos Reglamentos comunitarios. Por lo demás, el Anteproyecto tiene un carácter subsidiario, en el sentido de que sus disposiciones solo son aplicables en defecto de las normas de la Unión Europea y de los tratados internacionales sobre la materia en los que España es parte, así como de la legislación sectorial específica. Esa subsidiariedad implica también, no obstante, que la regulación contenida en el Anteproyecto podrá igualmente emplearse como marco común o general para todas las actuaciones de cooperación jurídica internacional en materia civil, al que pueda recurrirse como apoyo, aun en el ámbito de aplicación de normas europeas o tratados internacionales, cuando dicha normativa supranacional no contemple una determinada cuestión procedimental y siempre que la ley interna no sea contraria a lo establecido en las normas aplicables. En consecuencia, también desde esta perspectiva puede entenderse que el Anteproyecto procede, al menos parcialmente, a cumplir y desarrollar normas de la Unión Europea y tratados internacionales.

Por otra parte, hay que tener en consideración que, mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 20 marzo 2015, se solicitó con carácter de urgencia el dictamen de este Consejo en el plazo máximo de 9 días hábiles. A este respecto, el art. 19 LO del Consejo de Estado dispone, en su ap. dos, que “si el plazo [de despacho con urgencia del dictamen] fuese inferior a diez días, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno”.

A la vista de cuanto precede, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emite el presente dictamen con carácter urgente y preceptivo, de conformidad con lo previsto en los arts. 19 y 21.2º LO 3/1980, de 22 de abril, en su redacción por la LO 3/2004, de 28 de diciembre.

Segunda. Procedimiento

Desde el punto de vista procedimental, el expediente ha seguido la tramitación prevista en los arts. 22.2º y 3º Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El texto que se somete a consulta se acompaña de una anterior versión, junto con su memoria del análisis de impacto normativo, que ha sido actualizada con el último texto del Anteproyecto, de fecha 5 marzo 2015.

Tal y como ha quedado reseñado en antecedentes, se han incorporado al expediente los informes emitidos por el Colegio de Abogados de Madrid, el Consejo General de Procuradores de España, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y el Consejo General del Notariado. También se ha recabado el informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial y, finalmente, el Anteproyecto ha sido informado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, en cuanto departamento proponente. Por otra parte, señala la memoria que el Anteproyecto ha sido elaborado por un Grupo de Trabajo de Expertos con representación de todas las instituciones públicas implicadas y en el que, en concreto, han participado tres catedráticos de Derecho internacional Privado, representantes del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, de la abogacía y de los procuradores, del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Sin embargo, el expediente no incorpora documentación alguna de esos trabajos previos.

Debe valorarse positivamente el análisis que lleva a cabo la memoria de las principales observaciones formuladas por los distintos órganos y entidades informantes, aunque hubiera sido deseable una exposición más detallada de los criterios o las razones que han llevado a rechazar algunas de sus propuestas o sugerencias.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado considera que la tramitación del expediente ha sido completa y correcta, permitiendo cumplir con su objetivo de tener en cuenta todos los puntos de vista y recabar contribuciones que aseguren la mejor preparación posible de la regulación legal proyectada.

Tercera. Consideraciones generales sobre el Anteproyecto

La cooperación jurídica internacional en materia civil, objeto del presente anteproyecto de Ley, es un instrumento indispensable para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. Cada vez con mayor frecuencia, esa tutela judicial presenta una vertiente internacional, pues, como consecuencia del incremento de los intercambios económicos y de los desplazamientos de personas entre distintos países, también son mayores los procedimientos con implicaciones que exceden del ámbito puramente interno. Por esta razón, la cooperación jurídica en materia civil (al igual que en el ámbito penal) ha sido objeto de una amplia regulación a nivel europeo y mediante convenios internacionales, bilaterales y multilaterales.

En relación con la regulación europea, hay que recordar que el art. 81 TFUE prevé que “la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”. Con esta base jurídica, y aun antes del Tratado de Lisboa, se han aprobado numerosos Reglamentos sobre materias variadas, desde los Reglamentos “Bruselas I” y “Bruselas II” hasta el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, pasando por el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, o el Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, por no citar sino algunos ejemplos. Asimismo, la Unión Europea ha concluido varios Convenios internacionales con terceros Estados en este mismo ámbito de la cooperación en materia civil.

También los convenios y tratados internacionales concluidos por España son numerosos en esta materia. A título de ejemplo cabe citar el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965, sobre

la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, o el Convenio de La Haya de 18 marzo 1970, sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

Pese a esta nutrida normativa supranacional, siguen existiendo ámbitos donde resulta indispensable una regulación nacional de la cooperación jurídica internacional en materia civil: aquéllos en los que no resultan de aplicación las citadas normas europeas e internacionales, por afectar a terceros países o a materias no cubiertas por aquéllas.

Esa regulación nacional de la cooperación jurídica internacional en materia civil se encuentra hoy principalmente en una serie de normas de carácter sectorial que, para cada ámbito determinado, incorporan disposiciones de este tipo: es el caso de los arts. 199 a 230 de la Ley Concursal, 25 a 31 de la Ley de Adopción Internacional, 94 a 100 LRC, 67 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 46 de la Ley de Arbitraje y varios preceptos de la legislación hipotecaria, todas ellas citadas, a los efectos que después se expondrán, en la disposición adicional primera del Anteproyecto.

Ahora bien, para completar el cuadro regulatorio sigue faltando una ley interna de carácter general a la que pueda acudirse con carácter supletorio respecto a la regulación europea e internacional y a las normas sectoriales. Ese papel lo desempeña en la actualidad una regulación incompleta y dispersa: por una parte, las normas –ya vetustas– contenidas en los arts. 951 a 958 LEC/1881; por otra parte, los arts. 276 a 278 LOPJ; y, por último, algunos preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que trata cuestiones como la abstención de oficio de los tribunales españoles en caso de incompetencia judicial internacional o la prueba del Derecho extranjero.

El legislador español ha sido consciente de esta importante insuficiencia del ordenamiento, al menos desde la aprobación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. A la voluntad de colmarla respondió la elaboración, en 1997, de un primer anteproyecto de Ley de Cooperación Internacional en materia civil, que fue dictaminado por este Consejo el 4 diciembre 1997 (expediente nº 4.810/97), pero que no llegó a ver la luz. Fracasada esta primera iniciativa legislativa, tres años más tarde se aprovechó la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para fijar al Gobierno un plazo improrrogable de seis meses para remitir a las Cortes Generales un nuevo proyecto de Ley (disposición final vigésima de la Ley 1/2000). La nueva Ley procesal civil dejaba transitoriamente vigentes –presumiblemente, hasta la aprobación de una Ley de cooperación– las disposiciones de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 reguladoras de la materia (los ya citados arts. 951 a 958). Sin embargo, el texto legal anunciado en la disposición final vigésima de la Ley 1/2000 no ha sido hasta hoy objeto de tramitación, y esas disposiciones de la Ley de 1881 han continuado formalmente vigentes aun quince años más.

No puede negarse, por tanto, que, como dice la exposición de motivos, el Anteproyecto da cumplimiento al mandato contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El extraordinario retraso en que se ha incurrido no debe impedir aplaudir esta esperada iniciativa legislativa, que no solo contribuirá a completar el ordenamiento español con la ley general anteriormente indicada, sino que también ayudará a modernizar instituciones que precisan ser adaptadas a las exigencias del actual contexto internacional.

Desde los primeros párrafos de la exposición de motivos, el texto subraya su carácter subsidiario, en la medida en que se da prioridad a la aplicación en esta materia de las normas de la Unión Europea y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte, por un lado, y a las normas sectoriales específicas existentes en el ordenamiento jurídico español, por otro lado, tal y como ya establece el art. 177 LEC (en redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial). Su ámbito de aplicación será, en principio, por tanto, prácticamente residual (así lo indica la memoria justificativa), pero no hay que olvidar que el Anteproyecto tiene también, como consecuencia de ese carácter subsidiario, una cierta vocación general, de modo que las autoridades españolas podrán eventualmente recurrir a sus preceptos como apoyo para la aplicación de las normas supranacionales, cuando resulte necesario y siempre que aquéllos no sean contradictorios con lo establecido en éstas. Ese alcance general se pone de manifiesto con especial

intensidad en algunos artículos del Anteproyecto, como el art. 4, que, a decir de la exposición de motivos, tiene por objeto proveer de base normativa habilitante a las comunicaciones judiciales directas, ya previstas en algunas normas europeas y en convenios internacionales sobre esta materia, cuya aplicación facilitaría, por tanto, esta previsión legal. Por todo lo anterior, no estaría de más que ese carácter general quedase más subrayado en la exposición de motivos, que solo realiza a la misma alguna alusión indirecta al referirse al citado al art. 4.

Sin perjuicio de lo anterior, sin embargo, cabe afirmar que el texto sometido a consulta se aleja en líneas generales del modelo por el que se optó en la redacción del Anteproyecto de 1997, el cual trataba de articular en un único cuerpo legal tanto las medidas de Derecho interno necesarias para completar y posibilitar la aplicación en España de la regulación sobre esta materia contenida en las normas europeas y los acuerdos internacionales como normas internas autónomas aplicables en defecto de regulación convencional. El Consejo de Estado ya apuntó en su dictamen nº 4810/97 los inconvenientes de esa opción técnico-jurídica, particularmente “la dificultad de dar una adecuada respuesta jurídica a la compleja problemática derivada de la interacción formal entre Derecho internacional Privado de producción convencional y de producción interna” y el riesgo de que ciertas previsiones incurran en excesos “al extrapolar normas convencionales fuera del ámbito (homogéneo) de los Estados para los que están pensadas”.

El Anteproyecto contiene algunas medidas específicamente orientadas a facilitar la aplicación en España de dos Reglamentos europeos de cooperación jurídica en materia civil (el Reglamento (UE) nº 1215/2012 y el Reglamento (UE) nº 650/2012), pero éstas no figuran en el articulado de la futura Ley, sino en su disposición final segunda, que las incorpora al texto LEC, donde se incluirán a continuación de medidas también previstas para facilitar la aplicación de otros Reglamentos comunitarios (disposiciones finales vigésima quinta a vigésima séptima LEC, que pasarán a ser las nuevas disposiciones vigésimo séptima a vigésimo novena).

Desde esta perspectiva, por tanto, debe valorarse positivamente la técnica normativa empleada en la delimitación del ámbito de aplicación del Anteproyecto.

Lo anterior no impide, sin embargo, que, en determinados aspectos, la proyectada regulación interna se inspire en las soluciones adoptadas en las normas europeas e internacionales. Aunque es evidente que los supuestos regidos por la ley nacional demandan con frecuencia una solución distinta, en la medida en que en ellos no se parte de la existencia de una comunidad de Derecho o de la vigencia del principio de confianza mutua entre los Estados afectados, resulta conveniente dotar al sistema, en la medida de lo posible, de cierta unidad. Algunas de las principales novedades que incorpora el Anteproyecto están, así, en línea con ciertos estándares generales de la normativa internacional. Tal es el caso de la consagración de un principio general favorable a la cooperación, con abandono del principio de reciprocidad (art. 3), la habilitación general para comunicaciones judiciales directas (art. 4), o de determinadas reglas en materia de información y prueba del Derecho extranjero, por ejemplo.

La referida unidad del sistema de fuentes de la cooperación jurídica internacional en materia civil es, con todo, un objetivo difícil de alcanzar. La ausencia de una ley general sobre la materia se ha ido paliando por el legislador con la introducción de disposiciones en distintas leyes sectoriales, pero también con ciertas normas de carácter general, como las actualmente incluidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la LOPJ. En la medida en que la reforma de algunas de estas leyes está siendo actualmente tramitada en las Cortes Generales, se hace indispensable articular todas estas iniciativas legislativas en orden a lograr la deseada unidad y coherencia del sistema pues, como más adelante se expondrá en detalle, con frecuencia la regulación hoy vigente incurre en contradicción con el texto sometido a dictamen, sin que conste paralelamente la previsión de ninguna medida destinada a modificar o derogar algunas de esas disposiciones contradictorias. Esta falta de coordinación de la agenda legislativa, que el Consejo de Estado ha tenido recientemente la ocasión de criticar (dictamen nº 97/2015, de 5 de marzo), tiene en el presente caso un efecto particularmente negativo, pues la contradicción frontal de algunos de los preceptos del anteproyecto con normas de carácter de LO impediría, de no reformarse antes estas últimas, la aprobación de la Ley.

Cuarta. Observación general sobre la sistemática y la estructura del Anteproyecto

El Anteproyecto presenta algunos defectos en su sistemática y estructura interna, que dificultan su comprensión.

En primer lugar, el texto opta por tratar de forma indiferenciada los supuestos en los que las autoridades españolas ocupan, respectivamente, una posición activa y pasiva en la solicitud de cooperación jurídica, de modo que no siempre se distinguen claramente los preceptos destinados a regular los casos en los que son las autoridades españolas las que solicitan la cooperación de las autoridades extranjeras de aquéllos en los que se da la situación inversa. La solución consistente en tratar sistemáticamente ambos supuestos de forma separada para cada una de las cuestiones reguladas obligaría a incurrir en repeticiones innecesarias, por lo que es procedente descartarla como opción técnica; sin embargo, en aquellos casos en los que ni la redacción del precepto ni su contexto permiten deslindar fácilmente las reglas aplicables a cada supuesto, se hace necesario un tratamiento separado de las distintas hipótesis.

En segundo lugar, el Consejo de Estado estima también necesario llamar la atención sobre la estructura del Anteproyecto, en la cual se observan ciertos desajustes y desequilibrios.

El Título I, por una parte, adolece de una subdivisión excesiva, que podría simplificarse. Tiene por objeto el “régimen general de la cooperación jurídica internacional”, y consta de seis capítulos. Los tres últimos contienen disposiciones específicamente aplicables a los tres tipos de actos de cooperación jurídica internacional que allí se contemplan: los actos de notificación y traslado de documentos judiciales (Capítulo IV); los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales (Capítulo V); y la práctica y obtención de pruebas (Capítulo VI). Los Capítulos I, II y III parecen contener, por el contrario, normas de carácter general aplicables a todos los tipos de actos que después se regulan de forma particular: el Capítulo I define el ámbito de aplicación del Título I (art. 5); el Capítulo II identifica al Ministerio de Justicia como autoridad central española en la materia (art. 7) y enumera sus funciones (art. 8); y el Capítulo III regula los requisitos generales aplicables a todas las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil (su transmisión, en el art. 9; contenido y requisitos mínimos, art. 10; idioma, art. 11; tramitación, art. 12; procedimiento de ejecución, art. 13; motivos de denegación, art. 14; etc.), sin perjuicio de los requisitos especiales aplicables a cada tipo de actos, de conformidad con lo establecido en los Capítulos IV a VI.

A la vista de lo anterior, entiende el Consejo de Estado que sería preferible tratar en un solo capítulo, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, todas las que tienen este carácter, y que actualmente se agrupan en los Capítulos I, II y III.

Es más, en la medida en que alguna de esas normas de carácter general, contenidas en los arts. 1 a 19 del Anteproyecto resulte aplicable no solo a los actos específicos contemplados en los Capítulos IV a VI del Título I, sino también a los actos de cooperación jurídica internacional que contemplan los restantes Títulos del Anteproyecto, deberían tratarse en el Título Preliminar. Así, por ejemplo, parece evidente que la designación de la autoridad central española en materia de cooperación jurídica internacional (arts. 7 y 8) es una norma de carácter general, aplicable en relación con todos los actos que regula el Anteproyecto (véanse, por ejemplo, los arts. 35 y 36, en materia de información sobre Derecho extranjero).

Por otra parte, sería más acertado unificar los Títulos II y III, relativos, respectivamente, a la prueba y la información del Derecho extranjero, cuestiones que tradicionalmente son tratadas de forma paralela y entre las que existe una evidente conexión sustantiva que justifica la modificación sugerida.

Para finalizar, cabe también observar que, por razones de estilo, pero también en orden a una adecuada identificación del objeto del Anteproyecto a lo largo de todo su contenido, cada vez que en alguna de las rúbricas de los títulos o capítulos o en el propio articulado se hace referencia a la cooperación jurídica internacional, debería precisarse que se trata de la que se desarrolla “en materia civil”.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, en las observaciones al articulado que a continuación se formulan se realizarán otras propuestas que pueden también contribuir a simplificar la estructura del Anteproyecto, como unificar algunos artículos o dar nueva redacción a algunas de las rúbricas empleadas.

Quinta. *Observaciones al texto del Anteproyecto*

Se formulan a continuación una serie de observaciones concretas al texto consultado, siguiendo su propia sistemática.

A) Exposición de motivos

Sin perjuicio de algunas reiteraciones, la extensísima exposición de motivos con la que se inicia el anteproyecto de Ley merece una valoración general positiva, en la medida en que analiza de forma detallada el contenido del articulado, aportando explicaciones importantes para comprender su alcance; en todo caso, su exhaustividad está justificada por la novedad de la materia regulada. Se echa en falta, no obstante, alguna referencia al art. 24 CE, en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva es, en último término, la razón de ser de la cooperación jurídica internacional en materia civil.

Al hilo de las observaciones al articulado se realizarán, cuando proceda, otras reflexiones en relación con los párrafos correspondientes de la exposición de motivos.

B) Art. 2 y disposición adicional primera

El art. 2 del Anteproyecto contiene la enumeración de las fuentes por las que se rige la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, a saber: “a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte. b) Las normas especiales del derecho interno c) Subsidiariamente por la presente ley”.

El precepto consagra el carácter subsidiario de la norma, al que ya se ha hecho amplia referencia en las consideraciones generales. De acuerdo con la exposición de motivos, ese carácter subsidiario viene determinado por los principios de primacía del Derecho de la Unión en el caso de las normas europeas y los tratados internacionales, y por el principio de especialidad respecto a la normativa especial. A juicio del Consejo de Estado, la cita del principio de jerarquía normativa resulta incorrecta en relación con los tratados internacionales, cuya relación con la ley nacional no suele definirse en tales términos, sino por referencia a su primacía o prevalencia, al igual que ocurre con las normas europeas. Con tal motivo, debería modificarse este inciso de la exposición de motivos, reemplazándose la invocación de “los principios de jerarquía normativa y primacía del Derecho de la Unión” por una referencia general al principio de primacía (“Dicho carácter (...), en virtud del principio de primacía, da prioridad a la aplicación en esta materia de ...).

En relación con la aplicabilidad de las normas especiales, el Anteproyecto trata de ser algo más concreto, señalando en su disposición adicional primera que, “a los efectos de lo previsto en el art. 2 de esta ley” (podría, con mayor precisión, hacer referencia al art. 2.b)), “tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, entre otras, las siguientes: ...”. La enumeración que a continuación se inserta no pretende tener, por tanto, un carácter exhaustivo, lo que justifica su inclusión en una disposición adicional, en lugar de en el art. 2; pese a ello, contribuye a garantizar un mayor grado de seguridad jurídica en una materia que adolece de gran dispersión normativa.

En el elenco de normas sectoriales citadas en esta disposición adicional primera no se cita ninguna relativa a la cooperación jurídica internacional en el ámbito de las solicitudes de obtención de alimentos o la sustracción internacional de menores, materias que, sin embargo, aparecen expresamente mencionadas, junto a otras que sí encuentran su encaje en la disposición adicional, en la exposición de motivos: “No se abordan por lo tanto en esta ley, por referencia a normativas sectoriales más específicas y dado el carácter de marco general de la presente norma, por ejemplo, la regulación de actos de cooperación para facilitar la presentación de demandas, procesos concursales extranjeros, asistencia jurídica gratuita internacional, solicitudes de obtención de alimentos, tutela cautelar en sentido amplio o sustracción internacional de menores, en cuanto son materias que tienen un mejor encaje en normativa legal específica y especializada, y ello sin perjuicio de aplicar a tales materias la presente normativa con carácter subsidiario”.

En la medida en que pueda confirmarse que no existe ninguna norma sectorial, ya en vigor o en tramitación, que tenga por objeto la cooperación jurídica internacional en estos dos ámbitos, y sin perjuicio de que en el futuro tales cuestiones puedan ser objeto de una regulación susceptible de considerarse

incluida en las “normas especiales de Derecho interno” del art. 2.b), por razones de seguridad jurídica convendría eliminar la referencia a aquéllas en el párrafo reproducido de la exposición de motivos.

Por último, la disposición adicional primera y el art. 2 del Anteproyecto son también susceptibles de varias observaciones de carácter estrictamente formal:

- En el art. 2, en primer término, cabe subrayar la ausencia de punto final en la letra b), donde el término “derecho” debería, además, escribirse con d mayúscula. Por otra parte, en la letra c) ha de señalarse la conveniencia de añadir una coma detrás de “subsidiariamente”.

- En la disposición adicional primera, deberían homogeneizarse las citas de las normas especiales. Así, no hay razón aparente para precisar, en la letra a), que los artículos de la Ley Concursal allí citados “constituyen el título IX, “de las normas de Derecho internacional Privado”¹⁰⁰, y también puede eliminarse la referencia que se hace en la letra d) (donde, por lo demás, el término “ley” debe ir en mayúsculas) a la redacción del art. 67 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios “dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo”. La supresión de esa precisión evitará desajustes en caso de que el precepto sea objeto de otra modificación en el futuro y, en todo caso, su inclusión resulta disonante en relación con el resto de las citas normativas que realiza el precepto.

Esa misma falta de homogeneidad se percibe en la referencia que la letra g) hace a “las normas de Derecho internacional privado en su caso contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”. Como se indicó en las consideraciones de carácter general, la tramitación del presente anteproyecto de Ley se solapará muy probablemente con la de otros textos normativos con una importante incidencia en la materia aquí tratada. Tal es el caso del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 5 septiembre 2014 (número 112–1), y cuyo texto contiene diversas disposiciones en materia de cooperación jurídica internacional. En la medida en que esta Ley se apruebe con anterioridad a la que es objeto del presente Anteproyecto, debería procurarse que la versión final de esta última incorporase la denominación oficial de la Ley finalmente adoptada y la cita precisa de los artículos procedentes. La mención “en su caso” deberá igualmente eliminarse, pues genera un elevado grado de inseguridad jurídica.

C) Art. 3

El art. 3 del anteproyecto comienza consagrando (ap. 1) un principio general de cooperación con las autoridades extranjeras, en línea con lo ya dispuesto en el art. 18.1º Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y Servicio Exterior del Estado. De conformidad con este principio, el ap. 4 del art. 3 establece que “todas las solicitudes de cooperación jurídica internacional se llevarán a cabo y ejecutarán sin dilación, de acuerdo con los principios de flexibilidad y coordinación”.

Pero lo más destacable del precepto aquí comentado es, sin duda, la renuncia a matizar la aplicación práctica de ese principio de cooperación con la tradicional regla de la reciprocidad, que sí recogía el primer borrador del Anteproyecto.

En el dictamen sobre el anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 1997, el Consejo de Estado tuvo ya ocasión de subrayar que “la concepción de reciprocidad negativa como condición obstativa de la cooperación española y su aplicación sin discriminación no está en línea con las últimas tendencias doctrinales y legislativas occidentales. Someter a condición de reciprocidad en el Estado de origen o requirente, según los casos, la decisión sobre la eficacia de las resoluciones extranjeras o la concesión del acto de cooperación significa, en definitiva, hacer prevalecer viejas concepciones acerca de la soberanía de los Estados y de los intereses estatales sobre los intereses de los sujetos privados que actúan en el tráfico internacional. Como viene señalando la doctrina más autorizada, la exigencia de reciprocidad (incluso en su más benigna interpretación de ausencia de reciprocidad negativa) en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia de Derecho Privado no sirve a ninguna finalidad específica. Por tal vía no se puede proteger a nacionales españoles ni a domiciliados en España. Quizás lo único a lo que se puede aspirar con ello es a “convencer” a los legisladores o jueces de otros Estados para que procedan a dar eficacia a las sentencias o requerimientos de cooperación españoles. Y para ello se utiliza un arma desproporcionada, que padecen en última instancia los sujetos privados españoles o no, domiciliados en España o no, pues la peculiar “armonía de decisiones”

que puede conseguirse con tal práctica hará que en ninguno de los Estados implicados se dé cumplimiento a las sentencias o requerimientos de cooperación del otro”.

El Consejo de Estado no puede hoy sino reiterar las afirmaciones que realizó en su dictamen de 4 diciembre 1997. En el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia civil, el principio de reciprocidad responde a una concepción sancionadora que, en último término, redundará más en un perjuicio para los ciudadanos afectados que para el Estado extranjero implicado, que no siempre se verá incitado a cambiar su posición. El abandono del principio de reciprocidad aparece así como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, objetivo último de la cooperación jurídica internacional.

Ahora bien, el Anteproyecto no lleva a cabo una renuncia total a la aplicación del principio de reciprocidad. El ap. 2 del art. 3 dispone que, pese a no exigirse ésta, “el Gobierno podrá, mediante RD, establecer que las autoridades españolas no cooperarán con las autoridades de un Estado extranjero cuando exista una denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades de dicho Estado”. Esta cláusula de salvaguarda, junto con otras previsiones del Anteproyecto como las autorizaciones de denegación de la cooperación solicitada en caso de que ésta sea contraria al orden público (art. 14.1), permiten exceptuar la aplicación del principio de cooperación consagrado en el art. 3.1 en caso de determinadas circunstancias que cabe calificar de excepcionales.

El Consejo de Estado considera que la solución adoptada por el Anteproyecto en este punto resulta acertada, en la medida en que permite una mayor flexibilidad en la respuesta del Estado y un más adecuado equilibrio entre la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y el respeto a los principios básicos que rigen las relaciones internacionales.

Ha de llamarse la atención, sin embargo, sobre la contradicción frontal de lo previsto en el art. 3.º del Anteproyecto con los arts. 277 y 278 LOPJ, que consagran de forma expresa la vigencia del principio de reciprocidad en este ámbito de la cooperación jurídica internacional, con carácter subsidiario respecto a lo establecido en acuerdos internacionales. Se da aquí un ejemplo palmario de la ya aludida descoordinación entre las distintas iniciativas legislativas que afectan a esta materia pues, aun existiendo un proyecto de LO por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, actualmente en tramitación parlamentaria (Proyecto publicado en el BOCG el 6 marzo 2015, Serie A, nº 134- 1), no se prevé en el mismo la introducción de cambio alguno en estos dos artículos. En la medida en que los mismos tienen naturaleza de LO y la norma que aquí se dictamina tendrá carácter de ley ordinaria, no cabe entender que aquélla opera una derogación implícita en este punto.

El cambio de criterio legislativo en relación con el principio de reciprocidad que se pretende llevar a cabo exigirá, por tanto, la previa modificación (o la derogación) de los referidos preceptos de la LOPJ, reforma que, por la inaceptabilidad de incrustaciones de LO en una ley que no lo es, y para evitar un incremento de la ya excesiva dispersión normativa de que adolece la regulación procesal civil, debería efectuarse en la futura LO de reforma de la Ley 6/1985, ahora en tramitación, de modo que el nuevo criterio esté ya recogido en ésta cuando se produzca la entrada en vigor del art. 3 de la Ley cuyo anteproyecto ahora se dictamina. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3º del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

Para finalizar, cabe subrayar, desde un punto de vista estrictamente formal, que la redacción del primer ap. del art. 3 es susceptible de una pequeña mejora. Dispone literalmente el precepto en cuestión que “las autoridades españolas cooperarán con las autoridades extranjeras en las materias objeto de esta ley conforme a lo establecido en el artículo anterior”. En la medida en que el art. 2 no contiene, como se ha expuesto, sino una enumeración de las fuentes aplicables en esta materia, sería más adecuado efectuar la remisión en los siguientes o similares términos: “con arreglo a lo establecido en las normas indicadas en el artículo anterior”.

D) Art. 4

El Consejo de Estado comparte la necesidad de habilitar expresamente a los órganos jurisdiccionales españoles para el establecimiento de comunicaciones judiciales directas, previstas ya en el Reglamento (UE) nº 2201/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la compe-

tencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y en el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, por ejemplo. Esta disposición del Anteproyecto contribuye a flexibilizar, agilizar y modernizar el sistema de cooperación jurídica internacional a la vista de las facilidades que ofrecen los nuevos medios de comunicación, en todo caso dentro del necesario respeto a la legislación en vigor en cada Estado, así como a la independencia de los órganos jurisdiccionales involucrados y a los derechos de defensa de las partes (art. 4.3°).

Se hace necesario advertir, sin embargo, que la eficacia de esta habilitación general podría verse comprometida en la práctica como consecuencia de otras disposiciones del Anteproyecto que parecen entrar con ella en una contradicción frontal. Es el caso de lo dispuesto en los arts. 12.2°, 35 y 36, a cuya redacción se formulará más adelante la correspondiente observación.

Asimismo, la posibilidad de comunicaciones judiciales directas en este ámbito parece parcialmente desmentida por lo previsto en el art. 276 LOPJ, en el que se dispone que “las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados internacionales”, lo que parece excluir toda posibilidad de contacto directo. Al igual que se ha observado anteriormente en relación con lo establecido en los arts. 277 y 278 de la misma LO, resulta imperativo coordinar también en este punto la presente iniciativa legislativa con el Proyecto de Ley, actualmente en tramitación parlamentaria, de reforma de la LOPJ, que debería modificar también el tenor del art. 276 (cuya redacción queda inalterada en el texto publicado en el BOCG el 6 marzo 2015). En otro caso, la previsión del art. 4 del Anteproyecto no podría aprobarse, dada su contradicción frontal con lo dispuesto en una LO. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3° del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

Desde una perspectiva formal, el Consejo de Estado considera que la redacción del art. 4 resulta excesivamente compleja y reiterativa. Es innecesario, por una parte, dividir el precepto en tres apartados tan breves, cuyo contenido podría perfectamente tratarse en un único apartado, ganando además en claridad. Por otra parte, el orden de lo establecido en los aps. 1 y 2 debería invertirse. En resumen, el art. 4 podría contar con un solo apartado, con un tenor similar al siguiente: “Los órganos jurisdiccionales españoles estarán habilitados para el establecimiento de comunicaciones judiciales directas, respetando en todo caso la legislación en vigor en cada Estado. Se entiende por comunicaciones judiciales directas aquellas que tienen lugar entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros sin intermediación alguna. Tales comunicaciones no afectarán ni comprometerán la independencia de los órganos jurisdiccionales involucrados ni los derechos de defensa de las partes”.

E) Arts. 7 y 8

La designación del Ministerio de Justicia como autoridad central española en este ámbito operará en defecto de previsión expresa en las normas europeas o en los tratados internacionales que resulten aplicables, opción que puede justificarse por razones de especialización material y que no ha sido objetada en el expediente. El Ministerio de Justicia es también frecuentemente designado como autoridad central por España en los acuerdos internacionales concluidos en la materia. El art. 7 del Anteproyecto debería precisar, no obstante, que esa designación se hace en relación con la cooperación jurídica internacional “en materia civil”.

En cuanto al contenido del art. 8, en el que se enumeran las funciones del ministerio como tal autoridad central, debería incluirse también, paralelamente a lo dispuesto en la letra e) del art. 8 y de conformidad con lo establecido en los arts. 34 y 35, la tarea consistente en facilitar a las autoridades españolas el acceso al Derecho extranjero.

Desde un punto de vista formal, por último, no consta la razón por la que los arts. 7 y 8, relativos a la autoridad central española y sus funciones, se integran en el Título I del Anteproyecto, en lugar de en su

Título Preliminar. Sin perjuicio de lo anterior, entiende el Consejo de Estado que ambos artículos podrían refundirse en uno solo que tuviera por rúbrica “Autoridad central española”, cuyo primer ap. contuviera su designación (contenido del actual art. 7) y el segundo, la enumeración de sus funciones (art. 8).

F) Art. 9

El art. 9, primero del capítulo dedicado a las reglas generales sobre las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil (precisión esta última que, como ya se indicó, ha de incorporarse tanto en la rúbrica del Capítulo III como en el texto de este art. 9), establece que:

“Las solicitudes de cooperación jurídica internacional se transmitirán: a) Por la vía consular o diplomática. b) A través de las respectivas autoridades centrales. c) Directamente entre los órganos jurisdiccionales, si estuviera previsto en el ordenamiento jurídico de ambos Estados. d) Por conducto notarial, si ello es compatible con la naturaleza del acto de cooperación y estuviera previsto en el ordenamiento jurídico de ambos Estados”.

El Consejo de Estado comparte la oportunidad de designar esta pluralidad de cauces para la cooperación, si bien estima conveniente modificar la redacción del artículo en distintos puntos. En lugar de preceptuar “se transmitirán” antes de reproducir las distintas vías existentes al efecto, sería preferible, para evitar toda impresión de jerarquización o prioridad entre las mismas, establecer en su lugar que “las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil podrán transmitirse por cualquiera de las siguientes vías”. En este mismo párrafo introductorio debería también añadirse, a continuación, “siempre que estuvieran previstas en el ordenamiento jurídico de ambos Estados”. Ello evitaría tener que repetir tal condición en cada uno de los casos pues, tal y como se desprende del art. 12.1º, la misma puede también resultar relevante en el supuesto de transmisión de la solicitud a través de las autoridades centrales.

G) Art. 10

El ap. 1 del art. 10 regula el contenido y los requisitos mínimos que deben tener las solicitudes de cooperación jurídica. En su ap. 2 se establece que “la autoridad central española comprobará que la solicitud de cooperación reúne el contenido y los requisitos que señala el ap. anterior. Cuando la solicitud no reúna tales requisitos, se devolverá a la autoridad requirente, indicando los motivos concretos de la devolución”.

En ausencia de precisión al respecto, y dada la técnica normativa por la que a este respecto opta el Anteproyecto, hay que entender que los requisitos del art. 10.1º no solo son exigibles respecto a las solicitudes provenientes de autoridades extranjeras, sino que también se imponen a las que formulen autoridades españolas con destino al exterior. Mayores dudas suscita, sin embargo, el ap. 2 del artículo, pues el control por la autoridad central que éste preceptúa no parece que pueda imponerse en todos los casos de solicitudes formuladas por autoridades españolas; ello sería contrario al tenor del art. 9, que permite la transmisión de la solicitud por varias vías que no requieren la intermediación del Ministerio de Justicia. De ello cabe deducir, por tanto, que el ap. 2 del art. 10 a diferencia de su ap. 1, solo es aplicable en el caso de solicitudes formuladas por autoridades extranjeras. Sin embargo, al hacerse un tratamiento indiferenciado de ambos supuestos, la redacción puede inducir a confusión, por lo que, de confirmarse esta interpretación, habría que precisar este extremo en el ap. 2.

H) Art. 11

El art. 11 se refiere a un requisito de las solicitudes no contemplado en el art. 10: el relativo al idioma. En este caso, el Anteproyecto sí diferencia claramente la regla aplicable a las solicitudes dirigidas a una autoridad extranjera, tratadas en el ap. 1, de la relativa a las solicitudes dirigidas a las autoridades españolas, a las que se dedica el ap. 2.

La redacción de este ap. 2, que exige una traducción de la solicitud y de sus documentos adjuntos con arreglo a lo dispuesto en el art. 144 LEC, suscita algunos interrogantes. En la medida en que este requisito no está incluido en el art. 10.1º, la falta de la traducción no permitiría devolver la solicitud a efectos de su subsanación con arreglo al art. 10.2º, que solo se refiere a “los requisitos que señala el ap. anterior”,

sino que abriría directamente la puerta a la denegación, respuesta que podría resultar desproporcionada. Para evitarlo, habría que incluir la correspondiente precisión en el art. 10.2º o en este mismo art. 11.2º.

I) Art. 12

El art. 12 regula la tramitación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional.

Para el caso de las solicitudes acordadas por autoridades españolas, el ap. 1 dispone que “se enviarán mediante oficio a la autoridad central española que las transmitirá a las autoridades competentes del Estado requerido bien por vía diplomática o consular bien a través de la autoridad central de dicho Estado si existiere y a ello no se opusiere su legislación. Podrán asimismo remitirse directamente a las autoridades competentes del Estado requerido si ello estuviere previsto en su legislación”. La redacción de este primer apartado suscita algunas dudas acerca de su articulación con lo previsto en el art. 9 del Anteproyecto. La segunda frase del precepto podría cubrir más claramente las restantes vías de transmisión de las solicitudes previstas en dicho art. 9 con la siguiente modificación en su redacción: “Podrán asimismo remitirse directamente por las autoridades españolas a las autoridades competentes del Estado requerido, de acuerdo con lo previsto en el art. 9, si ello estuviere previsto en su legislación”.

Por lo demás, esta norma de tramitación del art. 12.1º entra en contradicción con lo dispuesto en la vigente redacción del art. 276 LOPJ que, como ya se observó, debería ser objeto de modificación o derogación antes de la entrada en vigor de la norma aquí dictaminada (véanse las observaciones al art. 4). Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3º Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

El ap. 2 del art. 12 se refiere a la tramitación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional acordadas por autoridades extranjeras, que “se transmitirán a la autoridad central española que las remitirá a las autoridades competentes para su ejecución”. Al exigir en todo caso la intervención del Ministerio de Justicia para la transmisión a la autoridad española competente de una solicitud de cooperación jurídica internacional, esta previsión resulta incoherente con la habilitación general para comunicaciones judiciales directas contenida en el art. 4. Para evitarlo, el art. 12.2º debería iniciarse con la siguiente salvedad: “Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas,...”.

J) Art. 14

El art. 14 incurre en una nueva contradicción con lo establecido en la vigente redacción de la LOPJ, cuya redacción en este punto no se modifica en el Proyecto de LO de reforma de dicha norma publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

En el presente caso, la discordancia se da entre el art. 14.1º del Anteproyecto y el art. 278 de la LOPJ. Ambos preceptos enumeran los motivos tasados por los que las autoridades judiciales españolas pueden denegar una solicitud de cooperación jurídica internacional. Aunque las listas de motivos contenidas en estos dos preceptos son en líneas generales iguales, la mera existencia de dos normas reguladoras de la misma cuestión resulta perturbadora, y, como ya se indicó, el art. 278 toma como premisa, a diferencia del Anteproyecto, la aplicación del principio de reciprocidad, lo que amplía de hecho las causas de denegación. Debe, por tanto, insistirse de nuevo en la necesidad de modificar o derogar el citado precepto de la LOPJ como requisito ineludible para la validez de esta previsión del Anteproyecto. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

Al margen de lo anterior, entiende el Consejo de Estado que la coherencia interna del texto sometido a dictamen exige incluir en la lista de motivos de denegación una referencia al supuesto de aplicación excepcional del principio de reciprocidad que prevé el art. 3.2º, para los casos de denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades del Estado solicitante.

K) Art. 15

El art. 15 se refiere al ejercicio por funcionarios diplomáticos y consulares españoles de diligencias procesales, estableciendo lo siguiente en su ap. 1: “Las diligencias que resulten de un procedimiento tramitado ante la autoridad judicial española podrán ser ejecutadas por funcionario diplomático o consular español siempre que no impliquen coacción, la ley española no requiera de modo inexcusable la

presencia de autoridad judicial, hayan de realizarse en la demarcación consular y a ello no se oponga la legislación del Estado receptor”.

El Consejo de Estado no tiene nada que objetar a esta previsión, si bien considera conveniente incluir la precisión de que las diligencias podrán ser ejecutadas “en el extranjero”, lo que permitirá aclarar el supuesto de hecho del precepto.

Por lo demás, el Consejo de Estado comparte la sugerencia, formulada por el Consejo Fiscal, de añadir una declaración recíproca de admisión de la situación inversa para el caso de que la legislación extranjera prevea ese supuesto habilitante a favor de sus propios funcionarios diplomáticos o consulares. Esto es, se trata de autorizar la práctica de diligencias procesales en suelo español por funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros habilitados para ello por su propia legislación, cuando tales diligencias resulten de un procedimiento tramitado ante una autoridad judicial extranjera y, en todo caso, con las mismas cautelas fijadas en el art. 15.1º de objeción al uso de la coacción e inexistencia de oposición por parte de la legislación española (en cuanto legislación del Estado receptor). Se trata, en definitiva, de extender la aplicación del art. 5.j) de la Convención de Viena de 24 abril 1963 sobre relaciones consulares a supuestos en los que dicho acuerdo internacional no resulta aplicable.

El ap. 2 del art. 15 prevé la doble intermediación del Ministerio de Justicia (como autoridad central española) y del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para hacer llegar al funcionario diplomático o consular español la correspondiente diligencia. No parece indispensable la intervención de dos autoridades nacionales, que puede ralentizar la realización de este tipo de diligencias procesales.

L) Art. 16

En cuando a la rúbrica del art. 16, cabe advertir que la referencia a los “Secretarios Judiciales” deberá adaptarse en sede parlamentaria, de aprobarse en sus términos la reforma de la LOPJ actualmente en tramitación parlamentaria, a la nueva denominación prevista para los miembros de este Cuerpo, que pasarían a calificarse “Letrados de la Administración de Justicia”.

M) Arts. 21 y 22

El art. 21 del Anteproyecto establece que los órganos jurisdiccionales españoles podrán transmitir solicitudes de notificación y traslado de documentos al extranjero:

“a) A través de la autoridad central española que las hará llegar a las autoridades competentes del Estado requerido por vía consular o diplomática o a través de su autoridad central, conforme a lo previsto en el art. 12.1º. b) Directamente a la autoridad competente del Estado requerido conforme a lo previsto en el art. 12.1º de esta ley”. Tal y como se observó en relación con el art. 12.1º, la redacción de este precepto plantea dudas sobre su coordinación con lo establecido en el art. 9 del Anteproyecto, en el que se prevén otras vías de transmisión de la solicitudes de cooperación (como el conducto notarial o la vía consular o diplomática, sin intermediación de la autoridad central). El art. 20 del Anteproyecto establece que “el presente capítulo (el Capítulo IV del Título I, relativo a los actos de notificación y traslado de documentos judiciales) regula los requisitos especiales aplicables a los actos de notificación y traslado de documentos judiciales que deban ser remitidos desde España a un Estado extranjero o desde un Estado extranjero a España”, sin perjuicio, parece deducirse, de las reglas generales contenidas en los anteriores capítulos, entre ellas el art. 9. Tanto en el caso del art. 12.1º como en este art. 21.1º, por tanto, se hace necesario aclarar si la enumeración general de vías de transmisión de solicitudes de cooperación del art. 9 resulta o no de aplicación, pues el tenor de aquellos preceptos resulta en algunos puntos incompatible con lo establecido en éste.

La misma observación puede formularse en relación con el art. 22, relativo a la práctica de notificación y traslado de documentos judiciales en España que provengan de una autoridad extranjera.

N) Art. 24

El art. 24 del Anteproyecto regula las consecuencias de la incomparecencia del demandado tras la remisión de un escrito de demanda o documento equivalente a otro Estado para su notificación o traslado. De su contenido se desprende que el precepto es únicamente de aplicación para los casos de notifica-

ción y traslado en el extranjero de documentos emitidos por autoridades judiciales españolas, por lo que podría ser más claro incluirlo en el art. 21.

El ap. 1 de este art. 24 prevé, para este supuesto, la suspensión del procedimiento, y el ap. 2 añade que “transcurridos seis meses desde la fecha de envío del documento, la autoridad competente proveerá a instancia de parte interesada aun cuando no haya podido certificar que la notificación ha tenido lugar”. El Consejo de Estado coincide con la observación realizada por el Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que, si bien la previsión de este ap. es importante para garantizar la tutela judicial del demandante, convendría establecer un plazo más amplio al de seis meses allí previsto. Ciertamente, ese mismo plazo se establece, para supuestos equivalentes, en el Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, y en el Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; fuera del ámbito convencional y europeo, sin embargo, es probable que las dificultades para la notificación sean mayores.

Ñ) Art. 25

El art. 25 se refiere a la lengua de los documentos objeto de notificación o traslado al extranjero, estableciendo que, sin perjuicio de lo que pueda exigir la ley del Estado de destino, deberán acompañarse de una traducción a la lengua oficial de dicho Estado “o a una lengua que el destinatario entienda”.

Tal y como ha subrayado el Consejo General del Poder Judicial en su informe, esta última previsión podría conculcar el derecho de defensa del destinatario si éste finalmente no entendiese la lengua –distinta de la oficial– empleada en la traducción que se le transmite. El art. 8 del Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, en el que parece inspirarse esta disposición del Anteproyecto, atribuye al destinatario el derecho a negarse a aceptar el documento por este motivo (art. 8), posibilidad que en el caso previsto en el Anteproyecto podría quedar al albur de lo establecido en el ordenamiento del Estado de destino, al que con acierto se hace referencia en el art. 25.1º pues, en todo caso, la transmisión de un documento no traducido solo será posible si aquél lo permite. Por ello, aun considerando acertado, por razones de economía procesal, articular esta posibilidad, considera el Consejo de Estado que debería acompañarse de alguna cautela adicional. El propio ap. 2 del art. 25 parece aludir a la existencia de algún requisito cuando, al contemplar esta posibilidad para el caso inverso (si la comunicación proviene de autoridades extranjeras y se dirige a un destinatario en España), establece que los documentos podrán ir acompañados de una traducción a una lengua que el destinatario entienda “en los términos establecidos en el ap. anterior”. El art. 25.1º del Anteproyecto debería exigir, en consecuencia, que la autoridad judicial que decida notificar o trasladar los documentos en cuestión en una lengua distinta de la oficial “que el destinatario comprenda”, deberá motivar expresamente su decisión con referencia, por ejemplo, a la solicitud expresa del interesado de empleo de dicha lengua, o a la existencia de actuaciones previas en las que éste haya demostrado su comprensión de la misma. Asimismo, el citado precepto podría incorporar, como garantía, la aludida facultad del destinatario de rechazar el documento transmitido alegando no entender la lengua empleada.

Por lo demás, desde un punto de vista de técnica jurídica, el tenor del art. 25 y, en particular, esta opción de notificar los documentos traducidos a una lengua que el destinatario entienda, plantea algunos interrogantes en relación con su coordinación con la regla general sobre el idioma de las solicitudes de cooperación jurídica internacional “y sus documentos adjuntos” que contempla el art. 11 de Anteproyecto. En la medida en que la regla del art. 25 constituya una excepción a lo establecido en el art. 11, debería indicarse así.

O) Art. 27

El art. 27 contempla diversos trámites a seguir en el caso de procedimientos judiciales dirigidos contra Estados extranjeros. El ap. 2 dispone, en particular, que “los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedi-

miento contra un Estado extranjero a los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución del que dará traslado al órgano jurisdiccional competente por la misma vía”. Sin perjuicio de compartir la oportunidad de que el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación emita informe en estos casos, el Consejo de Estado considera que la redacción del precepto es susceptible de mejora, en orden a aclarar la referencia a la transmisión del informe al órgano jurisdiccional “por la misma vía”.

Asimismo, en el ap. 2 falta una coma después de “ejecución”, y en el ap. 1 falta la preposición “por” antes de “vía diplomática”.

P) Art. 29

El Capítulo VI del Título I contiene, tal y como indica el art. 29.1º, las reglas relativas a la práctica y obtención de pruebas en el extranjero para que surtan efecto en un procedimiento judicial en España, o en España para que surtan efecto en un proceso extranjero.

El ap. 2 del art. 29 establece que “la prueba solicitada debe tener relación directa con un proceso ya iniciado o futuro”, precisando a continuación que “cuando se solicite en España la práctica de una prueba con anterioridad al inicio del procedimiento judicial extranjero se exigirá que la práctica anticipada de la prueba sea admisible conforme a la legislación española”. Esta segunda frase del ap. 2 tiene por objeto permitir a las autoridades españolas impedir la utilización en España del instrumento conocido en los países del *Common Law* con el nombre de “*pre-trial discovery*”, previsión que ha de valorarse positivamente, en la medida en que guarda coherencia con la reserva formulada por España al amparo del art. 23 Convenio de La Haya de 18 marzo 1970, sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

Para finalizar, con el mismo objetivo de garantizar el respeto a las normas españolas en materia de prueba, el ap. 2 del art. 29 establece que “la prueba practicada en España que haya de surtir sus efectos en un proceso extranjero deberá respetar las garantías previstas en la legislación española y practicarse conforme a la normativa procesal española”. Aunque en apariencia este último inciso pueda resultar reiterativo o solaparse con la previsión anterior (así se ha señalado en algunos informes), entiende el Consejo de Estado que su introducción resulta adecuada, en orden a cubrir otro tipo de supuestos distintos del referido *pre-trial discovery of documents*.

Sin perjuicio de lo anterior, la redacción del art. 29 es susceptible de dos observaciones de orden formal. En el ap. 1, sobra la coma entre “pruebas” y “en el extranjero”. Por otra parte, el contenido del ap. 2 debería escindirse en dos apartados diferentes, el primero de los cuales debería contener únicamente la primera frase (“La prueba solicitada debe tener relación directa con un proceso ya iniciado o futuro”), dedicándose el segundo a las reglas específicas sobre práctica en España de pruebas que deban surtir sus efectos en un proceso extranjero (segunda y tercera frases) pues, con la redacción actual, podría dar la impresión de que la primera frase del ap. 2 no opera como límite respecto al tipo de pruebas que las autoridades judiciales españolas pueden solicitar que se practiquen en el extranjero.

Q) Art. 32

En esta misma línea de aclaración de los supuestos a los que es aplicable un precepto, en la rúbrica del art. 32 deberá precisarse que se trata de la prueba “en España” de la prueba “solicitada por una autoridad extranjera”, y el ap. 1 deberá comenzar de la siguiente forma: “recibida la solicitud de una autoridad extranjera...”.

R) Art. 33

Es particularmente novedosa, y por ello merece destacarse, la regulación que se hace de la prueba del Derecho extranjero en el art. 33 del Anteproyecto.

Comienza el precepto (ap. 1) con una remisión general, a efectos de prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, a las normas LEC (arts. 281 ss, debe entenderse) y demás disposiciones aplicables en la materia. A continuación, el precepto concreta (ap. 2) que “los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, lo que resulta coherente con los criterios

vigentes en el orden interno (arts. 295.4º, 316.2º, 326.2º, 334.1º, 348, 350.4 y 376, entre otros, LEC). En línea con lo anterior, y en coherencia también con lo dispuesto en varios convenios internacionales sobre la materia (en particular, el Convenio de Londres de 7 junio 1965 y la Convención de Montevideo de 8 mayo 1979), el ap. 4 del artículo precisa que “ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles”.

Pero la principal novedad del precepto aquí analizado radica en su ap. 3, el cual establece que “en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. Frente a la solución alternativa, consistente en la desestimación de la demanda, el remedio propuesto tiene la ventaja de evitar la denegación de justicia que en el primer caso podría producirse. A este respecto, señala la exposición de motivos que “la falta de prueba del derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido”.

El Consejo de Estado valora positivamente la inclusión de una norma expresa para regular este controvertido supuesto, y coincide en líneas generales con la conveniencia de desechar la solución consistente en la desestimación de la demanda que, bajo la apariencia de una resolución judicial fundada en Derecho, podría en ocasiones encubrir una verdadera denegación de justicia, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (Sentencia 10/2000, de 17 enero 2000). Igualmente, como ya se señaló en el dictamen de 4 diciembre 1997, se considera adecuada la contención de la Ley al evitar referirse a la debatida cuestión de la consideración del Derecho extranjero como hecho o como derecho por los Tribunales españoles.

Por lo demás, la aplicación de la *lex fori* resulta correcta en línea de principio siempre que se configure como una solución o recurso excepcional. Parece necesario, por tanto, modificar la redacción del art. 33.3, pues, por una parte, la referencia que en él se hace a la aplicación del Derecho español en todos los casos en que no haya podido acreditarse “por las partes” el contenido y vigencia del Derecho extranjero genera la apariencia de un precepto excesivamente abierto al llamado *forum shopping* por parte de los interesados. Por otra parte, el recurso judicial a la aplicación subsidiaria del Derecho español debe en todo caso configurarse como excepcional, exigiéndose que la decisión del juez esté suficientemente motivada. A estos efectos, cabe recordar que, de conformidad con lo establecido en el art. 281 LEC, también el tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero.

Por último, cabe llamar la atención sobre la necesidad de emplear las mayúsculas cuando se habla del “Derecho español” y del “Derecho extranjero” en el sentido de este capítulo, tal y como se hace en el Título siguiente y en la rúbrica de este mismo Título II.

S) Art. 34

El art. 34, relativo a la información del Derecho extranjero, contiene una reiteración indebida. Dado que al final del precepto ya se añade que la información podrá referirse “a cualquier otra información jurídica relevante”, debería eliminarse el inciso “sin ánimo exhaustivo”.

T) Arts. 35 y 36

Los arts. 35.1º y 36.1º, que regulan, respectivamente, la transmisión de las solicitudes de información sobre Derecho extranjero y sobre Derecho español, deberían abrirse con un inciso que deje claramente a salvo lo dispuesto en el art. 4 del Anteproyecto: “Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas,...”. En otro caso, podría pensarse que dichos preceptos pretenden introducir una excepción a esa regla, que aparentemente se establece con carácter general.

U) Arts. 37 a 40

El Título IV del Anteproyecto, que se extiende a los arts. 37 a 40, tiene por objeto la regulación de la litispendencia y la conexidad internacionales, materias que –sorprendentemente– figuran también tratadas en el Proyecto de LO por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria y al que ya se ha hecho referencia con anterioridad.

Estas dos iniciativas legislativas presentan algunos solapamientos y discordancias que deben ser corregidos.

En primer lugar, el referido Proyecto prevé incluir un nuevo art. 22 nonies en la LO 6/1985, en el que se dispondrá que “las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales”; el art. 38 del Anteproyecto, por su parte, contiene una previsión paralela a ésta, disponiendo que “las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán como la excepción de la litispendencia interna”. Sin perjuicio de subrayar los problemas de técnica normativa que eventualmente puede generar la reiteración en la LOPJ de una norma que, desde un punto de vista material, tiene su sede natural en el texto sometido a dictamen, cabe observar que los dos preceptos proyectados presentan una discordancia que, a juicio del Consejo de Estado, debería corregirse en la tramitación parlamentaria del Proyecto de LO de reforma de la LOPJ, alineando el texto del nuevo art. 22 nonies de la LO al del art. 38 del Anteproyecto o, de forma más sencilla, efectuando en este precepto de la LO una remisión al nuevo texto legislativo sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

El solapamiento o duplicidad regulatoria no debería producirse, por el contrario, en el caso de las detalladas reglas sobre litispendencia internacional contenidas en los cuatro primeros apartados de la disposición adicional quinta del Proyecto de LO de reforma de la LOPJ, pues su propio ap. 5 establece la transitoriedad de lo en ella dispuesto en los siguientes términos: “Esta disposición adicional tendrá vigencia hasta la entrada en vigor de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”.

Habida cuenta de lo avanzado de la tramitación del anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, esta disposición genera un cierto desconcierto y, en último término, suscita cierta desconfianza hacia la posibilidad de que el texto aquí informado llegue finalmente a entrar en vigor en un plazo breve de tiempo.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención la falta de coordinación entre los dos textos proyectados, pues si bien los arts. 37 a 40 del anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil reproducen en líneas generales lo establecido en la citada disposición adicional quinta del Proyecto de LO de reforma de la LOPJ, existen algunas diferencias en puntos concretos, que merece la pena subrayar.

En primer lugar, a diferencia del ap. 1 de la disposición adicional quinta del referido Proyecto de LO, el art. 39.1º no precisa que la existencia del proceso pendiente en el extranjero deberá producirse, a efectos de apreciar la litispendencia internacional, en el momento en que se interpone la demanda en España. Se trata de una precisión esencial, que se ha omitido indebidamente, y que sí se hace en el art. 40.2º, a efectos de la definición de las demandas conexas, lo que debería corregirse.

En segundo lugar, el ap. 2 del art. 39 no recoge dos de las causas para la reanudación del proceso en España que sí aparecen en el Proyecto de LO (disposición adicional quinta, ap. 3), concretamente “que el Tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente, o si, requerido por cualquiera de las partes, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia” (letra a)) y “que se entienda que la sentencia definitiva que eventualmente pueda llegar a dictar no será susceptible de ser reconocida y, en su caso, ejecutada en España” (letra e)). Ambos motivos parecen justificados a la vista de las circunstancias que pueden dar lugar a la suspensión del proceso por declaración de litispendencia y, no existiendo en apariencia razón alguna que justifique este repentino cambio de criterio, deberían incluirse en el Anteproyecto.

V) Arts. 41 a 49 (Capítulos I y II del Título V)

– Rúbrica del Título V

El Título V del Anteproyecto tiene por rúbrica “Del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, ejecución, procedimiento judicial de exequátur, de los documentos públicos extranjeros y de la inscripción en Registros públicos”, redacción que debería simplificarse para ganar en claridad. Una rúbrica alternativa sería: “Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos”.

– Art. 41

El art. 41, que delimita el ámbito de aplicación de este Título, es también susceptible de algunas mejoras de redacción: en el ap. 1 debería emplearse, como se hace en el ap. 2, la expresión “de conformidad con las disposiciones de este título”, en lugar de la menos exacta de “en virtud de este título”; y en el ap. 2 falta la preposición “de” precisamente antes de “este título”.

En cuanto al fondo, sorprende que el ap. 2 del art. 41 declare aplicables las disposiciones del Anteproyecto para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, supuesto cuya regulación está prevista en el art. 12 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 5 septiembre 2014, y que se encuentra en tramitación parlamentaria. Sin perjuicio de precisar que este tipo de resoluciones serán en lo sucesivo susceptibles de reconocimiento y ejecución en España, debe modificarse el tenor del art. 41.2º en orden a garantizar el respeto al orden de las fuentes normativas aplicables en esta materia. Dada la previsible aprobación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Voluntaria en un corto plazo de tiempo, debería incorporarse en el citado artículo una remisión a la misma.

Por lo demás, el Consejo de Estado coincide con el Consejo General del Poder Judicial en su objeción a la oportunidad de excluir totalmente, salvo previsión en norma europea o en un tratado internacional, la posibilidad de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares y provisionales, tal y como hace el art. 41.4º. Como ya se indicó en el dictamen de 4 diciembre 1997, aunque “se comprende la especificidad de la tutela cautelar, basada en la lógica de la urgencia, lo cual requiere sopesar ciertas peculiaridades en su ejecución transnacional. Sin embargo, excluir radicalmente, fuera de los casos de existencia de tratado, la ejecución de medidas provisionales y cautelares adoptadas por una autoridad extranjera puede ser una solución excesivamente simplista y desentendida de las exigencias de la tutela judicial efectiva, de ahí que el Consejo de Estado exprese su preferencia por un sistema más abierto”.

– Art. 44

En el primer ap. del art. 44, debe precisarse, de acuerdo con lo previsto en los arts. 41.1º y 46.1º, que solo son susceptibles de reconocimiento en España las resoluciones extranjeras firmes.

– Art. 45

El art. 45 establece expresamente que “una resolución extranjera susceptible de modificación podrá ser modificada ...”, previsión que, además de reiterativa, carece de sentido, a no ser que se precise qué debe entenderse por resoluciones susceptibles de modificación.

– Art. 48

Ha de calificarse de acertada la previsión del art. 48, que prohíbe, con carácter general, la revisión en cuanto al fondo de las resoluciones extranjeras y, en particular, la denegación del reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del Derecho internacional privado español.

Tal y como señaló este Consejo de Estado en su dictamen de 4 diciembre 1997, “la verificación del Derecho aplicado al fondo por el Tribunal extranjero, nacida ya en el siglo pasado en algunos países para asegurar la aplicación en todo caso de la ley nacional al estatuto personal de sus ciudadanos, aunque se encontrasen en el extranjero, responde a una concepción nacionalista que no concuerda bien con el espíritu de cooperación que inspira modernamente el régimen de reconocimiento. Frente a una primera línea jurisprudencial favorable al control de la competencia legislativa, objeto de una severa crítica doctrinal, se ha producido una evolución (especialmente a partir del ATS 1 junio 1983) tendente a abandonar dicho presupuesto. Entiende la doctrina mayoritaria que dicho control supone una confusión de dos cuestiones distintas, pues se estarían aplicando impropriamente las soluciones previstas para el problema de determinación de la ley aplicable (en cuyo caso los Tribunales españoles conocen del fondo) al ámbito del reconocimiento (donde su intervención tiene un carácter predominantemente formal). Por ello, considera que si lo que se trata de evitar es el “forum shopping” basta recurrir a la figura del fraude a las disposiciones materiales españolas, amparada en el mecanismo del reconocimiento en las normas que permiten examinar la competencia judicial indirecta. Sin perjuicio de las cláusulas de control de la

ley aplicada existentes en distintos tratados, no parece oportuno que la disposición proyectada contenga una norma sumamente cuestionable por las razones expuestas". Sentado lo anterior, por tanto, nada cabe objetar al tenor del art. 48 del Anteproyecto.

W) Arts. 50 a 57 (Capítulos III, IV y V del Título V)

– Sistemática

Como ya se indicó en el dictamen de 4 diciembre 1997, "pese a la generalización de los términos "reconocimiento" y "ejecución" en el lenguaje convencional y legal, cabe distinguir en puridad entre reconocimiento, declaración de ejecutividad y ejecución. El reconocimiento es un mecanismo que dota a la decisión extranjera de los efectos procesales que le son propios en el foro (en esencia, el efecto positivo de cosa juzgada material). La declaración de ejecutividad o "exequatur" –o simple, aunque impropiamente, ejecución– es un mecanismo que convierte a la decisión extranjera en título ejecutivo, de modo que es posible ejecutar en España el contenido (fallo) de la decisión extranjera. Obtenido el "exequatur", si el obligado por la decisión extranjera no cumple voluntariamente lo ordenado en la decisión, la parte a quien interese puede instar un "proceso de ejecución" para que el aparato coactivo del Estado requerido haga ejecutar lo juzgado".

A juicio del Consejo de Estado, el Anteproyecto crea cierta confusión al tratar la ejecución antes del procedimiento de exequátur, cuando en realidad, aunque ambas demandas pueden acumularse en un mismo escrito (art. 54.1º), aquella es una consecuencia de éste. Los arts. 50 y 51, por tanto, deberían pasar a formar el Capítulo IV, y el actual contenido de éste incorporarse como Capítulo III. De esta forma, las disposiciones sobre ejecución de documentos públicos extranjeros, que integran el Capítulo V, estarían inmediatamente precedidas por las relativas a la ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras.

Por lo demás, en la rúbrica del actual Capítulo IV es suficiente indicar "Del procedimiento judicial de exequátur". La explicación que se introduce a continuación ("o para la declaración del reconocimiento y la autorización de la ejecución") no parece necesaria, pues la definición del procedimiento se contiene en el art. 42.

– Art. 52

El art. 52 concreta la regla de competencia ya establecida en los arts. 85 y 86 LOPJ, incluyendo los criterios aplicables para determinar la competencia territorial. Así, el ap. 1 dispone que "la competencia para conocer de las solicitudes de exequátur corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos". El Colegio de Abogados de Madrid ha apuntado en su informe, a título de ejemplo, algún caso relacionado con el estatuto civil de las personas en el que las reglas anteriores podría resultar insuficientes para determinar el tribunal territorialmente competente. Parece conveniente, por ello, introducir una cláusula subsidiaria más para el cierre del sistema, con atribución de la competencia, en último caso, al Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de exequátur.

– Art. 53

El art. 53 se remite a la Ley 1/1996, de 10 de enero, para la regulación de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita en estos procedimientos. Habida cuenta de lo avanzado de la tramitación parlamentaria del Proyecto de nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, sería más conveniente reemplazar la cita de la Ley 1/1996 por una mención genérica de la Ley reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, o esperar a incorporar la denominación oficial de la nueva Ley.

En otro orden de cosas, ha de valorarse positivamente que en el art. 54 se haya abandonado la regla en virtud de la cual el exequátur se realiza *inaudita parte debitoris* (opción más respetuosa de los derechos de defensa, particularmente en el caso de exequátur no regulados en la normativa internacional), así como la posibilidad de interponer recurso de casación contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia (art. 55.2º), que actualmente solo cabía en los casos previstos en tratados internacionales. Como ya indicó este Consejo en su dictamen de 1997, dicho recurso puede resultar de

suma utilidad como “instancia unificadora en la interpretación de las disposiciones de la propia Ley proyectada”.

X) Arts. 58 a 61 (Capítulo VI del Título V)

El Capítulo VI del Título V regula la inscripción de resoluciones judiciales o documentos públicos extranjeros en los Registros de la propiedad, mercantil y de bienes muebles españoles.

En el caso de las resoluciones judiciales firmes, el art. 58.1 precisa que no requieren procedimiento especial para su inscripción. No obstante, de acuerdo con el art. 59, serán objeto de control mediante el llamado “reconocimiento incidental”, a cargo del Registrador. Ese reconocimiento incidental se realiza antes de la calificación propiamente dicha del título inscribible, mediante un procedimiento contradictorio en el que los afectados pueden manifestar su oposición.

El art. 59.1º, segundo párrafo, establece que la inscripción solicitada se suspenderá, remitiéndose el asunto al juez que haya de entender del procedimiento de reconocimiento a título principal de la resolución, cuando la notificación de la decisión del Registrador no hubiere podido practicarse en los domicilios indicados, cuando aquél adoptare una decisión contraria al reconocimiento, o “cuando se formulare oposición al reconocimiento”. A juicio del Consejo de Estado, este tercer supuesto motivador de la suspensión no parece justificado cuando no haya habido una decisión negativa del Registrador. Como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial en su informe, constituye un entorpecimiento gratuito del procedimiento de inscripción de quien ya ha obtenido una resolución judicial firme y, adicionalmente, ha sido objeto del control correspondiente al reconocimiento incidental.

En relación con los documentos públicos extranjeros extrajudiciales, el art. 60 establece que “podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate”.

En la medida en que este artículo se sitúa después del que regula el reconocimiento incidental, y que dicho art. 59 establece, como objeto de control por el Registrador, los requisitos establecidos en el Capítulo II del Título V, que se refiere en exclusiva al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, hay que entender que ese reconocimiento incidental no es necesario para la inscripción de documentos públicos extrajudiciales. No estaría de más, sin embargo, aclarar este extremo en el propio art. 59, limitando su aplicación a la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras a que se refiere el art. 58.

Si a la anterior observación se añade el hecho de que el art. 58 contiene, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, una previsión que solo es aplicable a la inscripción de resoluciones judiciales, se llega a la conclusión de que el Capítulo VI podría ser objeto de una sistemática más ordenada si se incluyese la regla del art. 58.2º en un primer artículo titulado “disposiciones generales”, para después incorporar, en un mismo artículo titulado “inscripción de resoluciones judiciales extranjeras”, el contenido del art. 58.1º y el reconocimiento incidental del art. 59, sin alterar el resto de preceptos.

Y) Disposición final segunda

Tal y como se indicó, el Anteproyecto contiene también ciertas normas llamadas a facilitar la aplicación de dos Reglamentos de la Unión Europea en materia de cooperación jurídica, normas que se incorporan en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya modificación a tal efecto se prevé en la disposición final segunda del Anteproyecto. Se trata, más concretamente, del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

Como ya se indicó, la LEC parece la *sedes materiae* adecuada para la regulación de estas medidas, que se incluirán a continuación de las ya previstas para facilitar la aplicación de otros Reglamentos

comunitarios; desde esta perspectiva, por tanto, hay que reiterar la valoración positiva que merece la técnica normativa adoptada.

La redacción de esta disposición final segunda puede, no obstante, ser objeto de revisión, pues las frecuentes remisiones internas que se realizan en la misma resultan incomprensibles, probablemente por haberse incorporado al texto del Anteproyecto una redacción anterior llamada a incluirse en otra norma distinta o por haberse alterado la estructura de los preceptos respecto a borradores anteriores.

Así, la remisión que las reglas 5ª y 6ª del ap. 1 de la nueva disposición final vigésima quinta LEC (disposición final segunda del Anteproyecto) realizan al “art. VII” parecen referirse al ap. 4 de esa misma disposición final; la remisión del ap. 3, regla 4ª, al “art. II.4 de esta ley” podría entenderse hecha al ap. 2, regla 4ª. En la nueva disposición final vigésima sexta de la Ley 1/2000, ap. 1, regla 1ª, a “los arts. II a VII de esta ley”, podría referirse a los aps. 2 a 7 de dicha disposición final; la remisión a “los aps. 1 y 2” que se hace en el ap. 4, regla 5ª, podría referirse a los aps. 1 y 2 de la disposición o a las reglas 1ª y 2ª del ap. 4 (lo mismo cabe sostener de la remisión que hace la regla 6ª de dicho ap. 4); la remisión del segundo párrafo del ap. 6 al “ap. 1 del artículo anterior” podría hacerse a la regla 1ª del ap. anterior; la remisión del ap. 7 al “art. V” parece entenderse al art. 5; en el ap. 16, la regla 3ª no debería hacer referencia a “los aps. 1 y 2”, sino a las reglas 1ª y 2ª de este apartado; por último, en los aps. 8 y 9, la referencia a “los arts. II a VII de esta ley” parece tener sentido con remisión a los aps. 2 a 7 de la misma disposición final, pero resulta más difícil encontrar una equivalencia a las remisiones que dichos apartados hacen, respectivamente, a “el art. XIII.1º.b)” y “el art. IV.1º.b)”.

Otra referencia errónea se encuentra en el ap. 4, regla 2ª, de la nueva disposición final vigésima quinta, que remite al art. 434 LEC, en el que se regula el plazo para dictar sentencia, cuando parece que debería hacerlo al art. 434 del mismo texto legal, relativo a la forma de la demanda en el juicio verbal. Asimismo, tanto en el ap. 1 de la nueva disposición final vigésima quinta como en el ap. 1 de la disposición final vigésima sexta, hay que precisar, respectivamente, que las resoluciones reguladas son, en el primer caso, las incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) nº 1215/2012 (incluir en la regla 1ª) y, en el segundo, las incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012 (incluir en la regla 1ª y en la rúbrica del ap. 1). Por último, en la regla 2ª de ap. 14 de la nueva disposición final vigésima sexta deberá designarse la Ley del Notariado por su denominación oficial, empleando las mayúsculas en el término “Ley”: LO del Notariado de 28 mayo 1862.

Sexta. Conclusión

Para finalizar, y a modo de corolario, el Consejo de Estado considera necesario insistir sobre la necesidad de armonizar el contenido de los diferentes textos legislativos que regulan esta materia, de modo que el loable intento de reducir la dispersión y crear una regulación subsidiaria de carácter unificado no quede frustrado como consecuencia, precisamente, de esa dispersión.

En algunos casos, la falta de armonización se presenta en forma de contradicción frontal entre las previsiones del Anteproyecto y lo establecido en las normas vigentes, en particular, en los arts. 276 a 278 LOPJ. Como ya se ha expuesto con detalle en el cuerpo del presente dictamen, sin la reforma o derogación de esos artículos de la LO no podrían en ningún caso aprobarse las disposiciones –de tenor contradictorio con los mismos– de los arts. 3.2º, 4, 12.1º y 14.1º del Anteproyecto. Tal es la razón del carácter esencial que se confiere a las observaciones sobre los referidos preceptos.

La situación resulta tanto más llamativa por el hecho de que, muy recientemente, el Gobierno ha enviado a las Cortes Generales una serie de proyectos legislativos de modificación de algunas de las normas aquí afectadas y, en particular, un proyecto para la reforma de la LOPJ. Por esta razón, y dada la valoración positiva que el Consejo de Estado realiza del contenido material de esos artículos del Anteproyecto, se sugiere la conveniencia de evitar las aludidas contradicciones mediante la introducción, por las vías procedentes, de las necesarias enmiendas en el trámite parlamentario, de modo que la nueva redacción de la LOPJ que resulte tras la definitiva aprobación de la aludida reforma no contradiga lo establecido en el texto que aquí informa el Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

1º) Que la culminación del anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil objeto del presente dictamen exige tener en cuenta las observaciones esenciales formuladas con ocasión de sus arts. 3.2º, 4, 12.1º y 14.1º y a propósito de la necesaria armonización del Anteproyecto con previsiones legales ya existentes y con otros proyectos legislativos en curso de tramitación.

2º) Que, una vez consideradas las restantes observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA SOBRE INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS Y DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CON SEDE EN ESPAÑA Y SOBRE RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES APLICABLES A CONFERENCIAS Y REUNIONES INTERNACIONALES CELEBRADAS EN ESPAÑA

2014–2015/Doc/2.– Dictamen del Consejo de Estado nº 693/2015 (Asuntos Exteriores y de Cooperación), de 23 julio 2015.

[...]

V. Consideraciones generales

A) *Sobre el alcance del anteproyecto*

A juzgar por su título, el anteproyecto de LO sometido a consulta versa “sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

El análisis de la parte dispositiva de la norma proyectada evidencia, sin embargo, que el anteproyecto no solo resulta de aplicación a los Estados extranjeros (título I), a las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España (título V) y a las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (título VI), sino también a determinados representantes de los Estados extranjeros –los Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores (título II)– y a ciertos instrumentos o medios al servicio de éstos –los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado (título III) y las Fuerzas Armadas visitantes (título IV)–. Hecha esta precisión y teniendo en cuenta que, de acuerdo con el punto 7 de las ya mencionadas Directrices de técnica normativa, la redacción del título de cualquier norma jurídica debe ser “clara y concisa” y evitar la inclusión de “descripciones propias de la parte dispositiva”, no cabe objetar que el título del anteproyecto mencione únicamente a los “Estados extranjeros”, las “Organizaciones internacionales con sede u oficina en España” y las “Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”, máxime cuando en la referencia a los Estados extranjeros quedan naturalmente comprendidos sus representantes y los instrumentos o medios con que aquellos cuentan.

El principal objetivo del anteproyecto es el establecimiento del régimen de “inmunidades” ante los tribunales españoles de quienes figuran comprendidos dentro de su ámbito de aplicación. En tal sentido, el art. 1.1º dispone:

“La presente LO tiene por objeto regular las inmunidades ante los órganos jurisdiccionales españoles de: a) Los Estados extranjeros y sus bienes; b) Los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, así como de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros; c) Los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado; d) Las Fuerzas Armadas visitantes; e) Las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sus bienes; y f) Las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

Asimismo, el anteproyecto regula –según dice su art. 1.2– los privilegios aplicables a “los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, las Fuerzas Armadas visitantes, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones celebradas en España”. A la vista de este precepto, se advierte que el título del anteproyecto es incorrecto. De dicho título se infiere que la norma proyectada únicamente establece los privilegios de las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España: así lo afirma igualmente la exposición de motivos (p. 3, último párrafo) y la memoria del análisis de impacto normativo (p. 8, punto 3, último párrafo). Lo cierto, sin embargo, es que el anteproyecto también reconoce privilegios a las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España, a los altos representantes del Estado extranjero y a las Fuerzas Armadas al servicio de éste, tal y como indica el art. 1.2 y pone de manifiesto un somero análisis de la parte dispositiva de la norma. Es más, el art. 56 del anteproyecto también otorga privilegios a los Estados extranjeros en cuanto tales, pese a que el mencionado art. 1.2 omita esta circunstancia. En realidad, el anteproyecto otorga privilegios a todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, excepto a los buques de guerra y a los buques y aeronaves de Estado.

A la vista de las consideraciones realizadas, puede afirmarse que el anteproyecto establece, en mayor o menor medida, el régimen de “privilegios e inmunidades” de los “Estados extranjeros”, las “Organizaciones internacionales con sede u oficina en España” y las “Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”. Siendo así, debería modificarse el título de la norma proyectada, de forma que quedase redactado en los siguientes o similares términos: “Anteproyecto de LO sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

Asimismo, el art. 1 del anteproyecto (“Objeto”) podría recibir una nueva formulación, eliminándose el segundo de sus actuales apartados y dando al precepto resultante el siguiente tenor:

“La presente LO tiene por objeto regular las inmunidades ante los órganos jurisdiccionales españoles y, en su caso, los privilegios aplicables a: a) Los Estados extranjeros y sus bienes; b) Los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, durante el ejercicio de su cargo y una vez finalizado el mismo; c) Los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado; d) Las Fuerzas Armadas visitantes; e) Las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sus bienes; y f) Las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

El anteproyecto regula, por tanto, los privilegios e inmunidades que expresamente acaban de indicarse, dejando al margen – según precisa el art. 3– cualesquiera “otras inmunidades” reconocidas por el Derecho internacional, y, en particular, las otorgadas a las misiones diplomáticas, oficinas consulares y misiones especiales de un Estado, a las organizaciones internacionales individualmente consideradas y a los ingenios aeroespaciales y objetos espaciales. El tenor de este art. 3 es nuevamente impreciso – adviértase que las misiones diplomáticas, oficinas consulares y misiones especiales gozan de “privilegios”, además de “inmunidades”, de acuerdo con los Convenios que les resultan de aplicación– y, por ello, su redacción podría mejorarse tanto en su rúbrica (“Otros privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional y no afectados por la presente LO”) como en su parte dispositiva, que debería quedar formulada en los siguientes o similares términos:

“Lo dispuesto en la presente LO se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otros privilegios e inmunidades contemplados por el Derecho internacional y, en particular, de los reconocidos a: a) Las misiones diplomáticas, oficinas consulares y misiones especiales de un Estado; b) Las organizaciones internacionales y las personas adscritas a ellas. c) Los ingenios aeroespaciales y objetos espaciales propiedad de un Estado u operados por éste”.

B) *Sobre la oportunidad del anteproyecto*

Aunque el anteproyecto establece, como acaba de apuntarse, el régimen de privilegios e inmunidades ante los tribunales españoles de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u

oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, la mayor parte de su contenido se dedica, en realidad, a la regulación de las inmunidades.

El anteproyecto aborda la inmunidad de las Organizaciones internacionales y de las Conferencias y Reuniones internacionales partiendo de los principios rectores de la doctrina de la inmunidad de los Estados extranjeros, a la que, por esta razón, es preciso prestar en este momento una atención especial.

La inmunidad de los Estados extranjeros en la esfera internacional es un corolario de su soberanía y se expresa en la máxima *par in parem imperium non habet* de la que se hace eco la propia exposición de motivos de la norma proyectada. Esta inmunidad tiene una doble vertiente: por una parte, los Estados no pueden ser demandados ni sometidos a juicio ante los tribunales de otro Estado (inmunidad de jurisdicción); por otra, los Estados no pueden ser objeto de medidas de ejecución dictadas por esos mismos tribunales (inmunidad de ejecución).

La doctrina de la inmunidad de los Estados tiene un origen esencialmente consuetudinario y se ha ido decantando sobre todo a la vista de los criterios sentados por la jurisprudencia, tanto de los tribunales internos, especialmente –aunque no solo– en los Estados Unidos de América y el Reino Unido, como de los tribunales internacionales –Corte Internacional de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros–. Esta jurisprudencia ha ido evolucionando desde el reconocimiento de la “inmunidad absoluta” de los Estados, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad objeto de enjuiciamiento, a la aceptación de una “inmunidad restringida” que parte de la diferenciación entre actos de imperio (*acta iure imperii*) y actos de gestión (*acta iure gestionis*): los primeros, en cuanto realizados por el Estado en ejercicio de su poder soberano, gozan de inmunidad; los segundos, al estar sujetos a las reglas ordinarias del tráfico privado, carecen de ella.

Esta distinción, todavía vigente en la jurisprudencia interna de muchos Estados, se enfrenta al problema fundamental de que la línea divisoria entre los actos de imperio y los actos de gestión dista de ser nítida, y así sucede que, en ocasiones, un mismo acto es considerado de imperio por los tribunales de un Estado y de gestión por los de otro.

La inseguridad jurídica derivada de esta distinción ha tratado de remediarse a través de la elaboración de normas convencionales relativas al régimen de inmunidades. Sin embargo, el recelo de los Estados a efectuar renunciaciones en el ejercicio de su propia jurisdicción ha motivado que el número y relevancia de las previsiones de origen convencional en esta materia sea bien modesto y, lo más importante, que no exista un tratado multilateral que regule de forma general las inmunidades estatales. La mayor parte de las normas internacionales sobre inmunidades se incluyen en convenios de objeto específico: así sucede, por ejemplo, respecto de los buques y aeronaves de Estado, en los convenios sobre el derecho del mar o la aviación civil internacional; respecto de las Fuerzas Armadas visitantes, en los convenios suscritos por los Estados parte de organizaciones militares como el Tratado del Atlántico Norte; y, en fin, respecto del personal al servicio de Organizaciones internacionales como Naciones Unidas o la Unión Europea, en los convenios celebrados por los Estados parte de dichas Organizaciones. La necesidad de una regulación de ámbito general llevó a que se firmase, a nivel regional, el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 1972), que no ha sido ratificado por el Reino de España, y a que, en el marco de las Organizaciones de las Naciones Unidas, se aprobase el Convenio sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (Nueva York, 2004), que ha sido únicamente ratificado por diecisiete Estados parte –entre ellos, España– de los treinta que se precisan para su entrada en vigor, sin que en un futuro próximo sea previsible –dice la memoria del anteproyecto– que vaya a reunirse ese número.

Dada la ausencia de normas convencionales de alcance general sobre el régimen de inmunidades estatales y la incertidumbre generada en la práctica por la distinción entre actos de imperio y actos de gestión, se viene asistiendo desde el último cuarto del siglo pasado a un proceso ininterrumpido de aprobación de leyes nacionales en materia de inmunidades con el objeto de dotar a los Estados extranjeros y a los propios órganos jurisdiccionales de criterios claros al respecto, en garantía de una mayor seguridad jurídica en las relaciones jurídico-internacionales. Los primeros países en aprobar este tipo de normas fueron los Estados Unidos de América (*Foreign Sovereign Act*, 1976) y el Reino Unido (*State Immunity Act*, 1978), que se han visto secundados por otros enumerados en la memoria del anteproyecto.

En estas leyes se prescinde de la compleja distinción entre actos de imperio y actos de gestión y se opta, de modo más sencillo, por el reconocimiento de la inmunidad de los Estados extranjeros como regla general y el establecimiento de una serie de excepciones tasadas a la misma.

En España, el ordenamiento interno no contiene todavía una regulación específica de las inmunidades de los Estados extranjeros. El art. 21.1º LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), se limita a efectuar una remisión a las “normas de Derecho internacional Público” en la materia. Dice así este precepto:

“1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho internacional Público.”

En la medida en que no existen convenios de alcance general sobre el régimen de inmunidades de los Estados extranjeros, la remisión a las “normas de Derecho internacional Público” contenida art. 21.2º LOPJ comporta que los órganos jurisdiccionales españoles tengan que enfrentarse a una labor especialmente compleja cuando conocen de demandas formuladas contra Estados extranjeros. Hace ya más de dos décadas que el Tribunal Constitucional tomó conciencia de esta situación y recomendó al legislador español que procediera a la regulación interna de las inmunidades de los Estados extranjeros: “La determinación del régimen vigente en nuestro ordenamiento en materia de inmunidades de los Estados extranjeros –se lee en la Sentencia 107/1992, de 1 de julio (FJ 3)– es tarea que entraña cierta dificultad. Dicha dificultad deriva del hecho de que, a diferencia de otros países, que han codificado esta materia en leyes específicas o como parte de leyes procesales generales, nuestro legislador decidió seguir la técnica de la remisión normativa, defiriendo en bloque al Derecho internacional público el sistema de inmunidades estatales. Esta remisión al Derecho internacional Público obliga al intérprete de nuestro Derecho y, en particular, obliga a los órganos jurisdiccionales españoles a adentrarse en dicho ordenamiento para sacar a la luz los supuestos en que pueden verse impedidos de ejercer actividad jurisdiccional –sea ésta de naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar– frente a determinados sujetos amparados por la inmunidad (Estados extranjeros, personas jurídico– públicas extranjeras, personal diplomático y consular, etc.). La remisión implica, en consecuencia, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales españoles –incluido este Tribunal– se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, tal y como han tenido que hacer otros tribunales nacionales, sin que ello suponga en absoluto una interferencia por parte del ordenamiento español en el Derecho internacional público, pues las normas de éste se conforman, entre otras cosas, en función de las prácticas internas adoptadas en cada materia por los Estados miembros de la Comunidad Internacional. La mencionada remisión normativa del art. 21.2º LOPJ exige, en cada caso, determinar la norma aplicable en conexión con el ordenamiento internacional; solución ésta a la que nada cabe achacar en estrictos términos jurídico–constitucionales, aunque parece aconsejable –dijo el Tribunal Constitucional– que se lleve a cabo un desarrollo legislativo de esta materia que produzca una mayor seguridad jurídica”.

En tanto esta ley no sea aprobada, la concreción de esas normas internacionales a las que remite el art. 21.2º LOPJ es –según se afirma en la sentencia mencionada– “una tarea que exige del intérprete una inducción basada en datos diversos, las convenciones internacionales de carácter universal o regional y las prácticas internas de los Estados, tanto en el plano legislativo, como en el judicial y administrativo; tarea que al tiempo debe tener en cuenta el proceso evolutivo que en esta materia es apreciable en la realidad internacional”.

A la vista de estos datos, el Tribunal Constitucional considera predominante la doctrina de la “inmunidad jurisdiccional restringida”, basada en la distinción entre actos de imperio y actos de gestión antes apuntada, de forma que solo los primeros gozan de ella: “Desde la tradicional regla absoluta de inmunidad de jurisdicción, fundada en la igual soberanía de los Estados que expresaba el adagio *par in parem imperium non habet*, el ordenamiento internacional ha evolucionado a lo largo de este siglo –se observa en la sentencia ya referida– hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad, que habilita a los

Tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. La distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, por compleja que pueda ser su concreción en casos concretos y por diverso que sea su desarrollo en la práctica de los Estados y en las codificaciones internacionales, se ha abierto paso como norma internacional general”.

A la misma conclusión llega el Tribunal Constitucional en relación con la inmunidad de ejecución:

“Si de la inmunidad de jurisdicción pasamos a la inmunidad de ejecución, cabe apreciar mayores cautelas –dice– a la hora de sentar excepciones a la regla de la inmunidad, mas sin que quepa negar que dichas excepciones se van abriendo paso en la práctica de numerosos Estados. Dichas excepciones –señala– siguen la huella del criterio sentado para la inmunidad de jurisdicción, es decir, se considera incontrovertible que un tribunal interno no puede adoptar medidas de ejecución (o cautelares) sobre bienes de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro que sean destinados por aquél al sostenimiento de actividades soberanas o de imperio”.

Esta doctrina de la inmunidad restringida de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros que fue acogida en la Sentencia 107/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional, ha sido reiterada en otros pronunciamientos posteriores y se halla igualmente presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El examen de los asuntos resueltos por ambos órganos evidencia, en todo caso, que la distinción entre actos de imperio y actos de gestión está lejos de ser clara en la práctica, con la consiguiente inseguridad para los Estados extranjeros, los órganos jurisdiccionales nacionales y los particulares demandantes.

Las consideraciones hasta aquí realizadas, y, en particular, la abierta recomendación dirigida al legislador por el Tribunal Constitucional para que regule el régimen de las inmunidades de los Estados extranjeros en España, justifican la elaboración del anteproyecto que es objeto del presente dictamen, que sigue la senda iniciada en los años setenta del pasado siglo por los Estados Unidos de América y el Reino Unido y continuada después por otros países. Sería oportuno, en todo caso, que la exposición de motivos de la norma proyectada hiciera referencia expresa a tal recomendación, citando la sentencia en que la misma se formuló. En definitiva, la oportunidad de la norma proyectada se fundamenta en la necesidad de garantizar la certeza en el ámbito jurisdiccional interno de las relaciones jurídicas entabladas con los Estados extranjeros.

El Consejo General del Poder Judicial ha observado que “si dicha finalidad es absolutamente loable, no debe escaparse la relevante circunstancia de que el ejemplo que ofrecen los ordenamientos que han incorporado regímenes de inmunidad son aquellos de corte anglosajón que necesitan de una norma para trasladar las disposiciones incluidas en los textos internacionales, lo que en cambio no sucede en el Derecho español, donde las normas contenidas en los tratados internacionales suscritos por España forman parte del ordenamiento jurídico y son directamente aplicables desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 1.5º Cc y 96 CE)”. No es claro, sin embargo, que la aprobación de estas leyes nacionales sobre inmunidades del Estado se explique por las particularidades del sistema de recepción de los tratados internacionales en los países de *common law*, y ello no solo porque otras naciones ajenas a esta tradición jurídica hayan procedido de la misma manera (en la memoria del análisis de impacto normativo se cita, por ejemplo, a Argentina, Japón, Austria e Israel), sino también, y de manera muy especial, porque no existen convenios internacionales en materia de inmunidades de los Estados extranjeros con el mismo alcance general que caracteriza a tales leyes, es decir, no hay convenios de esta naturaleza susceptibles de ser incorporados al ordenamiento interno. En realidad, la justificación de estas leyes se encuentra en la ausencia de tratados multilaterales sobre inmunidades de los Estados extranjeros, que obligaba a los tribunales de esos países a acudir a la distinción entre actos de imperio y actos de gestión, con las dificultades prácticas que su aplicación generaba. Tal es el fundamento, asimismo, de la recomendación dirigida al legislador español que se contiene en la STC 107/1992, de 1 de julio, ya mencionada.

Por otra parte, el Consejo General del Poder Judicial ha señalado que la decisión de “optar por establecer una norma interna al margen de procedimientos de creación normativa internacional tiene como consecuencia que no pueda garantizarse un tratamiento equivalente al dispensado por la *lex fori*, riesgo que, sin embargo, se conjura y desaparece cuando se trata de regímenes uniformes contenidos en una norma convencional”. Sin embargo, tal riesgo no deriva tanto de la aprobación de una ley interna como, nuevamente, de la ausencia de tratados multilaterales sobre inmunidades de los Estados extranjeros. Se trata, en todo caso, de un riesgo que el legislador puede fácilmente evitar con el simple recurso de supeditar la aplicación de la norma interna al “principio de reciprocidad”, algo que, de hecho, hace el anteproyecto en aquellas previsiones donde se ha considerado necesario (art. 26, “Reciprocidad en la aplicación de la inmunidad del Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores”; y art. 33.2º, “Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, de su personal militar y civil y de sus bienes”). No resulta evidente, por otra parte, que la aplicación de la totalidad del anteproyecto deba condicionarse al principio de reciprocidad: a este respecto, debe tenerse en cuenta que la norma proyectada asume el criterio de la inmunidad restringida de los Estados extranjeros y, por ello, sus previsiones más relevantes son precisamente las que consagran excepciones a dicha inmunidad; en la medida en que estas excepciones garantizan el enjuiciamiento de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles en una serie de supuestos queridos por el legislador español, no parece que su aplicación deba supeditarse a la observancia del principio de reciprocidad.

A la vista de las consideraciones realizadas, es obligado concluir que, en ausencia de normas convencionales multilaterales de alcance general sobre inmunidades, la oportunidad del anteproyecto sometido a consulta se encuentra justificada por elementales razones de seguridad jurídica en las relaciones con los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales y las Conferencias y Reuniones internacionales que tengan un punto de conexión con España y puedan, por ende, quedar sometidas a la jurisdicción de los tribunales españoles.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que la norma proyectada no solo regula las inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales y las Conferencias y Reuniones internacionales, sino también el estatuto personal de sus representantes y miembros. El régimen de privilegios e inmunidades de éstos se rige –como ha de verse en el momento oportuno– por criterios parcialmente distintos de los que resultan de aplicación a los Estados extranjeros, Organizaciones internacionales y Conferencias y Reuniones internacionales que representan o integran. Tales criterios han sido deducidos de las normas convencionales aplicables a las relaciones diplomáticas y consulares y forman parte del derecho consuetudinario internacional. En este estado de cosas, la regulación del estatuto personal de los representantes de los Estados extranjeros, Organizaciones internacionales y Conferencias y Reuniones internacionales contenida en el anteproyecto se explica igualmente por motivos de seguridad jurídica.

Por lo demás, la aprobación del anteproyecto sometido a consulta debe necesariamente conllevar la reforma del art. 21.2º LOPJ, que tendría que pasar a decir: “Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por la legislación española y las normas de Derecho internacional Público”. La misma modificación debería realizarse en el art. 36.2.1ª Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que es una manifestación del art. 21.2º LOPJ en el ámbito civil. La reformulación de ambos preceptos debe realizarse incluyendo una nueva disposición final en el anteproyecto, de acuerdo con el criterio establecido en el punto 42.a) de las Directrices de técnica normativa.

C) Sobre los límites internacionales y constitucionales del anteproyecto

El anteproyecto sometido a consulta se encuadra dentro de un orden normativo internacional de perfiles no siempre bien definidos. Aunque a lo largo de su articulado se hace mención a diversos convenios internacionales, la fuente normativa de referencia en la elaboración de la norma proyectada es el derecho consuetudinario internacional. El anteproyecto no tiene pues como objeto la incorporación de tratados internacionales –éstos, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, tal y como dispone el art. 96.1º CE–, sino el establecimiento de un régimen interno de privilegios e inmunidades adecuado a las reglas de la práctica internacional que han sido deducidas, por vía de abstracción, de normas convencionales internacionales de ámbito diverso.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el reconocimiento de determinadas inmunidades a los Estados extranjeros y similares no es contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, siempre y cuando no acometa una “indebida extensión o ampliación” de tales inmunidades (Sentencia 107/1992, de 1 de julio, FJ 3), en el bien entendido de que una restricción excesiva de éstas también podría comportar la comisión de “un hecho ilícito por la violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado” (Sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 9). En la definición de estas inmunidades deberán tenerse en cuenta – como dice, por otra parte, el antes mencionado art. 21.2º LOPJ– “las normas de Derecho internacional Público que se obtienen de datos de origen muy diverso, entre los que se encuentran las convenciones internacionales y la práctica de los Estados” (SS 292/1994, de 27 de octubre, FJ 3º, y 18/1997, de 10 de febrero, FJ 4º).

El principal marco normativo de referencia del presente anteproyecto es –como ya se ha señalado– el derecho consuetudinario internacional. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el contenido de la norma proyectada podría verse desplazado por la eventual aprobación de futuros convenios internacionales que regulasen los privilegios e inmunidades de un modo distinto; asimismo, podrían plantearse algunos conflictos de normas entre la legislación interna y los convenios internacionales que ya se encuentran en vigor. Por tal razón y pese a que ya existen en el ordenamiento español reglas o criterios de alcance general que permitirían seleccionar en tales casos la norma aplicable, debería incorporarse al anteproyecto –tal y como ha sugerido el Consejo General del Poder Judicial– una previsión que resuelva esa eventual concurrencia normativa de la ley interna y el convenio internacional en favor de este último, dada la especial posición que los tratados tienen en el sistema español de fuentes del derecho, a resultas de lo dispuesto en el art. 96.1º CE. A estos efectos, no es suficiente lo dispuesto en el proyectado art. 3, dado que este precepto se limita a dejar constancia de la existencia de otros privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional que no son objeto de la norma, pero no establece la regla aplicable a los supuestos de colisión normativa entre ley interna y tratado internacional en relación con los privilegios e inmunidades contemplados en el anteproyecto.

VI. Contenido del anteproyecto

A) Inmunidades del Estado extranjero en España

El título I del anteproyecto (arts. 4 a 20) regula las inmunidades de los Estados extranjeros en España, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (Nueva York, 2004). El Reino de España depositó su instrumento de adhesión a este Convenio el 11 septiembre 2011. Sin embargo, el Convenio no se encuentra en vigor, pues no se ha alcanzado todavía el número mínimo de ratificaciones, ni parece que vaya a conseguirse –dice la memoria– en un corto plazo. Por tal razón, el legislador español no está vinculado por dicho Convenio, que en el presente anteproyecto se toma como mera referencia, en cuanto puede considerarse como una expresión autorizada de las normas del derecho consuetudinario internacional.

El Consejo Fiscal ha estimado “coherente” que “se integren en el Derecho interno las obligaciones que el Reino de España se ha comprometido a asumir en la esfera internacional”. El anteproyecto sometido a consulta recoge “casi literalmente” –en palabras del Consejo General del Poder Judicial– el contenido del referido Convenio, asumiendo así una concepción restringida de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles que parte de la regla general de la inmunidad pero, al mismo tiempo, contempla una serie de excepciones a dicho principio.

La regulación de las inmunidades del Estado extranjero prevista en el título I tiene una particular importancia en el conjunto del anteproyecto, porque hace las veces de “parte general” de la norma, sirviendo de modelo para la definición de las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, de los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España: así se explican las referencias a determinados preceptos del título I que se contienen en el título II (art. 23.2º), en el título III (art. 32), en el título V (art. 41) y en el título V (art. 41). En su informe, el Consejo General del Poder Judicial ha realizado un exten-

so análisis, a la vista del Convenio, de los preceptos incluidos en el título I del anteproyecto, formulando algunas observaciones puntuales que han sido aceptadas en su práctica totalidad por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y, por ende, recogidas en el texto sometido a la consideración de este Consejo de Estado.

No se ha incorporado, sin embargo, la sugerencia planteada por el Consejo General del Poder Judicial en relación con el art. 11 del anteproyecto. En este precepto se prevé que “salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria por muerte o lesiones sufridas por una persona o por daños o pérdida de bienes, causados por un acto u omisión presuntamente atribuible a dicho Estado, siempre que: a) el acto u omisión se hubiera producido total o parcialmente en territorio español; y b) el autor material del acto u omisión se encontrara en territorio español en el momento en que dicho acto u omisión se produjo”. Al examinar este precepto, el Consejo General del Poder Judicial ha sostenido que debería permitirse el ejercicio de “acciones indemnizatorias por lesiones o daños causados por el Estado extranjero” ante los tribunales españoles, sin necesidad de que concurren las circunstancias establecidas en las letras a) y b) del proyectado art. 11, en el supuesto de “violaciones graves de normas internacionales de *ius cogens*”, en línea con las previsiones que al respecto se contienen –dice el Consejo– en la legislación norteamericana sobre inmunidades; en otras palabras, se propone que los tribunales españoles puedan conocer de acciones indemnizatorias por daños y perjuicios ocasionados por los Estados extranjeros fuera del territorio español en los que se aprecien tales violaciones.

En realidad, el art. 11 del anteproyecto se limita a recoger los términos del art. 12 del Convenio sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, que excepciona la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero por daños ocasionados en el territorio del Estado ante cuyos tribunales se ejercita la acción. Este precepto convencional asume una posición que puede calificarse de progresiva respecto del estado actual de la práctica internacional en materia de acciones de indemnizaciones de daños y perjuicios, ya que, en el supuesto contemplado, la jurisprudencia viene considerando que la inmunidad jurisdiccional de los Estados es acorde con el Derecho internacional si los daños traen causa de actos de imperio (Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 febrero 2012, asunto *Alemania contra Italia*, con Grecia como interviniente, en relación con daños ocasionados por Alemania en Italia y Grecia durante la Segunda Guerra Mundial) y, por ende, no resulta contraria al derecho de acceso a los tribunales reconocido en el art. 6.1º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (STEDH 21 noviembre 2001, asunto *McElhinney contra Irlanda*; decisión de inadmisibilidad del mismo Tribunal de 12 diciembre 2002, asunto *Kalogeropoulos y otros contra Grecia y Alemania*). Con mayor razón se ha sostenido que la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero no es contraria a dicho derecho fundamental en el caso de daños causados por éste fuera del territorio del Estado ante cuyos tribunales se ejercita la acción, (STEDH 21 noviembre 2001, asunto *Al-Adsani contra Reino Unido*).

Por otra parte, la propuesta formulada por el Consejo General del Poder Judicial de que los tribunales españoles puedan conocer de acciones indemnizatorias por los daños y perjuicios inferidos por los Estados extranjeros fuera del territorio español, si se aprecia una violación de normas internacionales de *ius cogens*, no solo tendría implicaciones en el ámbito de las inmunidades de los Estados extranjeros reconocidas por el Derecho internacional, que en tal supuesto viene siendo admitida en la práctica sin excepción, sino también en el de las competencias del orden jurisdiccional civil, que tendrían que ejercerse con carácter extraterritorial, como una suerte de “jurisdicción civil universal”, frente al criterio expresado en el vigente art. 22.3º LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de que “en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes (...) en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan residencia habitual en España”, lo cual previsiblemente obligaría a modificar este precepto. Estas circunstancias, unidas al hecho de que el anteproyecto sometido a consulta tan solo pretende ser un texto básico de referencia en materia de inmunidades ajustado a las reglas actualmente vigentes del derecho consuetudinario internacional, permiten entender que la propuesta de referencia sobrepasa los objetivos

perseguidos por la norma proyectada, sin perjuicio de que deba tenerse presente en los futuros avances que el ordenamiento español pudiera experimentar en esta materia.

B) Privilegios e inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros

El título II del anteproyecto (arts. 21 a 29) regula los privilegios e inmunidades del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros, distinguiendo en función de que se encuentren en ejercicio de su cargo o hayan cesado en el mismo: en el primer caso, se les reconoce inviolabilidad e inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles por los actos, tanto oficiales como privados, realizados durante su mandato o con anterioridad al inicio de éste; en el segundo supuesto, se les atribuye inmunidad ante los tribunales españoles únicamente en relación con aquellos actos efectuados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, pero no por los anteriores a la asunción del cargo o por los de carácter privado ejecutados mientras ocupaban tales magistraturas.

Los privilegios e inmunidades de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros no se regulan de forma expresa en ningún tratado internacional. Las reglas definidoras del estatuto personal de los titulares de estos oficios públicos forman parte del Derecho consuetudinario internacional y han sido deducidas por los tribunales internos e internacionales a la vista de los privilegios e inmunidades establecidos en los Convenios sobre relaciones diplomáticas (Viena, 1961) y relaciones consulares (Viena, 1963) y en el Convenio sobre las misiones especiales (Nueva York, 1969). En los dos primeros Convenios se consagra la inviolabilidad e inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos (arts. 29 y 31 del Convenio sobre relaciones diplomáticas) y consulares (arts. 41 y 43 del Convenio sobre relaciones consulares) y se prevé que tanto una como otra cesarán “cuando terminen las funciones”, si bien la inmunidad jurisdiccional se mantendrá “respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones” (art. 39.2º del Convenio sobre relaciones diplomáticas; art. 53.3º del Convenio sobre relaciones consulares).

En el tercer Convenio mencionado se reconoce, en los mismos términos, la inviolabilidad e inmunidad jurisdiccional de los miembros de las misiones especiales (arts. 29 y 31) y se establece que ambas cesarán “cuando terminen las funciones”, sin perjuicio de que la inmunidad jurisdiccional subsista “respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones” (art. 43.2º). Particularmente relevante, al objeto de la presente consulta, es la mención que en esta norma convencional se realiza a “los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado” que participan en una misión especial, a quienes se atribuye los privilegios e inmunidades establecidos en el Convenio y, también, los “reconocidos por el Derecho internacional” (art. 21).

La ratio de estos privilegios e inmunidades es –como se dice en el preámbulo de los dos primeros Convenios– “contribuir al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, prescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social”, es decir, “no se conceden en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados”. Estos privilegios e inmunidades no se agotan, por lo demás, en lo dispuesto en estos Convenios, sino que –como reconoce el mismo preámbulo– “las normas de Derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas”.

Esta invocación del Derecho internacional consuetudinario resulta especialmente pertinente cuando se trata de analizar el estatuto personal de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros, ya que los privilegios e inmunidades de estas magistraturas han sido reconocidos por la práctica internacional sobre la base de los mismos principios que inspiran la regulación de los Convenios sobre relaciones diplomáticas, relaciones consulares y misiones especiales: así, en el periodo de su mandato, se les concede inviolabilidad e inmunidad jurisdiccional por los actos realizados antes o durante el mismo, sean de carácter oficial o privado; y, una vez hayan cesado en sus funciones, se mantiene la inmunidad jurisdiccional solo en relación con los actos llevados a cabo en ejercicio de sus funciones. Así pues, los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de

Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros, en tanto ocupan su cargo público, gozan de privilegios e inmunidades *rationae personae*, es decir, en razón del oficio que ostentan, por cualesquiera actos que hubieran realizado con carácter oficial o a título privado, mientras que, expirado su mandato, siguen disfrutando de inmunidades *rationae materiae*, esto es, respecto de aquellos actos que hubieran llevado a cabo en el ejercicio de sus funciones oficiales.

El título II del anteproyecto se adecua a estas normas del Derecho consuetudinario internacional y, desde esta perspectiva, el Consejo General del Poder Judicial ha entendido que el régimen de inmunidades establecido en el mismo “no puede merecer objeción alguna”. No obstante, a renglón seguido plantea la “conveniencia de limitar la inmunidad penal *ratione materiae*” de la que disfrutaban los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, una vez expirado su mandato, en caso de que hubieran cometido “crímenes internacionales especialmente graves” como el genocidio, la desaparición forzada y otros similares. El Consejo General del Poder Judicial no cuestiona, pues, la inmunidad *rationae personae* de la que gozan los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores durante su mandato, ni siquiera en el supuesto de que se les acuse de crímenes de lesa humanidad. Únicamente sugiere que la inmunidad *ratione materiae* de que gozan tales cargos públicos después de abandonado el cargo se exceptúe si fueran acusados de dichos crímenes. El fundamento de esta observación estriba en que, tratándose de crímenes internacionales, “no cabría apreciar el fundamento de las inmunidades materiales”, pues los mismos nunca podrían entenderse amparados –dice el Consejo General del Poder Judicial– en el ejercicio de sus funciones oficiales. En definitiva, se propone que los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros no gocen de inmunidad penal ante los órganos jurisdiccionales españoles, después de la terminación de su mandato, en caso de que se les imputen crímenes internacionales.

Esta sugerencia se realiza partiendo de una consideración conjunta del régimen de inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros previsto en el anteproyecto y del principio de justicia universal establecido en el art. 23 LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción dada por la LO 1/2014, de 13 de marzo. En tal sentido, el Consejo General del Poder Judicial ha destacado que “la justicia universal se concibe para la represión de delitos considerados especialmente graves y lesivos de los intereses generales de la comunidad internacional”, siendo así que “estos delitos, por su tipología, son susceptibles de ser imputados a las altas personalidades que rigen los designios de un Estado en un momento determinado, las cuales pueden verse beneficiadas de una inmunidad de jurisdicción no solo personal”, durante su mandato, “sino también material”, cuando han cesado en sus cargos, so pretexto de que sus crímenes fueron cometidos en el ejercicio de sus funciones.

En la práctica internacional, la posibilidad de introducir excepciones a la inmunidad jurisdiccional penal de las altas personalidades de un Estado por crímenes de especial gravedad se ha planteado de forma diferente en función de que el delito pretenda enjuiciarse ante los tribunales penales internacionales o los órganos jurisdiccionales nacionales.

Los diversos tribunales penales internacionales que se han venido creando después de la Segunda Guerra Mundial justifican su existencia precisamente en la necesidad de perseguir los crímenes de lesa humanidad cometidos por Jefes del Estado, de Gobierno y otros cargos similares sin violentar la regla *par in parem non habet imperium* que está en la base de las inmunidades jurisdiccionales. La atribución de estas causas a los tribunales penales internacionales constituidos al efecto permite eludir el obstáculo de las inmunidades jurisdiccionales que impiden el procesamiento de los altos representantes de un Estado ante los tribunales internos de otro Estado. De este modo, las reglas estatutarias de los diferentes tribunales penales internacionales han previsto, de manera invariable, que los acusados de crímenes internacionales no podrán verse exonerados por el hecho de que tales actos hubieran sido realizados durante el desempeño de sus cargos oficiales (art. 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; art. 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokyo; art. 7.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia; art. 6.2º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda; y art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). De este modo, los altos representantes del Estado pueden ser juzgados ante los tribunales penales internacionales, tanto durante su

mandato como después del mismo, con las particularidades que, en el caso español, se pusieron de manifiesto en el dictamen 1.374/99, de 22 de julio, del Consejo de Estado, relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional.

En cambio, la norma de derecho consuetudinario internacional que consagra la inmunidad jurisdiccional penal de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Anteriores ante los órganos jurisdiccionales nacionales ha mantenido su vigencia hasta nuestros días, por respeto a los principios de soberanía e igualdad de los Estados: tal inmunidad –conviene nuevamente recordarlo– es *rationae personae* durante el periodo de su mandato, esto es, opera con independencia del carácter oficial o privado de los actos realizados, y *ratione materiae* una vez expirado el mismo, es decir, solo se disfruta respecto de los actos que hubieran sido realizados en el ejercicio de funciones oficiales.

En este sentido, la Corte Internacional de Justicia, en Sentencia de 14 febrero 2000 (asunto *Orden de detención de 11 abril 2000*), recaída en un asunto en el que un tribunal belga había dictado una orden de detención contra el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Congo, afirmó que, de acuerdo con el derecho consuetudinario internacional, los titulares de este oficio público –o, *mutatis mutandis*, de la jefatura del Estado o del Gobierno– disfrutaban de “inviolabilidad e inmunidad jurisdiccional total durante el desempeño de su cargo” ante los tribunales de los demás Estados, sin distinción alguna en razón del carácter “oficial” o “privado” de sus actos (parágrafos 54 y 55), e incluso en el caso de que se sospeche que hubieran cometido “crímenes de guerra” o “crímenes de lesa humanidad” (parágrafo 58).

Ahora bien, la inmunidad de jurisdicción penal durante el desempeño del cargo no significa –según la Corte– impunidad respecto de los delitos que puedan haber cometido, con independencia de su gravedad (parágrafo 60), de ahí que puedan ser procesados en cuatro concretas circunstancias expresamente señaladas en la mencionada sentencia: en primer lugar, tales personas no disfrutaban de inmunidad en sus propios países y pueden, por tanto, ser juzgados en ellos, de acuerdo con las reglas del derecho interno; en segundo término, es posible que el Estado al que representan o han representado decida renunciar a la inmunidad ante los tribunales extranjeros; en tercer lugar, después de expirado su mandato, ya no disfrutarán de inmunidad total sino únicamente por los actos que hubieran realizado en ejercicio de sus funciones; por último, pueden ser procesados, tanto durante el desempeño de su cargo como tras la finalización del mismo, por ciertos tribunales penales internacionales jurisdiccionalmente competentes (parágrafo 61).

A la vista de este pronunciamiento, reiterado en otros posteriores de la propia Corte, cabe concluir que las inmunidades jurisdiccionales de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores ante los tribunales penales de otros Estados es “absoluta o total” durante su mandato, incluso por actos realizados al margen de sus funciones oficiales (inmunidad *rationae personae*), y “relativa o limitada” después de la finalización del mismo, ya que en este caso sí podrán ser juzgados por actos que no hubieran efectuado en el ejercicio de sus funciones oficiales (inmunidad *rationae materiae*). Estas mismas reglas de derecho consuetudinario internacional han sido expresamente asumidas por la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas en el proyecto de artículos del Convenio sobre inmunidad jurisdiccional penal de los funcionarios del Estado, según la redacción dada en el sexagésimo sexto periodo de sesiones que tuvo lugar en el año 2014.

La inmunidad de las altas magistraturas del Estado durante el desempeño de sus cargos (inmunidad *rationae personae*) nunca ha sido puesta en cuestión. En cambio, el alcance de la inmunidad de que siguen disfrutando cuando termina su mandato (inmunidad *rationae materiae*) no es algo pacífico: la discusión gira en torno a la interpretación que debe darse a la expresión “en el ejercicio de sus funciones” que se emplea en los Convenios sobre relaciones diplomáticas, relaciones consulares y misiones especiales y que, desde tales normas, ha pasado a formar parte del acervo consuetudinario internacional en materia de inmunidades. Sobre este particular se han mantenido dos posiciones bien diferenciadas: para unos, todos los actos realizados por los Jefes del Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores en su condición de tales deben entenderse efectuados en el ejercicio de sus funciones. Para otros, solo merecen esta consideración los actos que puedan encuadrarse dentro de las funciones propias u oficiales de tales cargos y no aquellos otros que, aun habiendo sido realizados en la condi-

ción de Jefe del Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores, no forman parte de tales funciones, como es el caso –dicen– de los crímenes internacionales. Buen reflejo de ambas posiciones se encuentra en las opiniones expresadas a finales de 1998 por los cinco Lores de apelación en el asunto Pinochet, que concluyó con la denegación de la inmunidad *rationae materiae* al antiguo Jefe del Estado chileno por los crímenes de lesa humanidad que se le imputaban: para la mayoría de los Lores, no todos los actos efectuados por un Jefe del Estado en su condición de tal podían ser calificados como actos realizados en el ejercicio de sus funciones; en particular, los crímenes de lesa humanidad –dijeron– no forman parte de los cometidos propios de un Jefe del Estado y, por ello, no se benefician de inmunidad después de la finalización de su mandato.

Como puede apreciarse, esta misma interpretación es la que propugna el Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido en relación con el anteproyecto sometido a consulta, al proponer que se limite la inmunidad jurisdiccional penal de los antiguos Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en caso de graves crímenes internacionales, por cuanto estos actos –dice el Consejo– no pueden entenderse amparados en el ejercicio de sus funciones. En esta propuesta late, en realidad, una preocupación por el futuro de la denominada “justicia universal” en relación con aquellos crímenes que, como los de lesa humanidad, son imputables en última instancia a las altas magistraturas del Estado, pues, en razón de las inmunidades reconocidas en el anteproyecto, tales delitos no podrían ser perseguidos por los tribunales españoles, ni siquiera cuando aquellos hubieran cesado en sus cargos.

A juicio del Consejo de Estado, la introducción de límites a la inmunidad jurisdiccional penal de los antiguos Jefes del Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos en caso de crímenes internacionales es una cuestión que no puede ni debe plantearse ligada a la extensión de la jurisdicción penal española fuera de nuestras fronteras. Cabe recordar, a este respecto, las atinadas consideraciones realizadas por la Corte Internacional de Justicia, en la sentencia antes mencionada, acerca de la necesidad de distinguir las reglas de competencia de los tribunales y el régimen de inmunidades jurisdiccionales: “Las normas que rigen la competencia de los tribunales nacionales han de distinguirse claramente –dijo la Corte– de aquellas que establecen las inmunidades jurisdiccionales: la competencia jurisdiccional no entraña ausencia de inmunidad, en tanto que la ausencia de inmunidad no implica competencia: así pues, aunque diversas convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de ciertos crímenes graves imponen a los Estados obligaciones de persecución o extradición que les exige ampliar su competencia penal, esta ampliación de competencia en modo alguno afecta a las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario” (parágrafo 59).

Con esto no quiere decirse que la introducción de posibles excepciones a la inmunidad jurisdiccional penal de los antiguos Jefes del Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en el supuesto de crímenes de lesa humanidad carezca de fundamento, sino tan solo significarse que dicho planteamiento no puede formularse desde las premisas de la llamada “justicia universal”. En realidad, la costumbre internacional siempre ha reconocido –como dijo la Corte Internacional de Justicia en el pronunciamiento antes señalado– que la inmunidad jurisdiccional *rationae materiae* de estos altos cargos no es absoluta o total después de la finalización de su mandato y se circunscribe únicamente a los actos que hayan realizado en el ejercicio de sus funciones, de forma que podrán ser procesados por aquellos otros que no merezcan tal calificativo. Tal es la inveterada regla de la que partió la Cámara de los Lores para concluir, sin necesidad de apelaciones de ningún género a los postulados de la justicia universal, que los crímenes internacionales no pueden entenderse comprendidos dentro del ejercicio de las funciones oficiales de un Jefe del Estado y que quienes cometen tales actos carecen de la inmunidad que les concede el Derecho internacional una vez hayan cesado en sus funciones. Y tal es la regla desde la que, a juicio de este Consejo de Estado, debe analizarse lo dispuesto en el art. 23.1º del anteproyecto sometido a consulta.

Este precepto limita la inmunidad jurisdiccional de los antiguos Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores a “los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, con el alcance que determina el Derecho internacional”. En tales términos, el precepto respeta los principios de la práctica internacional que acaban de ser expuestos.

Cuestión distinta es que el sentido de la expresión “en el ejercicio de sus funciones oficiales” no tenga unos perfiles claramente definidos ni en la costumbre ni en la jurisprudencia internacionales, surgiendo así la duda de si todos los actos realizados por los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, en su condición de tales, deben considerarse ejecutados en el ejercicio de sus funciones oficiales, o si únicamente han de merecer esta consideración los que entren dentro de las competencias propias del cargo y no aquellos otros que, aun habiendo sido efectuados en tal condición, se exceden de los cometidos inherentes a dicho oficio público, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad.

Esta duda no se resuelve en el anteproyecto por el hecho de que su art. 29 disponga que “lo dispuesto en el presente título (el título II, relativo a las inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero) no afectará a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, ni a sus compromisos con la Corte Penal Internacional”. Este precepto se limita a dejar constancia –a resultas de una observación formulada por el Consejo Fiscal– de que el Reino de España colaborará con los tribunales penales internacionales competentes y, en particular, con la Corte Penal Internacional, en la persecución de tales crímenes, pero no aclara si el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero puede ser juzgado en España por crímenes internacionales.

En este estado de cosas, la cuestión de si los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros gozan de inmunidad jurisdiccional en España por tales crímenes, una vez finalizado su mandato, se remite a la interpretación que los órganos jurisdiccionales nacionales realicen de la expresión “en el ejercicio de sus funciones oficiales” que emplea el art. 23.1º del anteproyecto. Ciertamente, esta solución tiene la ventaja de que los tribunales españoles podrán ponderar las variadas circunstancias internacionales de cada supuesto concreto, determinando, en función de ellas, si un concreto acto que se reputa delictivo puede o no considerarse realizado en el ejercicio de las funciones oficiales de tales magistraturas. Cabe admitir, sin embargo, que determinados crímenes, por su especial gravedad, en ningún caso pueden entenderse amparados en el ejercicio de las funciones oficiales de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores. Por tal razón y dado que el principal objetivo del anteproyecto es que los órganos jurisdiccionales nacionales dispongan –tal y como se dice en la memoria– de “textos de referencia que establezcan el alcance de las inmunidades”, debería ponderarse la sugerencia, formulada por el Consejo General del Poder Judicial, de introducir nominalmente determinadas excepciones a la regla de la inmunidad jurisdiccional penal *rationae materiae* prevista en el art. 23.1º del anteproyecto, en caso de graves crímenes internacionales.

En otro orden de cosas y para finalizar ya con este apartado, debe repararse en que la rúbrica del capítulo I del título II del anteproyecto (“Inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio”) es inexacta, porque en el mismo no se regula únicamente la inmunidad de tales personas (art. 22), sino también su inviolabilidad (art. 21), como ha observado el Consejo Fiscal.

C) Inmunidades de los buques de guerra y los buques y aeronaves de Estado

El título III del anteproyecto (arts. 30 a 32) regula las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los buques de guerra y de los buques y aeronaves de Estado, en términos compatibles con lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Montego Bay, 1982) y en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1948).

Las definiciones de “buque de guerra” y “aeronave de Estado” contenidas en el art. 2, letras f) y g), del anteproyecto se adecuan igualmente a lo previsto en tales Convenios. En cuanto a la definición de buque de Estado establecida en el art. 2, letra e), del anteproyecto, procede insistir –pues ya lo ha destacado el Consejo Fiscal– en la diferencia de redacción que existe entre ésta y la prevista en el art. 3.2º Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que, aun siendo una diferencia “menor” –como ha indicado el mencionado Consejo–, debería eliminarse “en aras de una mayor coherencia del ordenamiento jurídico”.

Por lo demás, la rúbrica actual del título III del anteproyecto (“Inmunidades del Estado respecto de los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado”) podría simplificarse, de forma que quedase redactada en los siguientes términos: “Inmunidades de los buques de guerra y de los buques y aeronaves de Estado”.

D) Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes

El título IV del anteproyecto (art. 33) regula el estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, distinguiendo en función de que estos efectivos pertenezcan a “un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz” (ap. 1) o a “cualquier otro Estado extranjero” (ap. 2).

En el primer caso, la norma proyectada carece de cualquier contenido dispositivo, porque se limita a recordar que a las Fuerzas Armadas visitantes provenientes de “un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz” les resultará de aplicación el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas (Londres, 1951).

En el segundo supuesto, en cambio, sí existe una novedad reseñable, por cuanto el anteproyecto extiende el mencionado Convenio a las Fuerzas Armadas visitantes de “cualquier otro Estado extranjero”, que, como es obvio, no se encuentran incluidas en su ámbito. Precisamente por ello, la aplicación de este Convenio se condiciona a la suscripción de un “acuerdo” entre el Ministerio de Defensa y el homólogo del Estado extranjero. El Consejo General del Poder Judicial ha observado que el anteproyecto no determina cuál es el estatuto de tales Fuerzas a falta de dicho acuerdo. La razón podría deberse a que dicho acuerdo será siempre necesario para que las Fuerzas Armadas de un país no perteneciente a la OTAN o a la Asociación para la Paz visiten territorio español, es decir, que no cabe tal visita sin previo acuerdo, por lo que no es preciso determinar el régimen jurídico aplicable en defecto de acuerdo. Así parece inferirse del informe emitido por el Ministerio de Defensa durante la tramitación del expediente. Se trata, en todo caso, de un aspecto que debe ser revisado.

E) Privilegios e inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España

El título V del anteproyecto (arts. 34 a 41) regula los privilegios e inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España.

Se trata de un régimen subsidiario respecto de lo dispuesto en los denominados “Acuerdos de sede” suscritos entre el Reino España y aquellas Organizaciones internacionales con sede u oficina en nuestro país, de los que existen numerosos ejemplos.

El Consejo Fiscal ha mostrado su “conformidad” con el contenido de este título, en cuanto supone una “regulación de mínimos, cuyos desarrollos particulares vendrán a partir de los citados Acuerdos de sede”. El Consejo General del Poder Judicial, por su parte, ha observado que “el régimen de inmunidad previsto para las Organizaciones internacionales asentadas en España se acomoda a la práctica internacional”. El Consejo de Estado coincide con ambos pareceres.

En todo caso, debe tenerse presente la creciente importancia de las Organizaciones Intergubernamentales y la conveniencia de proceder a su regulación.

F) Privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales

El título VI del anteproyecto (arts. 42 a 48) regula los privilegios e inmunidades de las Conferencias y Reuniones internacionales que se celebren en España.

En la actualidad, el régimen de tales Conferencias y Reuniones internacionales viene dado por los acuerdos ad hoc suscritos al efecto. Sin embargo, la memoria explica que, por razones de tiempo, no es infrecuente que la tramitación parlamentaria de estos acuerdos no haya culminado antes de la celebración de las Conferencias y Reuniones internacionales en cuestión, lo que obliga a la “aplicación provisional” de tales acuerdos. Con el establecimiento en el anteproyecto de los privilegios e inmunidades de las Conferencias y Reuniones internacionales, que resultarán de aplicación en defecto de lo dispuesto en tales acuerdos, se pretende evitar dicha eventualidad.

En tales circunstancias, el Consejo General del Poder Judicial ha señalado que “la inclusión de este régimen de privilegios e inmunidades en el texto del anteproyecto no puede merecer sino una favorable acogida”. El Consejo Fiscal tampoco ha planteado “objeción alguna”. El Consejo de Estado coincide nuevamente con la opinión de ambos órganos.

G) Cuestiones procedimentales

El título VII del anteproyecto (arts. 49 a 56) incorpora diversas previsiones de carácter procedimental.

Como ya se ha señalado al examinar la naturaleza normativa del anteproyecto, el contenido de este título VII no tiene carácter orgánico, salvo en su art. 56 (“Privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros y de las organizaciones internacionales durante la sustanciación del proceso”), por lo que debería indicarse tal circunstancia –es decir, el carácter no orgánico de los arts. 49 a 55– en una nueva disposición final.

Entrando en cuestiones más concretas, debería mejorarse la redacción del art. 51 del anteproyecto (“Proceso incoado contra Estados u organizaciones internacionales o contra otras personas con inmunidad”); sustituyéndose el inciso final “... si alguno de ellos es mencionado como parte en el mismo” por “... si alguno de ellos es mencionado como parte contra la que se dirige el mismo”.

Por lo demás, la redacción de los arts. 52, 53 y 54 del anteproyecto, relativos a las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales españoles, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y los Estados extranjeros, resulta un punto confuso y repetitivo, por lo que debería simplificarse y reordenarse, teniendo siempre presente la redacción con que finalmente se apruebe el art. 27 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen, puede V.E. someter al Consejo de Ministros el anteproyecto sometido a consulta, para su aprobación como proyecto de LO y posterior remisión a las Cortes Generales.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

2014–2015/Doc/3.– Informe del Consejo General del Poder Judicial de 27 junio 2014.

[...]

1.7. Título VII. Competencia judicial internacional.

203. Dentro del Libro Primero (De la potestad jurisdiccional, su titularidad y ejercicio) el Título VII se dedica a la Competencia judicial internacional (arts. 59–71). El título está a su vez dividido en cuatro capítulos, el primero dedicado a la competencia judicial internacional en el orden civil (art. 59 a 68), el segundo a la competencia judicial internacional en el orden penal (art. 69), el tercero a la competencia internacional en el orden contencioso administrativo (art. 70) y el último, capítulo cuarto, a la competencia judicial internacional en el orden social (art. 71).

204. Con carácter previo al análisis de la regulación específica en cada orden jurisdiccional, resulta conveniente recoger una observación de carácter general, común a todo el Título.

205. Nos referimos a la terminología utilizada. La LOPJ vigente regula esta materia bajo el título “De la extensión y límites de la jurisdicción” mientras que en el Anteproyecto ahora informado se opta, como hemos anticipado, por otra terminología: “competencia judicial internacional”. Entendemos que son normas de jurisdicción las que determinan en qué casos deben conocer los tribunales, o en qué casos deben hacerlo los tribunales de un Estado o, finalmente, qué orden jurisdiccional debe conocer de un asunto. Hablamos de jurisdicción en todos estos supuestos. El resto de normas que determinan el conocimiento de asuntos por los órganos jurisdiccionales sí serían propiamente normas de competencia, bien objetiva, funcional o territorial. De conformidad con este criterio lo regulado en este Título VII del Anteproyecto de LOPJ serían normas de jurisdicción, no de competencia. Ciertamente es que estos usos terminológicos no son pacíficos y que el ahora acogido en el Anteproyecto tiene su reflejo en otros cuerpos legales, como la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos arts. 36, 38 y 39 se refieren a la competencia internacional civil. Baste por tanto apuntar que la terminología habitual recogida en la vigente LOPJ, en cuanto referente a la extensión y límites de jurisdicción de los tribunales españoles, puede resultar más precisa que la elegida en el Anteproyecto.

a) Capítulo I. Competencia judicial internacional en el orden civil

206. El Capítulo I del Título VII del Libro I se refiere a la competencia judicial internacional en el orden civil. Incluye 8 preceptos (desde el art. 59 al 67) claramente inspirados en las normas de competencia judicial internacional de la Unión Europea. Ello, que, en principio, pudiera parecer adecuado, pues las normas de la UE y muy especialmente el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ya inspiró, en su día, la actual regulación, crea, no obstante, importantes distorsiones cuando no se tiene debidamente en cuenta la naturaleza radicalmente distinta de las normas de competencia judicial internacional en función de la fuente en la que se incluyan. Mientras que las normas de competencia de la Unión tienen una función distributiva y son una pieza del sistema de Derecho procesal civil europeo, las normas unilaterales que figuran en este Anteproyecto operan fuera de este marco, muy especialmente en las relaciones con Estados terceros. Es, por tanto, adecuado que mientras que aquellas normas han de inspirarse en los principios de confianza y reconocimiento mutuo y están al servicio de la integración europea y la creación de un espacio judicial europeo, éstas se han de formular en función de los intereses españoles, dentro del marco derivado del art. 24 CE. Las normas de competencia judicial internacional deben, en efecto, formularse de forma que no se someta al derecho de defensa a unos costes desproporcionados y asegurando asimismo una posibilidad razonable de accionar ante la Justicia (STC 61/2000). Ello no siempre es tenido en cuenta por el APL.

207. El primer artículo de este Capítulo, el art. 59, recoge en su primer apartado lo previsto en el art. 21 de la actual LOPJ con ligeras adaptaciones. La redacción que se propone, con su curiosa referencia a los litigios entre españoles, entre extranjeros y entre españoles, y extranjeros, debería modernizarse pues tiene su origen en el Decreto de unificación de fueros de 6 diciembre 1868 y quiere remarcar la desaparición del Fuero de extranjería, lo que resulta innecesario en la actualidad.

208. El principal objetivo del art. 59 del APL es establecer que la competencia judicial internacional en materia civil se regula en Tratados, normas de la Unión Europea y leyes internas. Se estima acertada la referencia, que no consta en el texto actual, a la normativa de la Unión Europea, habida cuenta de lo previsto en el art. 81.2º. c) TFUE y la importante normativa derivada que contiene normas de competencia judicial internacional en materia civil y mercantil. Es asimismo adecuado que se haga referencia a las leyes españolas, puesto que la competencia judicial internacional en el orden civil no se regula de forma exhaustiva en la LOPJ. Cabría, no obstante, objetar a la redacción del precepto que estas referencias no reflejen de manera adecuada el orden de prelación de las fuentes del Derecho ni la incidencia del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. Resultaría, en este sentido, preferible una referencia, en este orden, a los Tratados y Convenios en los que España sea parte, a las normas de la Unión Europea (en lugar de la expresión menos precisa técnicamente de la “normativa emanada de las instituciones de la Unión Europea”) y a las leyes españolas, que resaltara el carácter subsidiario de las leyes españolas en esta materia.

209.El segundo ap. del art. 59 APL reproduce esencialmente el contenido del art. 36 LEC, cuya derogación no está prevista. Cabe, por consiguiente, cuestionar la necesidad de reproducir este precepto en el APL. La redacción que se propone es, por otro lado, ambigua, puesto que no queda claro si los supuestos que se detallan son excepciones al conocimiento de los tribunales españoles, esto es, al ejercicio de la jurisdicción por parte de tribunales competentes, o si estamos en presencia de excepciones a la competencia judicial internacional. Esta segunda interpretación, posible a tenor del texto que se propone, resultaría especialmente inadecuada en relación a las inmunidades de jurisdicción y ejecución (literal a) del art. 59.2º APL), pues éstas se conceptúan como un privilegio del demandado, renunciable y aplicable también en otros órdenes jurisdiccionales. En relación a los apartados b) y c) del art. 59 ha de señalarse, además, que se trata de supuestos en los que los tribunales españoles ya carecen de competencia según lo establecido en el ap. 1º, por lo que la mención resulta innecesaria.

210.El art. 60 recoge los foros de competencia exclusiva y reproduce literalmente el contenido del art. 22 Reglamento 44/2001 del Consejo de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, recogido también en el art. 24 Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), que sustituirá al Reglamento 44/2001 a partir del 10 enero 2015. Podría, por consiguiente, dudarse de la necesidad de incluir una regulación de dichas competencias, pues en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea las competencias exclusivas de los tribunales españoles vienen ya establecidas en los Reglamentos UE.

211.Se estima, no obstante, conveniente un precepto como el art. 60 APL en virtud de tres consideraciones. En primer lugar, porque hay materias, como la validez de las inscripciones en el Registro civil, no cubiertas por las normas de la Unión. En segundo término, ha de tenerse en cuenta el papel de las competencias exclusivas en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras pues no procede reconocer ni ejecutar las decisiones extranjeras que vulneren las competencias exclusivas de los tribunales españoles y a este fin resulta preferible que las normas de competencia judicial directa vengan establecidas en normas internas. Finalmente ha de mencionarse el denominado efecto reflejo de las competencias exclusivas, que configuraría un deber de abstención de los tribunales españoles en aquellos supuestos en los que en virtud de los criterios establecidos en la norma española fueren competentes con carácter exclusivo los tribunales de Estados terceros, si bien se trata de una construcción doctrinal con escaso reflejo en la jurisprudencia española.

212. Pese a la valoración en principio positiva del precepto debería, no obstante, depurarse técnicamente. La segunda frase del art. 60 a) APL, que se toma del art. 22.1º Reglamento 44/2001 y del art. 24.1º Reglamento 1215/2012 tiene poco sentido en el APL, pues resulta poco inteligible la referencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro. Ello tiene sentido en un texto multilateral, que hace una distribución de asuntos entre diversas jurisdicciones estatales, pero no procede desde una perspectiva unilateral donde lo único que puede hacerse es delimitar el volumen de competencia de los tribunales españoles. En el APL podría precisarse si los tribunales españoles pueden conocer de determinados litigios relativos a bienes inmuebles sitos en el extranjero, no, en cambio, como se hace, si los órganos jurisdiccionales extranjeros pueden conocer de determinados litigios relativos a bienes inmuebles sitos en España, pues eso no puede establecerlo el legislador español.

213. Por otro lado, la referencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro desconoce que cuando es aplicable el art. 22.1º del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 30 octubre 2007 pueden conocer de dichos litigios los tribunales de un Estado vinculado por dicho Convenio aunque no sea un Estado miembro. Finalmente esta referencia resulta perturbadora en relación a la función que los foros exclusivos desempeñan en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones, puesto que si bien se reconocerán determinadas sentencias extranjeras que se pronuncien respecto a bienes inmuebles sitos en España si son aplicables los Reglamentos de la Unión o el Convenio de Lugano, dicho régimen no ha de extenderse a las decisiones de terceros Estados.

214. El ap. d) del art. 60 reproduce lo preceptuado en el art. 22.4º y 24.4º Reglamentos 44/2001 y 1215/2012 respecto las patentes, marcas, diseños industriales y modelos de utilidad. Se aparta, no obstante, de dichos preceptos al incluir también a los derechos de autor, lo que resulta inadecuado pues no se trata de derechos sometidos a depósito o registro y la competencia exclusiva se fundamenta en la necesaria intervención del Registro en la constitución del derecho. Lo previsto en el ap. d) respecto a los derechos de autor está, por tanto, en desacuerdo con la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual, que según el art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual corresponden al autor por el solo hecho de su creación. Entra asimismo en contradicción con lo establecido en el art. 5.2º del Convenio de Berna de 1886 para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que establece que el goce y el ejercicio de los derechos de autor no se subordina a ninguna formalidad y es independiente de la existencia de protección en el país de origen de la obra.

215. El art. 61 regula la sumisión a los tribunales españoles. Presenta importantes deficiencias técnicas. En el primer ap. del art. 61 resulta, en primer lugar, perturbadora la referencia genérica a la ley para concretar las materias respecto a las que cabe la sumisión expresa, pues ello sugiere que es necesario que en normas de rango legal se especifiquen dichas materias. Tampoco parece adecuado que genéricamente se establezca que los acuerdos no surtirán efecto si son contrarios a lo establecido en los arts. 63, 64, 65 y 66, pues no es fácilmente inteligible el sentido de dicha referencia. No queda claro, por ejemplo, si quiere decirse que en las materias contempladas en el art. 63 (derechos de la persona y relaciones familiares), no cabe la sumisión a los tribunales españoles, pues sí cabe en materia contractual, aunque con condiciones si se trata de contratos de parte débil, según establece el art. 64. Tampoco es evidente si cuando se excluye la sumisión expresa se excluye únicamente respecto a los tribunales españoles, pues ésta es la cuestión que se regula en el art. 61, o si quiere decirse que no cabe la sumisión a ningún tribunal extranjero, lo que resulta importante en relación a la *derogatio fori* prevista en el art. 62.4º.

216. A partir del 10 enero 2015, la sumisión a los tribunales españoles se regulará por lo dispuesto en el art. 25 del Reglamento 1215/2012, con independencia del domicilio de las partes. Esta importante novedad de la normativa de la Unión Europea tiene como consecuencia que en las materias cubiertas por el Reglamento, esto es, esencialmente en materia patrimonial, lo dispuesto en el APL no será de aplicación, lo cual no parece haya sido tenido suficientemente en cuenta en la redacción del precepto, que puede confundir al aplicador del Derecho.

217. El art. 61 APL contiene en su apartado segundo una definición de la sumisión expresa. Se incluyen asimismo los requisitos formales del acuerdo de sumisión, que sería preferible constaran en un apartado independiente habida cuenta de su importancia. Por lo que respecta a estos aspectos formales el texto del APL es especialmente rígido, pues exige en todo caso un acuerdo escrito. Parecería preferible una mayor flexibilidad, análoga a la que se observa en el Reglamento 44/2001 de forma que pudieran admitirse los acuerdos verbales con confirmación escrita, los acuerdos que se ajusten a usos del comercio que las partes conozcan o debieren conocer y las prácticas establecidas entre las partes, pues dicha flexibilidad resulta especialmente necesaria en el ámbito del comercio internacional. Aunque como se ha señalado con anterioridad en estas materias el APL será de escasa aplicación debiera optarse por especificar que no se aplica en determinadas materias o adecuar la regulación a las necesidades de aquellos sectores en los que los acuerdos de prorrogación de foro tienen mayor presencia.

218. En relación a la definición de la forma escrita, el texto asimismo mejoraría, si en lugar de una referencia superflua (las cartas siempre son por escrito), a medios obsoletos (telegrama) o indeterminados (otros medios de telecomunicación) se recogiera la más escueta y elegante definición contenida en el art. 25.2º Reglamento 1215/2012 (Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo), pues es precisamente el uso de medios electrónicos lo que puede generar dificultades.

219. El tercer ap. del art. 61.2º APL resulta asimismo confuso pues, por un lado, parece ocuparse de los acuerdos de sumisión expresa contenidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda y, por otro, deduce la existencia de un acuerdo de sumisión expresa del comportamiento de la parte demandada, quien, al no negar la existencia del acuerdo afirmado por la parte demandante, estaría acep-

tándolo. Este último supuesto no se distinguiría de la sumisión tácita, a la que se hace referencia en el art. 61.3º APL.

220. El art. 62 recoge el foro general del domicilio del demandado. A estos efectos se equipara el domicilio de la persona física a la residencia habitual y el de la persona jurídica a la sede social, su centro administración central (*sic*) (lo que es un error de redacción, debiendo optarse por su centro de administración o administración central) y el centro de actividad principal. La pluralidad de criterios tiene su origen en los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012 y se explica en dichos textos por la imposibilidad de llegar a una solución única que pudiese ser aceptada por los distintos Estados participantes en la negociación. No debería recogerse en el APL, pues genera incertidumbre. En cualquier caso sería necesario especificar el criterio del domicilio en relación al art. 60 b) APL, a fin de evitar que la definición del art. 62.2º se utilice en la interpretación del art. 60 b) y se amplíen innecesariamente los supuestos de competencia exclusiva, tal y como de hecho hacen los Reglamentos europeos. En este ámbito el criterio debería ser la sede estatutaria.

221. El foro de la pluralidad de demandados del art. 62.3º APL es una novedad que ha de valorarse favorablemente, pues la disposición del Reglamento de la Unión Europea respecto a esta cuestión no se aplica a los demandados domiciliados en Estados terceros (véase al respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-645/11 *Sapir*). Es también destacable la introducción de la derogatio fori prevista en el ap. 4 del art. 62 APL pues se trata de un aspecto no regulado en la normativa anterior.

222. El art. 63 APL recoge los foros en materia de derechos de la persona y relaciones familiares. Se considera adecuada la ampliación de la competencia de los tribunales españoles respecto a las declaraciones de ausencia y fallecimiento (art. 63.1º APL) de forma que los tribunales españoles puedan también conocer cuando el desaparecido tenga la nacionalidad española. Por lo que respecta a la capacidad de las personas y a las medidas de protección (art. 63.2º APL) se podría mejorar la redacción y depurarla a fin de evitar expresiones como “en materia sobre” o “personas con la capacidad judicialmente complementada”. En consonancia con las previsiones del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad ratificado por España (BOE, 21-IV-2008), y del Convenio de La Haya de 2000 sobre la protección de adultos, Tratado del que España no es parte pero en cuya negociación participó, sería preferible hacer referencia a la protección de las personas adultas o de los adultos con discapacidad, especificando, si se estima oportuno, que dicha protección se refiere tanto a la persona como a sus bienes. De esta forma se evitarían dificultades en relación a instituciones extranjeras que no prevean la intervención judicial para complementar la capacidad.

223. En relación a los apartados c), d) y f) del art. 63 APL la redacción genera confusión respecto a la incidencia de normativa de la Unión Europea y convencional. En materia de divorcio, separación y nulidad el Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, establece en sus arts. 6 y 7, que las normas internas de competencia judicial internacional solo se aplicarán si los criterios de competencia recogidos en el art. 3, que son los mismos que recoge el APL, no atribuyen competencia a los tribunales de un Estado miembro. La redacción del art. 63.c) puede inducir a error, pues no tiene en cuenta que, como ha subrayado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 29 noviembre 2007 en el asunto *Sundelind López* (Asunto C-68/07), las normas internas de competencia judicial internacional solo son aplicables cuando el Reglamento no atribuya el conocimiento del asunto a ningún Estado miembro. Este aspecto debería establecerse claramente en el APL y no deducirse únicamente del orden de prelación de fuentes establecido en el art. 60. Debería asimismo mejorarse la relación de las normas del APL con los Reglamentos 2201/2003 y 4/2009 así como con los Convenios de la Haya de 1996 en materia de protección de niños y de 2007, en materia de alimentos y en cualquier caso evitarse que cuestiones no reguladas en las normas de la Unión Europea como la filiación o las relaciones personales entre cónyuges sean objeto del mismo precepto que cuestiones reguladas.

224. Finalmente, en materia de adopción internacional bastaría la referencia genérica a la Ley de adopción internacional en lugar de la reiteración de los foros de competencia judicial internacional

contenidos en dicha ley, en coherencia con la decisión del legislador de que la competencia judicial internacional pueda regularse en leyes distintas a la LO.

225. El art. 64 APL contiene las normas de competencia judicial internacional en materia “derecho de obligaciones y contratos” (se trata de un error de redacción, pues la competencia se establece en materia de obligaciones y contratos o en materia de Derecho de obligaciones y contratos siendo preferible desde un punto de vista técnico la primera expresión). No encajan en este precepto las disposiciones en materia de sucesiones, que podrían ubicarse en el artículo anterior y sobre derechos reales sobre bienes muebles cuya reubicación es más compleja, pues no tiene cabida en ninguno de los preceptos del APL.

226. En materia de obligaciones contractuales es acertada la desaparición del lugar de celebración del contrato como criterio atributivo de competencia habida cuenta que puede no guardar suficiente relación con el contrato y es de difícil determinación en el caso de los contratos celebrados a distancia. No parece, en cambio, acertado que el foro recogido sea el lugar de cumplimiento de la obligación “objeto la demanda” (se trata de un error de redacción pues sería objeto de la demanda), aunque sea el que se recoge en las normas de la Unión Europea. Este foro conduce a la dispersión de los litigios en función de la obligación que sea objeto de la demanda y plantea importantes dificultades de aplicación, pues puede obligar a determinar el Derecho aplicable al contrato si el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa no se establece en el propio contrato. Todas estas cuestiones han dado lugar a una importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a innumerables críticas doctrinales. Ha de tenerse en cuenta además que estas dificultades se acrecientan si la norma de competencia judicial internacional no es parte de un sistema en el que confluyen un grupo de Estados, pues la dispersión del litigio obligará a plantear demandas respecto a un mismo contrato en España y Estados terceros, de difícil acceso para el demandante español, que es quien puede tener un mayor interés en acudir a los tribunales españoles.

227. Tampoco parece adecuado el foro en materia de obligaciones extracontractuales, pues es de difícil aplicación en los supuestos en los que el hecho generador del daño y el daño se producen en distintos Estados no resultando claro si los tribunales españoles son competentes únicamente en el supuesto de que se produzca en España el hecho que causa el daño o cabe interponer la demanda en España solamente si es el daño el que se verifica en nuestro país, cualquiera de los dos criterios atribuye indistintamente competencia a los tribunales españoles o si por el contrario han de confluir ambos. Tampoco se establece con claridad si basta que se verifique en España cualquier daño o ha de tratarse de un daño directo.

228. En materia de contratos de consumo (ap. d) del art. 64 APL) no resulta adecuado un sistema que permita a un consumidor con residencia en España interponer una demanda en España aunque el comerciante carezca de vínculo alguno con el territorio español y el contrato hubiere tenido lugar con ocasión de un desplazamiento al extranjero del consumidor. Este sistema se aparta significativamente del establecido en las normas de la Unión Europea que parecen haber inspirado el precepto, pues no incorpora la distinción entre consumidor activo y pasivo de dichas normas. La intervención de los tribunales españoles en supuestos en los que el comerciante no ha dirigido su actividad al mercado español difícilmente tendrá efectividad alguna, pues las decisiones no serán reconocidas y ejecutadas en el Estado en el que esté establecido el empresario.

229. Por lo que respecta a las sucesiones por causa de muerte ha de tenerse en cuenta que el Reglamento 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que será aplicable a partir del 17 agosto 2015, regula de manera exhaustiva la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros. Este extremo, que se resalta en el ap. 30 del Preámbulo del Reglamento, significa que las normas de la Unión Europea desplazarán a las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros y que éstas no tendrán ocasión de aplicarse, por lo que es cuestionable la conveniencia de introducir normas sobre sucesiones por causa de muerte en el APL.

230. El art. 66 APL recoge lo dispuesto en el art. 22.5º LOPJ y establece que los tribunales españoles serán competentes para adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto a personas o bienes que se hallen en España si dichas medidas han de cumplirse en España. Dicha disposición debería complementarse para mayor claridad con otra que establezca que cuando los tribunales españoles sean competentes a título principal podrán adoptar las medidas provisionales y de aseguramiento aun cuando no se verifiquen las circunstancias anteriores, pues ello ha generado dudas interpretativas.

231. La inclusión del art. 67 APL obligaría a revisar el contenido de la LEC, pues muchas de las cuestiones a las que se refiere ya están reguladas en dicha norma. Los aps. 1º y 3º parecen referirse a la misma cuestión, pues establecen la falta de competencia de los tribunales españoles si su competencia no estuviere establecida en las disposiciones de la presente ley (lo que no resulta coherente con lo establecido en el art. 59 que establece que la competencia judicial internacional en materia civil puede regularse en otras leyes tal y como de hecho ocurre con la adopción internacional). Por otro lado y por lo que respecta al ap. 2º no resulta adecuado que se estipule que la competencia se apreciara en el momento de interposición de la demanda, pues en ese momento difícilmente se habrá producido a sumisión tacita prevista en el art. 61.3º APL. Se establece asimismo en el art. 67.2º la *perpetuatio fori*, esto es que los tribunales españoles continuarán siendo competentes aunque se modifiquen con posterioridad las normas o circunstancias que fundamentaron su competencia inicial. Ello puede resultar adecuado en relación a algunas materias, pero no respecto a otras, como por ejemplo la protección de incapaces, pues posiblemente deje de tener sentido un pronunciamiento judicial español si con posterioridad al inicio del proceso el sujeto objeto de protección establece su residencia en el extranjero.

232. Es objeto de valoración positiva que el segundo ap. del art. 67.3º (que merecería ser objeto de un apartado o incluso de un precepto independiente) desarrolle legalmente el *forum necessitatis* que actualmente ha de fundarse directamente en el art. 24 CE. No acaba de entenderse, no obstante, la referencia en la segunda frase a que los tribunales españoles no podrán declinar su competencia en materia de reconocimiento y ejecución en España de decisiones judiciales extranjeras, pues esa es una materia contemplada en el art. 60 e) como materia de competencia exclusiva y en este tipo de materias la competencia se aprecia de oficio.

233. El art. 68 contiene una importante novedad pues regula la litispendencia internacional. Presenta algún error de redacción (cuando se alude a “una la misma causa de pedir”) y recoge el criterio del *prior temporis* que inspira a la legislación de la Unión Europea. Ha de tenerse, sin embargo, en cuenta que el precepto tendrá una aplicación escasa pues la litispendencia respecto a Estados terceros se regula en el art. 33 del Reglamento 1215/2012, que será de aplicación a partir del 10 enero 2015. Este precepto podría, por otra parte, servir de modelo para mejorar la redacción confusa del precepto.

[...]

ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

2014–2015/Doc/4.– Informe del Consejo General del Poder judicial de 30 septiembre 2014.

[...]

IV. Consideraciones generales sobre el Anteproyecto.

El presente Anteproyecto da cumplimiento a lo dispuesto en la Disposición Final Vigésima LEC del año 2000, que preveía que, en el plazo de seis meses a contar desde la fecha de su entrada en vigor, el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil. Parecía ya evidente hace casi tres lustros que las escasas disposiciones sobre la materia contenidas en la LOPJ (arts. 276–278) y aquellas que tangencialmente se referían a la misma en la

propia LEC (art. 144, 177) no daban respuesta a las necesidades de una sociedad moderna y abierta como la española.

El hecho de que en esta materia estén en vigor diversos Tratados multilaterales y bilaterales así como Reglamentos de la Unión Europea no aminora la necesidad de contar con normas internas sobre la materia, puesto que las reglas convencionales y europeas no cubren toda la materia, ni se aplican respecto a Estados terceros. Que respecto a una cuestión se aplique un Reglamento o Tratado no implica, por otra parte, que el Reglamento o Tratado no requiera de normas de desarrollo para resolver cuestiones de engarce entre la normativa supranacional e interna sobre las que el Tratado no puede, por su propia naturaleza, pronunciarse, no siendo infrecuente que el propio instrumento remita al Derecho interno. Por consiguiente, una Ley de cooperación jurídica internacional como la proyectada obedece a una necesidad imperiosa, pues la falta de un entramado legislativo adecuado impide a jueces y tribunales enfrentarse a los cada vez más numerosos y complejos asuntos internacionales que se les plantean con la seguridad y eficacia que requiere la prestación de un servicio público esencial como el de la Administración de justicia.

Pese a una valoración, por tanto, en general positiva de la norma proyectada no pueden, sin embargo, dejar de ponerse de manifiesto algunos defectos, cuya subsanación supondría una mejora en la calidad y eficacia del texto normativo proyectado. En este apartado se realizarán una serie de observaciones de carácter general y en el siguiente se incluirán comentarios individualizados a algunos de los preceptos del Anteproyecto.

El Anteproyecto versa sobre la cooperación jurídica internacional, aunque a lo largo del texto y especialmente en la exposición de Motivos se haga también referencia a los conceptos de asistencia judicial internacional o auxilio jurídico internacional, que, pese a diferencias de matiz, han de considerarse sinónimos. A fin de evitar dudas interpretativas resultaría preferible utilizar sistemáticamente el primero de los conceptos, pues es el utilizado en la DF 20ª LEC y el propio título de la ley proyectada.

Sería asimismo conveniente que la Exposición de motivos explicitara que el concepto de cooperación jurídica internacional se utiliza de una manera muy amplia pues incluye materias que, como la litispendencia y la conexidad internacionales, el reconocimiento y ejecución de sentencias o la información y prueba del Derecho extranjero, *strictu sensu*, son ajenas al concepto y tradicionalmente se han regulado en otros cuerpos normativos, como la LEC o la LOPJ.

En relación a la LOPJ ha de señalarse que la norma proyectada entra en contradicción con lo preceptuado en sus arts. 276 a 278. En el art. 276 se establece que las peticiones de cooperación jurídica internacional se elevarán por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, quien las transmitirá al Estado requerido. En cambio, en la norma proyectada se prevé que las solicitudes de cooperación judicial internacional acordadas por las autoridades españolas se eleven mediante oficio directamente al Ministerio de Justicia (art. 12.1ª). En principio, y mientras esté en vigor la LOPJ de 1985 existe una contradicción entre ambas disposiciones, pues habida cuenta del carácter orgánico del art. 276 LOPJ no cabría considerar derogado este precepto en virtud de la Disposición derogatoria única de la LCJI. Lo mismo ha de predicarse en relación a las causas de denegación de la cooperación jurídica internacional, pues difieren las establecidas en los vigentes arts. 277 y 278 LOPJ de las previstas en el art. 14 de la proyectada norma.

Esta contradicción se resolvería si la promulgación de la LCJI fuera posterior o coetánea a la del anteproyecto de LOPJ, pues el texto aprobado por el Consejo de Ministros omite toda referencia a la cooperación jurídica internacional. De aprobarse el APL de LOPJ tal y como fue aprobado por el Consejo de Ministros se generaría, sin embargo, una duplicidad respecto a la regulación de la litispendencia, pues la misma se aborda tanto en el art. 39 LCJI como en el art. 68 de la proyectada LOPJ. Puesto que la LOPJ y la Ley de cooperación jurídica internacional están estrechamente relacionadas resulta esencial que ambas reformas se lleven a cabo de manera coordinada a fin de evitar dificultades de interpretación y aplicación.

La relación del presente APL con el resto del ordenamiento jurídico español resulta en ocasiones poco clara. Se afirma, con carácter general, en el art. 2 que la norma es de aplicación subsidiaria y rige en

defecto de Tratado internacional y Reglamento de la Unión Europea. Sin embargo, y como se ha señalado antes, no es infrecuente que los Tratados y Reglamentos excluyan algunas cuestiones de procedimiento que no pueden, por su propia naturaleza, ser objeto de un tratamiento uniforme. Con carácter general, puede decirse que el legislador español no siempre ha estado atento a la necesidad de dictar normas de desarrollo o “implementación” de las disposiciones convencionales y reglamentarias, tal y como se hace regularmente en los Estados de nuestro entorno. La tan largamente postergada Ley de cooperación jurídica internacional podría ser la norma idónea para introducir dichas disposiciones, que resultan imprescindibles para el adecuado cumplimiento de las obligaciones derivadas de Tratado o Reglamento de la UE. Podría, por tanto, pensarse en recoger en esta norma preceptos ya vigentes como los contenidos en la D.F 21ª y 22ª LEC que se introdujeron en virtud de una norma que poco tenía que ver con la materia como la Ley 19/2006, de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Parecería, además, oportuno aprovechar la presente norma para dictar normas de desarrollo de los Reglamentos 2201/2003 en materia matrimonial y de responsabilidad parental, del Reglamento 4/2009, de alimentos, del Reglamento 650/2012, de sucesiones y del Reglamento 1215/2012, sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil. Todo ello redundaría en una mejora sustancial de la práctica en esta materia, que se ve lastrada por la ausencia y/o dispersión de normas.

En el art. 2 b) del Anteproyecto se establece asimismo que serán de aplicación preferente las normas sectoriales específicas. La Disposición adicional primera especifica que tienen la consideración de normas especiales los arts. 199 a 230 de la Ley concursal, los arts. 25 a 31 de la Ley de adopción internacional, los arts. 94 a 100 LRC y el art. 67.1º de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias (sin especificar) conforme a la redacción dada por la Ley 3/2014.

El 2 de agosto el Consejo de Ministros remitió al Congreso el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Este texto contiene normas de Derecho internacional privado en los arts. 9 a 12, que asimismo deberían tener la consideración de normas sectoriales específicas y ser objeto de mención en la citada Disposición Adicional primera.

Existe, además, una falta de concordancia entre lo dispuesto en el citado art. 2 y el tercer párrafo de la Exposición de Motivos que excluye a materias no contempladas en la D.A. Primera como los actos de cooperación para facilitar la presentación de demandas, la asistencia jurídica gratuita, la obtención de alimentos, la tutela cautelar en sentido amplio o la sustracción internacional de menores en virtud de que tienen un mejor encaje en normativa legal específica. En algunos casos (p.ej. en materia de asistencia jurídica gratuita o sobre sustracción internacional de menores) existe, en efecto normativa, que debería mencionarse en la citada Disposición Adicional. En otros, en cambio, (p. ej. en materia de alimentos) no existe en estos momentos en vigor regulación sectorial específica. Conforme a lo dispuesto en el art. 2 APL, la Ley de cooperación jurídica internacional sería, por tanto, plenamente aplicable a estas materias. Si, por razones que convendría explicitar en la Exposición de Motivos, se optara por excluirlas se tendría que realizar una exclusión material en el art. 1, añadiendo a tal efecto un nuevo apartado. Ello tendría, sin embargo, como consecuencia que no se podrían aplicar a dichas materias las normas relativas a la prueba del Derecho extranjero o sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras y, por tanto, parece poco factible. De ahí que sea preferible que la presente ley se aplique también a estas materias y que se corrija en este sentido la Exposición de Motivos.

Es problemática la referencia al principio de reciprocidad en el art. 3, que se ubica en el Título Preliminar bajo la rubrica “Disposiciones Generales”. Una interpretación sistemática del precepto conlleva que el principio de reciprocidad se proyecte sobre todas las materias que se regulan en el APL. En relación a alguna el principio de reciprocidad tiene difícil justificación y es de muy difícil aplicación. Así ocurre, por ejemplo, en relación a la litispendencia y la conexidad, pues obligaría a verificar si en el Estado extranjero en el que se ha planteado un proceso con identidad de partes, objeto o causa existe o no una regulación de la litispendencia o de la conexidad internacionales, lo cual poco tiene que ver con los criterios de buena Administración de Justicia que han de guiar la aplicación de la litispen-

dencia internacional. De aplicarse el principio de reciprocidad en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras el sistema diseñado en el APL se alteraría significativamente, puesto que no cabría reconocer ni ejecutar las decisiones dictadas en Estados que, a su vez, no reconocieran las decisiones españolas.

Con carácter general, puede afirmarse que la exigencia de reciprocidad carece de sentido fuera del estricto ámbito de la cooperación en materia de, esencialmente, notificaciones y obtención de pruebas. Así se prevé en el vigente art. 277 LOPJ conforme al cual, en defecto de Tratado o Convenio, los Juzgados y Tribunales españoles prestarán a las autoridades judiciales extranjeras la cooperación que les soliciten en razón de reciprocidad. En estas materias las autoridades del Estado requirente y requerido han de colaborar en la gestión de expedientes concretos y, por tanto, puede tener cierta relevancia el principio *quid pro quo*. Por tanto, de optarse por el mantenimiento de la reciprocidad sería conveniente reubicar el art. 3.1º en el Título Primero, posiblemente entre los actuales arts. 5 y 6.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que conforme a las modernas tendencias de la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil el mantenimiento del principio de reciprocidad resulta muy cuestionado, pues no deja de ser un mecanismo de retorsión que puede perjudicar los intereses de ciudadanos particulares que nada tienen que ver con la mayor o menor disposición a cooperar del Estado requirente. Puede incluso tratarse de ciudadanos españoles o con importantes intereses y vínculos con España. Por tanto, el mantenimiento del principio de reciprocidad podría colisionar con los derechos e intereses de particulares y resultar contradictorio con lo dispuesto en el art. 3.2º APL (En la interpretación y aplicación de la presente Ley se procurará asegurar una tutela internacionalmente efectiva de los derechos e intereses legítimos de los particulares”). De ahí que fuere preferible una regulación más flexible que partiera de la no exigencia de la reciprocidad y permitiera al Gobierno establecer, mediante RD, que las autoridades españolas no cooperasen con las autoridades de un Estado extranjero cuando exista una denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades de dicho Estado.

[...]

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO SOBRE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2014-2015/Doc/5.- Informe del Consejo General del Poder Judicial de 30 septiembre 2014.

[...]

VI. Conclusiones

Primera.- Con carácter general, el Proyecto no innova en relación con los aspectos sustantivos de la adquisición de la nacionalidad española por residencia, limitándose a determinar los órganos competentes para su tramitación, y a establecer un procedimiento administrativo para la gestión de estos expedientes, ágil y preferentemente electrónico en todas sus fases. No obstante, el procedimiento previsto en el Proyecto no es completo y detallado, remitiendo la concreción de algunos aspectos que pueden ser sustanciales para su eficacia bien a la orden ministerial, bien a un eventual Convenio de colaboración a suscribir entre la DGRN y el Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos de España. Dicho Convenio, del que no se concretan aspectos sustantivos, debe prever un régimen de responsabilidad de los gestores administrativos, en tanto se convierten en receptores de la documentación acreditativa de la solicitud y de las resoluciones administrativas que se adopten al respecto, y su necesaria comunicación al interesado, puesto que el momento en que se realicen esas comunicaciones es determinante para el cómputo de plazos.

Segunda.— Debería considerarse la posibilidad de hacer coincidir la entrada en vigor del Proyecto (prevista para el 1 enero 2015) con la LRC en la que encuentra su habilitación (establecida para el 15 julio 2015).

Tercera.— En cuanto al procedimiento a seguir, sería aconsejable una mayor claridad en punto a colegir si la utilización de los medios electrónicos tiene carácter obligatorio o facultativo para el particular interesado, y, en caso de que la intención del Proyecto sea establecer su carácter obligatorio, reconsiderar la posibilidad de admitir la elección del interesado, o cuando menos facilitar la utilización de los medios electrónicos de forma que para el interesado el recurso a los mismos, que pretende facilitar la tramitación y la agilidad del procedimiento, no se convierta en una carga, incluso económica si precisa de la asistencia de un gestor en el proceso de recopilación y digitalización de los documentos.

Cuarta.— Desde una perspectiva de técnica legislativa, de carácter terminológico se advierte que el Proyecto, al referirse al solicitante, en ocasiones le denomina interesado (así los arts. 4, 8, 9.3º, 10), y en otras promotor (art. 5.3º), creando la duda de si cuando identifica al promotor se refiere al interesado o al gestor, que tramita el expediente a cargo del interesado, cuestión que convendría clarificar para evitar posibles disfunciones y problemas en cuanto a la notificación de resoluciones y cómputo de plazos.

Quinta.— En cuanto a la valoración del grado de integración en la cultura y sociedad española, el Proyecto no contiene una definición de este concepto jurídico indeterminado, ni recoge precisión o concreción alguna del mismo, habilitando, por medio del art. 5.1º del Proyecto y de la Disposición final primera del mismo, al Ministro de Justicia para determinar, mediante orden ministerial, los documentos que se debe incorporar y para regular “la prueba oficial de evaluación de conocimientos de la lengua y cultura españolas, que diseñará y administrará el Instituto Cervantes”. Dada la esencialidad de la concurrencia de la apreciación de este requisito para la concesión de la nacionalidad española por residencia, como ha sostenido el Tribunal Supremo, y el elevado grado de conflictividad que presenta la materia, parece que el Proyecto debiera contener los elementos esenciales que definan la evaluación de estos conocimientos, determinando los elementos que lo integran y su grado de exigencia, sin perjuicio de que sea posible una remisión a la Orden ministerial a efectos de la aplicación de tales aspectos. Por tanto, parece que el Proyecto debiera contener una regulación sustantiva de los elementos esenciales de esta materia, y no dejar tan amplio margen de libertad a la Orden Ministerial, que, antes bien, por su propia naturaleza es una disposición de marcado carácter ejecutivo y orgánico, no la más indicada para proceder a regulaciones materiales de aspectos vinculados con el estatuto personal de los individuos.

Sexta.— Por lo que se refiere a la intervención en el procedimiento del Instituto Cervantes y la encomienda del diseño y administración de tales pruebas de evaluación, se ha de señalar que, en atención a las funciones atribuidas al mismo por la Ley 7/1991, por la que se crea el Instituto Cervantes, sus competencias son fundamentalmente de carácter de fomento y promoción de la enseñanza, estudio y uso del español, resultando difícil incardinar en su elenco competencial una atribución de la naturaleza y la extensión prevista en el Proyecto. Por lo que se recomienda que, en caso de atribuir esta competencia al mencionado Instituto, se proceda a modificar su ley reguladora a fin de incorporar expresamente la misma al elenco de sus funciones.

Séptima.— El establecimiento de un procedimiento objetivo de validación del nivel de conocimiento preciso para dar por satisfecho el cumplimiento del requisito del grado de integración social de forma suficiente, y la atribución de su aplicación y valoración a un órgano con un grado de autonomía, como la que la Ley 7/1991, atribuye al Instituto Cervantes, debe reputarse positiva, por cuanto contribuirá a objetivar estas valoraciones, y reducirá el margen de discrecionalidad, facilitando el control de estas resoluciones; si bien esta valoración positiva pasa por recoger en el texto del Proyecto, como se explica en el Informe, los elementos esenciales de estas pruebas de evaluación, detallando los contenidos a que pueden referirse, el modo en que se desarrollará la evaluación, los criterios de valoración, el órgano encargado para la misma, no bastando a tal efecto, una referencia general al Instituto Cervantes, y la documentación de la prueba, a efectos de su posterior control en caso de recurso. A estos efectos, cabría recurrir a los criterios sostenidos de forma constante por la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Supremo en la materia.

Octava.— Respecto al art. 10 del Proyecto, que extiende la exigencia de buena conducta cívica con posterioridad al reconocimiento de la nacionalidad, al plazo que media entre tal reconocimiento y el momento de su inscripción, convirtiendo esta exigencia no sólo en requisito para la obtención de la nacionalidad solicitada, conforme establece el Código civil, sino en requisito para la eficacia de la misma, cabe interpretar que, como se expone en el texto de este Informe, se trata de una exigencia intrínseca al régimen de adquisición plena, válida y eficaz de la nacionalidad española por residencia, como también sostiene la DGRN, y se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; pues, la adquisición no se perfecciona hasta que la misma se inscribe en el Registro Civil, constituyendo esta inscripción el último elemento de un procedimiento complejo. De ahí, que resulte coherente que la exigencia de cumplimiento de los requisitos previstos al efecto por el Código civil sea también relevante y despliegue efectos en esta fase constitutiva que es la de inscripción, y que determina la eficacia de la concesión de la nacionalidad. No obstante lo anterior, sería recomendable incorporar el mantenimiento de este requisito de forma explícita en el Código civil, mediante su modificación.

Novena.— De otro lado, el art. 10 del Proyecto no determina las consecuencias que puedan derivarse de la constatación de no haberse seguido esta buena conducta cívica, ni el modo en que habrá de procesarse para su verificación. En este punto, resultaría recomendable para la máxima eficacia del precepto propuesto, en primer término, que se facultase expresamente al Encargado del Registro para recabar los informes pertinentes al efecto, por sí mismo, o bien recurriendo para ello a la Dirección General que ostenta facultades al respecto, y, en segundo lugar, que se previese que la constatación de la inobservancia de esta buena conducta cívica paralice la inscripción en el registro y, por tanto, la plena, eficaz y válida adquisición de la nacionalidad española, hasta que se resolviese sobre los efectos que dicho incumplimiento debe tener sobre la adquisición de la nacionalidad.

Décima.— Esta misma argumentación podría extenderse a la exigencia, también recogida en este art. 10 del Proyecto y con los mismos efectos, en cuanto a que el solicitante no haya perdido su condición de residente legal en España. Así mismo, a la vista de la redacción del Código civil y de la casuística que plantean estos supuestos en la jurisprudencia, esta previsión debería incorporarse al Código civil, al igual que en el caso anterior, mediante la correspondiente reforma, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, y dejando a salvo los supuestos en que de las circunstancias se deduzca la voluntad clara del solicitante de mantener la residencia legal en nuestro país.

**ANTEPROYECTO DE LO SOBRE INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS
Y DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CON SEDE U OFICINA EN
ESPAÑA Y SOBRE EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES APLICABLES
A CONFERENCIAS Y REUNIONES INTERNACIONALES CELEBRADAS EN ESPAÑA**

2014-2015/Doc/6.— Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 mayo 2015.

[...]

VI. Conclusiones

Primera.— El prelegislador ha optado por establecer un régimen de inmunidades de carácter interno inspirándose en el contenido del Convenio ONU sobre inmunidades estatales en un momento en el que la norma convencional está a la espera de contar con las adhesiones, ratificaciones o aceptaciones de los Estados necesarias para que entre en vigor, después de que España hubiese depositado su instrumento de ratificación sin reserva alguna. Esta opción del prelegislador, ejercitada en el curso del proceso de entrada en vigor de la norma internacional, se explica en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto por la manifiesta dificultad en conseguir el número de adhesiones, ratificaciones o aceptaciones de los Estados requerido para la entrada en vigor de la convención. En tal sentido, no cabe cues-

tionar la oportunidad de la norma proyectada, ante las dudas más que justificadas acerca de la entrada en vigor del texto internacional, y habida cuenta de los objetivos que persigue, que, según se indica en la referida Memoria, se contraen a establecer con carácter sistemático un régimen de inmunidades que permita acabar con las disfunciones que produce la ausencia de una regulación específica sobre la materia, tomando como referencia el contenido de la Convención ONU, al tiempo que persigue ofrecer una regulación de mínimos en aquellas materias, como son el estatuto de las fuerzas armadas visitantes y el de las organizaciones internacionales con sede en España, que suelen ser objeto de un tratamiento convencional específico. Paralelamente, la regulación interna ha de proporcionar, respecto de los privilegios e inmunidades de las conferencias y reuniones internacionales, una regulación pormenorizada y estable, actualmente inexistente tanto en el plano internacional como en el interno, que hará innecesario recurrir a tratados internacionales particulares celebrados “ad hoc”. Y al mismo tiempo, ha de servir para definir de forma indubitada ante el exterior el régimen jurídico español en materia de inmunidades, clarificando de esa forma su posición en las relaciones internacionales con los Estados extranjeros.

Segunda.— Debe ponerse de relieve que el proyecto normativo, que incorpora también el régimen de inmunidades de los Jefes de Estado, de los Jefes de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores, surge cuando en el seno de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas se están llevando a cabo importantes trabajos sobre la responsabilidad penal de los funcionarios, que incluye la de las altas personalidades señaladas.

Tercera.— Este Consejo General del Poder Judicial no ha de entrar a valorar, empero, la iniciativa legislativa más allá de lo que permite, en un ejercicio de lealtad institucional, hacer llegar una reflexión acerca de su conveniencia y oportunidad ante el actual estado del desarrollo normativo internacional. Es evidente que el prelegislador persigue dotar al ordenamiento interno de un instrumento normativo que sirva como mecanismo de cierre del sistema de inmunidades y que ofrezca una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho. Sigue, por tanto, la senda abierta por otros legisladores extranjeros, que han optado por configurar regímenes internos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Si dicha finalidad es absolutamente loable, no debe, sin embargo, escaparse la relevante circunstancia de que el ejemplo que ofrecen los ordenamientos que han incorporado regímenes de inmunidad son —con la excepción de la República Argentina— aquellos de corte anglosajón que necesitan de una norma interna para trasladar las disposiciones incluidas en los textos internacionales, lo que en cambio no sucede en el Derecho español, donde las normas contenidas en los tratados internacionales suscritos por España forman parte del ordenamiento jurídico y son directamente aplicables desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 1.5º Cc y art. 96 CE).

Cuarta.— La regulación de las inmunidades unilateralmente establecida prescinde, salvo en los contados casos en los que se contempla la reciprocidad —por ejemplo, en el art. 26 del Anteproyecto, al regular la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores, o en el art. 32, al referirse al estatuto de las fuerzas armadas de Estados no integrados en la OTAN— del tratamiento que el Estado extranjero dispensa a las mismas situaciones a las que el ordenamiento del foro reconoce la inmunidad. Optar por establecer una norma interna al margen de los procedimientos de creación normativa internacionales tiene como consecuencia que no pueda garantizarse un tratamiento equivalente al dispensado por la *lex fori*, riesgo que, sin embargo, se conjura y desaparece cuando se trata de regímenes uniformes contenidos en una norma convencional.

Quinta.— El proyecto normativo, si bien quiere establecer una regulación completa y sistemática del régimen de inmunidades, no renuncia a remitirse a la regulación especial recogida en tratados o acuerdos internacionales específicos. Tal cosa sucede con la regulación del estatuto de las fuerzas armadas visitantes, o con la de los organismos internacionales y de las reuniones y conferencias internacionales. Su eficacia, en estos casos, se ve reducida, por cuanto la norma proyectada se limita a constituir el vehículo indicador de la norma convencional aplicable y a salvaguardar su primacía. Su valor, por tanto, reside en articular un régimen común y general supletorio del convencional, con la peculiaridad de que en ciertos aspectos podrá ser coincidente con el que contemplan determinados acuerdos de sede, en la medida en que estos han servido de guía para fijar el régimen de la norma interna. Por otro lado, el régimen que establece no es completo, pues deja al margen las inmunidades diplomáticas y consulares, así como

otras reguladas en tratados específicos o reconocidas por el Derecho internacional (art. 3), respecto de las que la Ley Orgánica proyectada no tiene carácter subsidiario.

Sexta.— Aun admitiendo la conveniencia y oportunidad de la propuesta normativa, en la medida en que se reconozca que sirve a fines de seguridad jurídica, es preciso que el prelegislador tenga en cuenta el proceso legislativo desarrollado en el seno de las Naciones Unidas, y la eventualidad de que la Convención ONU venga en aplicación por haberse dado el número de ratificaciones, adhesiones o aceptaciones requeridas para su entrada en vigor. Se daría entonces una paradójica situación de convivencia de dos normas, la internacional y la interna, que, en lo concerniente al sistema de inmunidades estatales, tendría un contenido prácticamente idéntico. Esta eventualidad, por lo demás indeseable dentro de un adecuado sistema de fuentes, debería en último extremo contemplarse en la propia norma interna previendo su aplicación en defecto de convenio o acuerdo internacional, y en concreto de la Convención ONU, por más que tal cosa suponga aceptar aún más su limitada eficacia, al menos cuando esta norma convencional entrase en vigor; y ello, con independencia de que la eventual concurrencia normativa se resuelva en todo caso en favor de la norma internacional por la especial rigidez que presenta y su especial resistencia o fuerza pasiva (cf. art. 96.1º CE y STC 36/1991, de 14 de febrero).

Séptima.— La Ley Orgánica proyectada ha de conllevar la modificación del art. 21.1º LOPJ y 36.2-1º LEC contemplando su existencia, por cuanto habrá de ser la norma interna rectora del sistema de inmunidades que opera como límite de la extensión de la jurisdicción de los tribunales españoles.

Octava.— Si el carácter orgánico de la norma proyectada se explica desde el punto y hora en que afecta al desarrollo de derechos fundamentales de naturaleza procesal (art. 81.1º CE, en relación con sus arts. 24.1º y 117.3º) y a la extensión de la jurisdicción española por razón de privilegios e inmunidades, constituyendo una excepción al régimen de competencia de los tribunales nacionales establecido en la LOPJ, este carácter orgánico no se justifica en todo su articulado, pues no participan del mismo las normas que regulan los trámites procesales a través de los cuales se han de hacer valer las inmunidades, las que regulan el régimen de notificaciones y emplazamientos, el régimen de comunicaciones y los demás aspectos de naturaleza netamente procesal. Es necesario, por tanto, que el prelegislador diferenciara de forma expresa el carácter, orgánico u ordinario, de las normas que integran el articulado del Anteproyecto, de cara, fundamentalmente, a establecer las exigencias legislativas para una eventual futura modificación, para lo cual puede tomarse como referencia el criterio reflejado en la STC 5/1981, de 13 de febrero y en la STC 137/1986, de 6 de noviembre.

Novena.— A la hora de determinar su objeto, la norma proyectada distingue, por un lado (art. 1.1º), las inmunidades de los Estados extranjeros y sus bienes, de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, ya con cargo vigente, ya con cargo expirado, de los buques de guerra y buques y aeronaves del Estado, de las fuerzas armadas visitantes, de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sus bienes, así como de las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España; y por otro lado (art. 1.2º), se refiere a los privilegios aplicables a las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España. Esta distinción, sin embargo, se muestra un tanto inexacta, pues los privilegios que contempla la norma no se limitan a las conferencias y reuniones internacionales, sino que esta establece también privilegios en favor de los Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, de los miembros de las fuerzas armadas visitantes, por virtud de la remisión que efectúa el art. 32 del Anteproyecto al Convenio relativo al estatuto de las fuerzas de la OTAN, así como de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España.

Décima.— La inmunidad reconocida al Estado extranjero se extiende a los elementos constitutivos del Estado federal o a las subdivisiones políticas del Estado que estén facultados —aquellas y estas— para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado y actúen en tal capacidad (art. 2 a.ii). El texto proyectado reproduce en este punto el art. 1 de la Convención ONU, que concibe la inmunidad estatal en esos términos amplios, a diferencia del Convenio de Basilea, que no contempla en la inmunidad del Estado las subdivisiones políticas que pueda presentar.

Decimoprimera.— La inmunidad de los Jefes de Estado incluye la de cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la Constitución respectiva, dicho órgano cumpla las

funciones de tal. La norma sigue de este modo las orientaciones de la Comisión de Derecho internacional, que atiende al eventual carácter colegiado de la Jefatura del Estado al concebir la inmunidad penal de los funcionarios.

Decimosegunda.— La fórmula abierta utilizada por el prelegislador, sin enumerar los medios a través de los cuales podrá manifestarse la renuncia, si bien tiende a facilitar la renuncia a la inmunidad, puede sin embargo introducir cierta dosis de inseguridad a la hora de considerar si, efectivamente, se ha manifestado, y si se ha hecho para el concreto tipo de acción ejercitada ante el tribunal español. Debe tenerse en cuenta la trascendencia que tiene la manifestación de la renuncia a la inmunidad y el sometimiento a la jurisdicción del foro; importancia que explica porqué, en la génesis de la Convención, la Comisión de Derecho internacional ha precisado que las exigencias del art. 7.1º para manifestar la renuncia no empujen a que el Estado del foro pueda imponer reglas más estrictas para entender prestado el consentimiento. El acogimiento de la tesis restrictiva de la inmunidad no debe pugnar con la seguridad jurídica. Pudiese ser aconsejable, en beneficio de esta, establecer detalladamente los medios a través de los cuales cabe entender efectuada la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, en términos análogos a los previstos en el art. 7.1º de la Convención ONU.

Decimotercera.— La norma proyectada tiende a deducir la renuncia a la inmunidad de un determinado comportamiento procesal que supone el ejercicio por el Estado extranjero de una acción ante los tribunales del foro o la reacción frente a la ejercitada respecto del mismo. Si bien cuando se trata de la acción ejercitada en el foro por el Estado extranjero, ya de forma principal, ya por vía reconvenicional, la fórmula empleada por el prelegislador es clara y adecuada, no lo es tanto cuando se trata de la reacción frente a la acción ejercitada contra el mismo por vía reconvenicional. La regla de la letra d) del art. 6 no acierta a expresar con claridad la razón de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción y el consentimiento al ejercicio de la jurisdicción del foro que tiende a establecer. El art. 9 de la Convención es más claro y explícito en este punto: con arreglo al mismo, ningún Estado que incoe un proceso ante el tribunal del Estado del foro o que intervenga en ese proceso podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante este tribunal en lo concerniente a una reconvenición basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal. Se trata, por tanto, de establecer en términos claros una conexión coherente entre la conducta que lleva a ejercitar una acción ante el tribunal del foro y la que lleva a reaccionar ante una pretensión deducida por vía reconvenicional basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la primera. Sería conveniente, por tanto, que se diera una nueva redacción a la letra d) del art. 6, en los términos indicados.

Decimocuarta.— La letra b) del art. 8.1º de la Convención ONU dispone que el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción si ha intervenido en el proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo. El art. 6 b) del Anteproyecto limita este efecto a la realización de cualquier acto relativo al fondo del proceso. La regla así formulada puede inducir a dudas en los casos de intervención de terceros, bien voluntaria, bien forzosa, contemplados en los arts. 13 y 14 LEC, y tanto si dicha intervención conlleva la adquisición de la condición de demandado como si no tiene esa consecuencia, pues aun en estos casos de la mera posición de litisconsorte y de los eventuales efectos, siquiera reflejos, de la sentencia, puede deducirse el mismo efecto. Cabría cuestionar, por ello, la conveniencia de que la norma proyectada contemplara también los casos de intervención procesal, clarificando sus efectos en orden a considerar efectuada la renuncia a la inmunidad de jurisdicción.

Decimoquinta.— Todas las excepciones se establecen con carácter dispositivo —si no hay acuerdo entre España y el Estado extranjero en otro sentido—, y se asientan en el presupuesto de que los tribunales españoles fuesen competentes para conocer del litigio conforme a las normas españolas de competencia judicial. Esta última circunstancia —es decir, la necesidad de competencia judicial internacional—, que parece presentarse como una condición para que opere la excepción, no se contempla como tal en el texto de la Convención, y no responde a una adecuada técnica legislativa. En primer lugar, porque la inmunidad de jurisdicción y la competencia judicial internacional se mueven en planos diferentes, de tal modo que aquella opera como un límite a la jurisdicción del Estado soberano frente a la de otro Estado soberano, en tanto que esta se refiere a la atribución de la competencia de los tribunales por razón de determinados vínculos con el foro. De este modo, la invocación de la inmunidad de jurisdicción será

previa a la de la eventual falta de competencia del tribunal del foro. Se trata, por tanto, de presupuestos diferentes que condicionan el ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro: en un caso, en el de la inmunidad, para limitarla, y en el otro, en el de la competencia internacional, para delimitar su extensión. Esta diferenciación se muestra nítidamente en la relación entre inmunidad de jurisdicción y justicia universal, como se ha visto (*cf.* párrafos 64 al 69). Y en segundo lugar, porque la competencia internacional no siempre vendrá determinada por las normas de producción interna, sino que en numerosas ocasiones serán aplicables normas supranacionales. Por tanto, resulta más adecuado articular las diversas excepciones a partir del hecho –y no del requisito– de la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con las normas, nacionales o internacionales, aplicables, evitando el empleo de cualquier expresión que lleve a considerar la competencia determinada con arreglo a las leyes nacionales como un presupuesto necesario para que opere la excepción a la inmunidad.

Decimosexta.– El art. 9 del Anteproyecto no recoge la precisión contenida en el apartado segundo del art. 2 de la Convención, con arreglo a la cual para determinar si un contrato o transacción es una transacción mercantil con arreglo a los dispuesto en el mismo se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter ni mercantil del contrato o de la transacción. Esta regla hermenéutica, que se introdujo en el articulado de la Convención en el 2003, responde a una fórmula utilizada por diversas jurisdicciones nacionales, y su inclusión en el texto proyectado resultaría adecuada, refiriéndola a los tribunales españoles, que de este modo se aproximarían a la práctica de otros tribunales nacionales.

Decimoséptima.– La inmunidad de jurisdicción no resultará afectada – por entender que el Estado no es parte en la transacción– cuando en el proceso intervenga como parte en ella una empresa estatal u otra entidad creada por un Estado extranjero que esté dotada de personalidad jurídica propia y tenga capacidad para demandar y ser demandadas y adquirir por cualquier título la propiedad o posesión de bienes, incluidos los que este Estado le haya autorizado a explotar o administrar y disponer de ellos. En el “Entendimiento” que figura como anexo a la Convención se precisa, con fuerza interpretativa, que tal disposición “no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de la persona jurídica’, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el pago de una deuda, ni otras cuestiones conexas”. Esta puntualización exegética no se contiene, sin embargo, en el texto del Anteproyecto, aunque su inclusión parece oportuna, dejando a salvo los casos en que proceda el levantamiento del velo social con arreglo al ordenamiento y jurisprudencia patrios, en evitación del riesgo considerado por los autores de la Convención y de situaciones claudicantes en perjuicio de la otra parte de la transacción mercantil, que de otro modo puede verse privado de la garantía que representa un patrimonio con el que hacer frente a la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones.

Decimoctava.– Constituyen una excepción a la regla de la inmunidad de jurisdicción estatal los contratos de trabajo concertados con personas físicas cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España (art. 10). La excepción, prácticamente idéntica a la establecida en el art. 11 de la Convención, cuenta a su vez con diversas excepciones, recogidas en el apartado segundo del art. 10 del Anteproyecto. Estas contra-excepciones deben dejar a salvo, en todo caso, las normas de competencia judicial internacional de carácter imperativo, como las que establecen los foros de protección en los contratos de trabajo, tanto las establecidas en el Derecho de la Unión –concretamente en el Reglamento (UE) nº 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como en otras normas internacionales y, en defecto de unas y otras, en el derecho interno. Entre estas contra-excepciones se encuentran las siguientes:

a) Que el trabajador haya sido contratado para desempeñar funciones en el ejercicio del poder público. Esta contra-excepción difiere puntualmente, sin embargo, de la Convención en que esta califica las funciones como “especiales”, término que sustituyó a la expresión inicialmente considerada de “funciones estrechamente ligadas al ejercicio del poder público”. En el informe de la CDI se precisa que la fórmula incluye a secretarios privados, criptógrafos, traductores, intérpretes y otras personas que ejercen

funciones ligadas a la seguridad o a los intereses fundamentales del Estado. Este matiz de la estrecha o especial vinculación al ejercicio del poder público no ha sido tomado en consideración, sin embargo, por el prelegislador, que ha optado en este caso por conferir un mayor ámbito a la inmunidad de jurisdicción estatal. Cabe cuestionar, sin embargo, la conveniencia de prescindir de este rasgo delimitador del alcance de la excepción, pues en la prestación de servicios en el marco de una relación laboral concertada con el Estado extranjero siempre cabrá alegar que, en último término, se sirve al ejercicio de poderes públicos.

b) Que el objeto del proceso sea la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador. Debe llamarse la atención acerca de la amplitud de esta contra-excepción, que conduce en la práctica a que los procedimientos con este objeto que afecten a los trabajadores –los más usuales– se ventilen ante la jurisdicción extranjera. Esta amplitud puede estar justificada en la esfera convencional, donde se garantiza que los Estados extranjeros signatarios de la Convención darán el mismo tratamiento a los trabajadores nacionales en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción de aquellos Estados, pero no encuentra la misma justificación cuando se trata de establecer una excepción a la excepción de la inmunidad de jurisdicción desde una norma de producción interna, en la que no se garantiza esa reciprocidad de trato. Para limitar el alcance de esta contra-excepción, y por tanto, el alcance de la inmunidad de jurisdicción que deriva de ella, cabría someter su aplicación a la regla de la reciprocidad, de forma que quede garantizado que el Estado extranjero reconoce la misma contra-excepción y la dota de la misma amplitud.

c) Que el objeto del proceso sea el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad. Debe tenerse en cuenta, respecto de estos, que el “Entendimiento...” anexo a la Convención precisa que la referencia a los mismos es “ante todo, una referencia a los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y oficinas consulares”. Por lo demás, las mismas consideraciones, y la misma sugerencia al prelegislador que se hacen con relación a la anterior contra-excepción, cabe hacer respecto de ésta.

d) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de la interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España. También respecto de esta contra-excepción cabe referir las observaciones realizadas a las anteriores, y predicar de ella la misma solución legislativa.

e) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hubiesen convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador, conforme a las reglas españolas de competencia judicial. Esta última exigencia, que hace entroncar la virtualidad del acuerdo dispositivo entre trabajador y Estado extranjero con los foros de competencia exclusiva de los tribunales españoles –como tales foros de protección–, debería precisarse en el sentido de que dicha competencia exclusiva puede venir dada no solo por las normas de competencia interna sino también por las internacionales, incluidas las del Derecho de la Unión, como las contenidas en el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 20.12.2012).

Decimonovena.– Las sugerencias respecto del art. 11 del Anteproyecto pasan principalmente por articular una excepción a la regla general de la inmunidad de jurisdicción de los Estados que ampare los casos en que se ejerciten acciones indemnizatorias por lesiones o daños causados por el Estado extranjero capaces de integrar supuestos de violaciones graves de normas internacionales de ius cogens, sin estar supeditada a las conexiones establecidas en las letras a) y b) del art. 11 del texto proyectado. Alternativamente, la propuesta de mejora normativa pasa por establecer mecanismos amplios de cooperación internacional que den como resultado –sin duda, más que incierto– la renuncia a la inmunidad y el consentimiento del Estado extranjero a la jurisdicción nacional en estos casos. De manera subsidiaria se suscita la conveniencia de propiciar la reparación por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado, en la línea apuntada por la jurisprudencia constitucional, ante el fracaso de los intentos de obtener una satisfacción judicial a las pretensiones. Y, conectado con lo anterior, surge la posibilidad de constituir un fondo de reparaciones, al modo contemplado en la legislación norteamericana de inmunidades estatales.

Vigésima.— Con relación a la excepción a la inmunidad de jurisdicción prevista en el art. 16 —procesos en los que el Estado extranjero haya convenido por escrito con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia sobre una transacción mercantil, relativos a la validez, interpretación o aplicación de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral, al procedimiento de arbitraje, incluido el nombramiento judicial de los árbitros, o la confirmación, anulación o revisión del laudo arbitral—, debe tenerse en cuenta que, aunque la ley española exige la forma escrita para la validez del acuerdo arbitral (art. 9.3º Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), la forma escrita puede no ser exigida por la ley que rijan la validez y eficacia del acuerdo o contrato arbitral, tal y como contempla el art. 1.2º del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961. Por otra parte, cabría suscitar en este punto la oportunidad de incluir también los procesos que tienen por objeto el reconocimiento de los efectos de laudos extranjeros de conformidad con el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 junio 1958 —que tiene aplicación universal para España—, o en aplicación de otras normas internacionales, en la medida en que se considere un procedimiento autónomo, con objeto propio e independiente del proceso de ejecución en sí mismo, cuyo conocimiento viene atribuido actualmente a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 73.1º.c de la LOPJ).

Vigesimoprimera.— El Anteproyecto, siguiendo la línea de la Convención, distingue las medidas ejecutivas de tipo cautelar de las propiamente ejecutivas, adoptadas después de la resolución judicial. Respecto de las primeras, la regla general es que no cabrán salvo que el Estado extranjero consienta la adopción de tales medidas, o haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto del proceso del cual derivan tales medidas (art. 17.1º). Debe retenerse que el prelegislador no establece una forma específica para prestar el consentimiento, a diferencia del Convenio ONU, que no solo exige que el consentimiento sea expreso, sino que también requiere que se preste por medio de un acuerdo internacional, por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito, o por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes (art. 18 de la Convención). Las mismas razones que justificaban la conveniencia de establecer límites a la forma de manifestar el consentimiento al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales españoles sirven ahora para argumentar acerca de la conveniencia de establecer las mismas limitaciones para manifestar el consentimiento del Estado extranjero a la adopción de medidas de ejecución.

Vigesimosegunda.— El prelegislador, al establecer los requisitos para la adopción de medidas de ejecución frente al Estado extranjero, no ofrece ninguna pauta que sirva para establecer la naturaleza del nexo del bien afecto con la entidad contra la que se dirija el proceso. En el “Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención” que figura como anexo a la misma se indica que el vínculo se ha de entender en un sentido más amplio que el de “propiedad” o “posesión”. Sería aconsejable, por tanto, que la norma proyectada precisara la naturaleza del vínculo o nexo exigido, pues si bien no es ajeno al ordenamiento jurídico español el embargo de bienes cuya titularidad dominical no corresponde al deudor, siempre es preciso un título jurídico que autorice la adopción de la medida ejecutiva sobre tales bienes.

Por otra parte, al referir el vínculo a la entidad contra la que se haya dirigido el proceso y no al Estado extranjero en sí mismo, cabría la posibilidad de que en un caso de demanda por despido improcedente contra una misión diplomática de un Estado extranjero no pudiera ejecutarse una supuesta sentencia favorable adoptando medidas ejecutivas contra los bienes de una representación consular de ese mismo Estado, aun contando con la posibilidad que abre el último inciso del art. 18.2º del texto proyectado. No debe olvidarse que el requisito del nexo o vínculo del bien con la entidad ha sido muy criticado por la doctrina científica, que aduce su inexistencia en la práctica internacional, y destaca que constituye el principal inconveniente para expresar tajantemente una opinión favorable a la ratificación de la Convención. Y al mismo tiempo debe retenerse que la jurisprudencia constitucional incide en la necesidad de extender las posibilidades de ejecución sobre todos los bienes de los que sea titular el Estado demandado que, por estar afectos a actividades de naturaleza comercial o similar, no queden afectados por la inmunidad de ejecución (STC 18/1997).

El término “entidad”, de acuerdo con el “Entendimiento ...” anexo al Convenio, designa tanto al Estado como a las unidades constitutivas de un Estado federal, las subdivisiones de un Estado, los organismos o instituciones del Estado y cualquier otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente. Esta precisión es acorde con contenido de la definición del concepto de Estado recogida en el art. 2.a) del texto de reforma. En todo caso, sería conveniente, también aquí, que el prelegislador tuviera en cuenta la posibilidad de que una entidad tergiversara intencionadamente su situación financiera o que haya reducido sus activos para evitar atender a una reclamación, y la incidencia de la doctrina del levantamiento del velo, en los términos indicados en el “Entendimiento anejo a la Convención, y en los ya expuestos al tratar sobre la inmunidad de jurisdicción (cf. Epígrafe III, Apartado II, parágrafo 12).

Por lo demás, la salvedad que introduce el último inciso del art. 17.2º, por cuya virtud se autoriza la adopción de medidas ejecutivas, siempre que se den los presupuestos exigidos, aunque los bienes se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio, se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional que ha acogido la tesis restrictiva de la inmunidad.

Vigesimotercera.— Respecto de las cuentas bancarias de las misiones diplomáticas o consulares cabe hacer las siguientes observaciones: en primer lugar, que solo se establece la presunción de su utilización para fines públicos no comerciales de aquellas cuentas utilizadas o destinadas a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática, y no para fines distintos (cf. art. 20.1º.a y 20.2º); y en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, que la norma proyectada se muestra más flexible, en pro de una concepción restrictiva de la inmunidad de ejecución, que el criterio de la jurisprudencia constitucional que proclama indiscriminadamente el carácter inembargable de las cuentas de las legaciones diplomáticas y consulares.

Vigesimocuarta.— Sería conveniente reflexionar acerca de la conveniencia de establecer mecanismos que mejoren la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la tutela ejecutiva, frente al Estado extranjero. Y es que, a partir de la afirmación de la compatibilidad entre el principio de inmunidad –de ejecución, en este caso– y el derecho a la tutela judicial, la jurisprudencia constitucional apunta ciertas soluciones que van en esa misma línea de lograr la plena satisfacción del derecho del particular concernido, que se pueden concretar estableciendo la obligación de todos los poderes públicos de favorecer la investigación del patrimonio del Estado extranjero; concediendo amplias facultades a los tribunales en ese mismo sentido; definiendo la naturaleza del vínculo entre el bien y el Estado y concibiéndolo con amplitud, de forma que permita la afección de todos aquellos bienes y derechos que conformen su patrimonio no afectado por la inmunidad; y, en fin, articulando cauces subsidiarios de satisfacción, como el que abre la responsabilidad patrimonial del Estado, al que no es ajeno el establecimiento de un fondo de garantía o de resarcimiento.

Vigesimoquinta.— Las líneas generales y las consideraciones de la CDI que configuran el régimen de la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores sirven para explicar la regulación que de él hace el Anteproyecto en sus arts. 21 y 22, siendo el primero de ellos, que establece la inviolabilidad de tales personalidades, de su residencia, sus bienes y su correspondencia cuando se hallen en territorio español, durante todo el periodo de duración de su mandato, y con independencia de que se encuentren en misión oficial o en visita privada, consecuencia de la inmunidad de jurisdicción y ejecución *ratione personae* que se establece en el segundo, con la misma amplitud con que se concibe en los trabajos de CDI; inmunidad de jurisdicción y de ejecución que, por lo demás, se reconoce *ratione materiae* respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones.

Vigesimosexta.— Debe advertirse acerca de la discordancia existente entre el art. 1 del Anteproyecto, que al definir el objeto de la Ley no alude a los bienes de los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, así como de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, y el régimen establecido en el Título II del Anteproyecto, que incluye los bienes de dichas altas personalidades y su residencia en España, su correspondencia y sus propiedades, así como, en su caso, los medios de transporte que utilicen, a los que extiende el rasgo de la inviolabilidad y la inmunidad de ejecución.

Vigesimoséptima.— Respecto la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores cuando están en activo, la vigente LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI), permite sostener su eventual persecución ante este órgano — como ocurrió en el caso de Omar Al Bashir, Presidente de Sudán, contra quien la CPI libró orden de captura el 4 marzo 2009 por crímenes de guerra y contra la humanidad—, al amparo del derecho convencional de los derechos humanos, particularmente de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 27 del Estatuto de Roma. De hecho, así se viene a reconocer por el pre-legislador. El último párrafo de la Exposición de Motivos del Anteproyecto advierte de que el contenido de la LO en su totalidad “ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como de sus compromisos con la Corte Penal Internacional”. Bastaría con que esta misma declaración se incorporara al texto articulado en el Capítulo III del Título II, Disposiciones Comunes.

Vigesimoctava.— También la inmunidad de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros (arts. 23 y 24) responde a los criterios que han ido asentándose en los trabajos de la CDI. La inmunidad penal se reconoce en este caso *ratione materiae*: es decir, aparece limitada a los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales. Y con relación a la inmunidad civil, laboral, administrativa, mercantil y fiscal se circunscribe también a los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, si bien con relación a ellas impera una concepción restrictiva de la inmunidad, pues operan las excepciones previstas en los arts. 9 a 16 del texto proyectado, en los términos ya examinados. Por consiguiente, las inmunidades de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores no se reconocen respecto de los actos anteriores o posteriores a sus mandatos, y de los actos realizados durante el mandato que no sean en el ejercicio de sus funciones oficiales; y tratándose de las inmunidades no penales, cuando concurran los presupuestos para que tengan lugar, no podrán ser invocadas en los supuestos que configuran las excepciones limitativas del carácter absoluto de tales inmunidades.

Este régimen de inmunidades, en la medida en que refleja el resultado de los trabajos de la Comisión de Derecho internacional —que a su vez tienden a ser el reflejo de la praxis internacional comúnmente aceptada—, no puede merecer objeción alguna. Ahora bien, no puede soslayarse el conflicto que, con relación a la inmunidad de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y antiguos Ministros de Asuntos Exteriores, se suscita entre los intereses soberanos y nacionales y los de la comunidad internacional y de carácter global, por un lado, y entre el principio de inmunidad, que en el ámbito penal se contempla como plena, y la necesidad de evitar la impunidad por delitos especialmente graves contrarios a normas internacionales de *ius cogens* en el marco de la justicia universal, por otro. En atención a dicho conflicto, se suscita la conveniencia de limitar la inmunidad penal *ratione materiae* —que se concibe plena respecto de los actos realizados durante el mandato en el ejercicio de las funciones oficiales— en aquellos casos de comisión de determinados crímenes internacionales especialmente graves.

En esta línea, ha de plantearse la oportunidad y la necesidad de articular normativamente tal limitación, dejando el paso abierto a la competencia de los tribunales nacionales establecida conforme a la regulación de la justicia universal. Puede resultar insuficiente, a estos efectos, que el prelegislador haya condicionado la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores, tanto durante su mandato como después, a la falta de reciprocidad —que debe entenderse tanto general como particular— en el Estado extranjero (art. 26): someter el régimen de inmunidades de estas altas personalidades a un sistema de reciprocidad garantiza, ciertamente, una aplicación equilibrada y uniforme de la norma, que actuaría de modo similar al de una norma convencional, pero no asegura que, dándose esa reciprocidad, y siendo procedente reconocer la inmunidad, no se produzca finalmente la impunidad.

El prelegislador abre una vía, empero, que podría tener la virtualidad de limitar el alcance de la inmunidad penal en los casos de crímenes graves de Derecho internacional: y es que la inmunidad penal de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores se reconoce para actos realizados durante su mandato en el ejercicio de funciones oficiales, “con el alcance que determina el Derecho internacional” (art. 23.1º). Bien es cierto que las resoluciones de la CIJ no

ayudan a limitar la inmunidad penal y a buscar su encuentro con la justicia universal, por cuanto ha diferenciado ambos planos y ha sostenido, en esencia, la primacía del principio de inmunidad, aun cuando se trate de crímenes que supongan la violación de normas internacionales de *ius cogens*. Pero no menos cierto es que el prelegislador, dentro de la libertad de configuración de su actividad legislativa, no contempla la inmunidad penal en estos casos de manera absoluta, sino que ha vinculado su alcance al Derecho internacional, de manera que la vulneración de aquellas normas de carácter de *ius cogens* que forman parte del mismo habría de operar como límite de la inmunidad *ratione materiae*, tanto más cuanto su fundamento —el carácter oficial de la actuación— se vería empañado por tal violación de normas internacionales imperativas. Se trataría, por tanto, de completar el significado de esta cláusula de delimitación del alcance de la inmunidad en el sentido indicado, permitiendo de ese modo la entrada en juego de las normas competenciales propias de la justicia universal.

Vigesimonovena.— La inmunidad de jurisdicción y de ejecución que el prelegislador establece respecto de los buques de guerra y los buques y aeronaves del Estado destinados a un servicio público de carácter no comercial se acomoda al régimen de inmunidades establecido en los instrumentos internacionales de referencia, y se ajusta a la práctica internacional. En cualquier caso, el art. 29, a la hora de determinar el alcance de la inmunidad de los buques de guerra y buques del Estado, debería considerar no solo a las aguas interiores, sino también al mar territorial español, tal y como se define en los arts. 2 y siguientes de la Convención de Montego Bay.

Trigésima.— Respecto de la regulación que hace el prelegislador del estatuto de las fuerzas armadas visitantes cabe hacer las siguientes observaciones:

a) La norma proyectada se limita a servir de vehículo para la aplicación del instrumento internacional que regula el estatuto de las fuerzas armadas visitantes, que es el Convenio relativo a las fuerzas de los Estados miembros de la OTAN de 1951. Por tanto, el prelegislador renuncia a establecer un régimen interno de inmunidades, siquiera de aplicación subsidiaria para aquellos Estados que no forman parte de la OTAN y a los que no les será de aplicación dicho Convenio, por virtud del principio de reciprocidad y por no haberse acordado su aplicación *ad hoc*.

b) En lo que a las fuerzas armadas de los Estados pertenecientes a la OTAN se refiere, la referencia al Convenio de 1951 debería venir acompañada de la de los protocolos sobre el estatuto de los cuarteles generales militares internacionales, y de los acuerdos y disposiciones que lo complementan y puedan complementarlo en el futuro.

c) En cuanto a las fuerzas armadas de los Estados no pertenecientes a la OTAN, además de que resultaría conveniente contemplar un régimen subsidiario para los casos en los que no sea aplicable el Convenio de 1951, deberían dejarse a salvo cualesquiera tratados multilaterales o bilaterales —como el Convenio hispano-norteamericano de 1 diciembre 1988 y sus protocolos complementarios— que se hayan suscrito o puedan suscribirse en el futuro con Estados extranjeros, respecto de los cuales el régimen interno que habría de establecerse tendría igualmente carácter subsidiario.

Trigesimoprimera.— El régimen de inmunidad previsto para las organizaciones internacionales asentadas en España se acomoda al que sigue la práctica internacional, configurándose con carácter funcional, y de modo restrictivo cuando se trata de acciones de derecho privado, exigiendo en estos casos el necesario *quid pro quo* que garantice la resolución de la controversia por medios alternativos.

En lo que respecta al personal propio de la organización, el prelegislador ha optado por asimilar su estatus al del personal de las misiones diplomáticas, en el caso de su máximo representante y de su sustituto (art. 35.1º y 2º), y por reconocer inmunidad de jurisdicción respecto del resto del personal, expertos y personas contratadas para misiones específicas (art. 35.3 y 4). Esta inmunidad de jurisdicción del resto del personal de la organización se concede *ratione materiae*, presentando carácter funcional, pues solo se reconoce respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, y se extiende después de haber cesado en la condición de representante, miembro de personal, experto o contratado de la organización, cuando se trate de actos realizados en el ejercicio de sus funciones durante su permanencia en el cargo de que se trate (art. 35.5º). El esquema diseñado por el prelegislador se acomoda, también aquí, al seguido en la práctica internacional.

Trigesimosegunda.– El régimen de privilegios e inmunidades aplicables a las conferencias y reuniones internacionales se explica –según se indica en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto– por la conveniencia de suplir la necesidad de tener que celebrar acuerdos de sede *ad hoc* para poder extender a los participantes en estos encuentros los privilegios e inmunidades habituales. El designio del prelegislador es, por tanto, configurar un régimen de privilegios e inmunidades interno, de carácter supletorio al establecido en los acuerdos de sede específicos, ante las dificultades que en la práctica representa la celebración de tales acuerdos con tiempo suficiente para que surtan sus efectos durante la celebración de la conferencia o reunión internacional. Desde ese punto de vista, y conforme tal finalidad, la inclusión de este régimen de privilegios e inmunidades en el texto del Anteproyecto no puede merecer sino una favorable acogida.

El régimen que diseña el prelegislador no se limita a establecer las inmunidades de que gozan los representantes, presidentes, jefes y miembros de las delegaciones de los Estados en la conferencia o reunión, sino que tiene un contenido más amplio, configurando un estatuto de las personas y de los bienes afectos al desarrollo de las mismas que alcanza incluso a la exención de derechos de aduana y tasas de importación del material administrativo y técnico destinado a su celebración, en los casos y condiciones permitidas por la normativa de la Unión Europea (arts. 43.3º y 44.8º). Los privilegios e inmunidades reconocidos por la Ley Orgánica proyectada se extenderán, por lo demás, durante toda la duración de la conferencia o reunión internacional y durante sendos periodos de diez días anteriores y cinco posteriores a su celebración (art. 42). Esta disposición es razonable si se tiene en cuenta que el régimen diseñado en la norma proyectada tiene, en general, un carácter funcional, pues aparece vinculado a la efectividad de la conferencia o reunión internacional y al cumplimiento de sus objetivos y finalidades, en atención a las cuales España consiente la celebración de la conferencia o reunión en su territorio.

Trigesimotercera.– Con relación a la regulación procesal del régimen de inmunidades establecido en el texto proyectado cabe hacer las siguientes observaciones:

a) Coherentemente con su fundamento y su carácter, la inmunidad ha de ser apreciada de oficio por el tribunal (art. 48 del Anteproyecto y art. 6.1º Convención ONU), sin perjuicio de lo cual podrá ser alegada por quien es su titular o beneficiario de ella en cualquier momento del proceso. Este ha de ser el significado del precepto contenido en el art. 49 del Anteproyecto, que dispone que, salvo que se hubiese renunciado tácitamente a la inmunidad de jurisdicción, y sea cual sea el tipo de procedimiento, el Estado extranjero podrá hacerla valer por el cauce de la declinatoria previsto en los arts. 63 ss LEC, sin sujeción a los plazos establecidos en el ap. 1 de su art. 64. En todo caso, debe conectarse la exigencia de caución para evitar la adopción de las medidas cautelares durante la suspensión del procedimiento, prevista en el art. 64.2º LEC, con lo dispuesto en el art. 56.2º del Anteproyecto, que exime al Estado extranjero y a los organismos internacionales de la obligación de prestar caución para garantizar el pago de las costas y de los gastos judiciales de cualquier proceso en el que sea parte. Asimismo, sería conveniente que se especificara la clase de recurso que cabe contra el auto que aprecie la inmunidad.

b) El art. 52 del texto proyectado dispone que, en ausencia de instrumento o acuerdo internacional aplicable, los emplazamientos y notificaciones judiciales que dirijan los órganos jurisdiccionales españoles a los Estados extranjeros y a organizaciones internacionales se trasladarán a estos por vía diplomática y a través del Ministerio de asuntos Exteriores y de Cooperación. El art. 53, en cambio, limita la forma de llevar a cabo las comunicaciones de los Estados extranjeros y organismos internacionales con los tribunales españoles a la vía diplomática. No existe razón, sin embargo, para que el Estado concernido no acuda a los instrumentos internacionales –Convenios internacionales y Reglamentos de la Unión Europea– que resulten de aplicación en la materia, los cuales ordinariamente establecen mecanismos de cooperación que facilitan la práctica del acto de comunicación y evitan demoras innecesarias. Advuértase que el art. 22 de la Convención ONU posibilita la práctica de la notificación de la demanda en la forma prevista en los convenios internacionales aplicables y en cualquier acuerdo convenido al efecto entre el demandante y el Estado interesado, y solo en defecto de unos y otros establece la vía diplomática. Por tanto, el art. 53 debería dejar a salvo asimismo la existencia de instrumentos o acuerdos internacionales que vengan en aplicación, y articular la vía diplomática solo en ausencia de ellos.

c) El prelegislador ha introducido un trámite, consistente en la comunicación por el tribunal al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, así como al departamento ministerial cuya competencia se vea afectada, de los asuntos de que conozcan en los que se planteen cuestiones de inmunidad, al objeto de que por el Ministerio de Asuntos Exteriores se emita informe no vinculante al respecto (arts. 50 y 54). Estos trámites no se justifican suficientemente, en la medida en que, por una parte, se obliga al tribunal a poner en conocimiento, no solo del Ministerio de Asuntos Exteriores, sino también del departamento ministerial cuya competencia se vea afectada, la existencia del proceso, lo que de seguro provocará la subsiguiente inseguridad, ante la dificultad del tribunal de conocer cuál es el departamento ministerial concernido, habida cuenta de la diversidad de relaciones que pueden verse afectadas con el proceso. Y por otra parte, se impone al tribunal la obligación de recabar en todo caso un informe de la Administración, que parece erigirse en un trámite preceptivo, por más que su resultado no sea vinculante. Además de que no se establecen los efectos de la solicitud de dicho informe en el proceso –por ejemplo, si suspende el curso de las actuaciones, etc.– y las consecuencias de la omisión del trámite, este, tal y como se contempla, no se compadece bien con el ejercicio de la función jurisdiccional que, de forma exclusiva y excluyente, corresponde al tribunal. En consecuencia, este Consejo sugiere la supresión de estos trámites. Cosa distinta es que este pueda necesitar el auxilio de la Administración para que le informe acerca de determinados aspectos con relevancia de cara a adoptar la decisión procedente, como puede ser la existencia o no de reciprocidad entre Estados, o de acuerdos que afecten al régimen de inmunidades. Esta facultad de los tribunales de recabar el auxilio de la Administración, y el correlativo deber de esta de prestarlo, se encuentra, por lo demás, previsto con carácter general en el art. 118 CE. El trámite, por tanto, de mantenerse, debería concebirse como una facultad del tribunal, articulando entonces el modo en que ha de llevarse a efecto y sus consecuencias en el procedimiento –principalmente si suspende o no su curso, plazo para emitir el informe, etc.–.

Trigesimocuarta.– El prelegislador establece una irretroactividad absoluta que puede entrar en colisión con el art. 9.3º CE, al limitar la posibilidad de invocar el régimen de inmunidades que se establece cuando la inmunidad venga referida a actos o hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, y en la medida en que sea favorable para quien la invoca. En evitación de ello, se sugiere la supresión de la Disposición transitoria del texto proyectado.

**ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE RESTITUCION DE BIENES CULTURALES QUE
HAYAN SALIDO DE FORMA ILEGAL DEL TERRITORIO ESPAÑOL O DE OTRO
ESTADO MIEMBRO DE LA UNION EUROPEA**

2014–2015/Doc/7.– Informe del Consejo General del Poder Judicial de 25 junio 2015.

[...]

VI. Conclusiones

Primera.– La Ley proyectada constituye el vehículo de incorporación de la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, la cual tiende a corregir las deficiencias de la Directiva anterior, que habían limitado en gran medida la eficacia del mecanismo de protección de los bienes culturales que establecía, y que hacían patente no solo la necesidad de una norma supranacional que permitiese garantizar debidamente el patrimonio cultural de los Estados, sino también la necesidad de que la misma fuera capaz, introduciendo normas de competencia judicial internacional y normas conflictuales, de garantizar la eficacia de la protección que dispensa.

De ahí la importancia de corregir los defectos que restaban eficacia a la Directiva 93/7/CEE y a la ley nacional que la había transpuesto, fundamentalmente a la hora de definir los bienes protegidos y de establecer el plazo para el ejercicio de la acción de restitución, potenciando, al mismo

tiempo, los mecanismos de información y las competencias de las autoridades centrales. Y de ahí también la importancia de la adecuada incorporación al ordenamiento interno de la norma europea, permitiendo que aquellas reglas de competencia y conflictuales que son relevantes para dispensar la protección del patrimonio cultural se hayan trasladado al ordenamiento del foro.

La transposición de la nueva Directiva, que persigue mejorar la eficacia de dicho mecanismo protector, debe, por tanto, ser valorada positivamente, si bien esta transposición no se ha llevado a cabo de forma completa y de manera totalmente adecuada, habiendo dejado el prelegislador sin incorporar preceptos que contienen reglas de singular relevancia para asegurar una mayor protección del patrimonio cultural, y habiendo dejado pasar la oportunidad de extender el ámbito temporal de aplicación del régimen de protección que establece la norma europea, en los términos en que esta autoriza.

Segunda.— La Ley proyectada presenta dos frentes diferenciados: por una parte, persigue establecer las condiciones y el procedimiento de restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio español, y por otra parte, contiene la regulación de la acción de restitución de bienes que hayan salido ilegalmente del territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea y se encuentren en territorio español.

Esta determinación del objeto de la futura Ley es, sin embargo, un tanto imprecisa e incompleta. Alude, en primer término, al procedimiento de restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio español, pero lo cierto es que, como no podía ser de otra forma, no se regula el procedimiento de restitución que ha de seguirse en el Estado extranjero, que deberá estar determinado por la ley del foro. El prelegislador, por tanto, confunde el ámbito de la norma interna con el de la Directiva que quiere transponer: esta se proyecta sobre los ordenamientos de todos los Estados miembros, en la medida en que contempla la restitución de los bienes culturales entre los diferentes Estados de la Unión, en tanto que la norma española lo hace atendiendo a la situación interna, y por tanto, contiene exclusivamente las reglas procedimentales a través de las cuales se ha de operar la restitución de los bienes situados en España provenientes de otros Estados de la Unión Europea. La norma proyectada contiene, en efecto, ciertas condiciones para el ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales españoles, como las relativas a la legitimación del Estado Español y a los plazos de prescripción; pero no contiene en rigor normas de procedimiento para el ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales extranjeros. Debería, por tanto, corregirse la redacción del precepto, para referir la regulación del procedimiento exclusivamente a la acción de restitución ejercida ante los tribunales nacionales.

Por otra parte, las condiciones de la restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio español se fijan respecto de aquellos que se encuentren en el territorio de otro Estado de la Unión Europea. Aunque este presupuesto de aplicación espacial se encuentra implícito en el título y en el contenido de la norma, sería aconsejable que se expresase en el precepto, añadiendo a la frase que comprende su primer inciso la expresión “y que se encuentren en el territorio de otro Estado de la Unión Europea”, clarificando de este modo el ámbito material y espacial de aplicación de la futura Ley.

Tercera.— Con la misma finalidad de clarificar la determinación del objeto de la Ley debería tenerse en cuenta que esta contiene disposiciones destinadas a establecer las funciones de la autoridad central designada por el prelegislador en el desarrollo de la actividad protectora del patrimonio cultural. Estas funciones se resumen en la cooperación y en el fomento de la concertación entre las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros (art. 3.2º), específicamente a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) (art. 4). Estas genéricas funciones se concretan (art. 3.2º) en la de localizar, a petición de un Estado miembro, un bien cultural determinado que haya salido de forma ilegal de dicho Estado miembro, así como en la identificación del poseedor y/o tenedor del mismo; en la notificación del hallazgo al Estado miembro interesado, en caso de descubrir bienes culturales en su propio territorio y de existir motivos razonables para suponer que dichos bienes han salido de forma ilegal del territorio de otro Estado miembro; en requerir del Estado requirente la acreditación del carácter cultural del bien en cuestión; en adoptar, en coopera-

ción con el Estado miembro interesado, las medidas necesarias para la conservación del bien cultural; en evitar, con las medidas precautorias que sean necesarias, la elusión del procedimiento de restitución; y, en fin, en intermediar entre el poseedor o el tenedor del bien y el Estado requirente, así como facilitar la aplicación de un procedimiento de arbitraje.

Este específico contenido de la norma, que viene impuesto por la Directiva objeto de transposición, debería tener reflejo en la determinación de su objeto, tanto más cuanto esta específica regulación de las competencias de las autoridades centrales, conectadas con el instrumento del IMI, se presenta en la norma europea como uno de los mecanismos que habrán de tener la virtualidad de superar la relativa ineficacia de la Directiva 93/7/CE.

Cuarta.— La definición de “bien cultural” se construye sobre dos condiciones, una de las cuales presenta carácter imperativo. Esta consiste en que el bien esté clasificado, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, como “patrimonio histórico, artístico o cultural” con arreglo a la legislación estatal o regional o a procedimientos administrativos nacionales en el marco del art. 36 TFUE. El art. 2 del Anteproyecto, como el art. 2.1) de la Directiva, pretenden salvar la competencia de los Estados miembros para definir sus patrimonios culturales, en coherencia con lo dispuesto en el art. 36 TFUE, con el que aparecen vinculados. La norma autoriza a conferir eficacia retroactiva a la clasificación —cuando tiene lugar con posterioridad a la salida—, mas no por ello cabe considerar que, una vez recaída, la salida devendría ilícita, pues sería tanto como conferir eficacia retroactiva a la ilicitud, lo que pugna con el principio general de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos. Por consiguiente, la ilicitud debe existir en el momento de la salida del bien, y debe persistir en el momento de interponerse la demanda, pues de no ser así faltaría uno de los presupuestos de la acción de restitución. De ahí que el art. 8.2º de la Directiva disponga que la acción de restitución no será admisible si la salida del bien del territorio del Estado miembro requirente ya no es ilegal en el momento de la presentación de la demanda; y de ahí también que el art. 9.1–b) del texto proyectado, en consonancia con la Directiva, establezca como requisito de admisibilidad de la demanda la presentación junto con esta de una declaración de las autoridades competentes del Estado requirente de que el bien cultural ha salido de su territorio de forma ilegal y que persiste esta circunstancia en el momento de presentarse la demanda, en el entendido de que, de no acompañarse ese documento, el Juez, de oficio, y sin audiencia de partes, dictará auto de inadmisión de la demanda. Convendría, por tanto, que el prelegislador contemplara expresamente el carácter irretroactivo de la ilegalidad en aquellos casos en los que la calificación del bien cultural es posterior a la salida del mismo del territorio del Estado miembro.

Quinta.— El art. 2 del texto proyectado se refiere a la calificación del bien como “patrimonio histórico, artístico o cultural” con arreglo a la legislación estatal o regional o a procedimientos administrativos nacionales. El art. 2.1º de la Directiva alude a la clasificación del bien como “patrimonio histórico, artístico o cultural”. Cabría sugerir al prelegislador que la definición contenida en el ordinal primero de la letra a) del art. 2 del Anteproyecto se ajuste a la literalidad del art. 2.1º de la Directiva, tanto más cuanto la mayor amplitud de la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico español se encuentra en el ordinal segundo de la misma letra de ese art. 2, donde se recogen las diversas alternativas con arreglo a las cuales se define el concepto de “bien cultural”.

Sexta.— El prelegislador ha optado por conferir, en uso de la autorización que otorga la norma europea objeto de transposición, una amplitud más que notoria a la protección de los bienes culturales que dispensa, por cuanto en ella se incluye cualquier bien que tenga valor artístico, histórico o antropológico, sin necesidad de declaración explícita, lo que, sin embargo, puede producir un cierto grado de inseguridad jurídica, pues el interés o valor histórico o artístico, desconectado de otros elementos caracterizadores del patrimonio cultural español, adquiere una marcada connotación subjetiva que pugna con el indicado principio de seguridad jurídica. Sería más aconsejable, por tanto, que se produjera la señalada conexión, bien con la declaración de interés cultural, bien con la inclusión en el Inventario General, bien, en fin, con cualquier otro elemento de carácter

objetivo capaz de definir el valor cultural del bien para evitar incurrir en valoraciones subjetivas difíciles de coherencia con la seguridad jurídica.

Séptima.— La enumeración de las alternativas que contiene el art. 2.a).2º puede resultar redundante, pues la inclusión en inventarios de las instituciones eclesiásticas se contempla en el art. 28 de la LPHE.

Por otra parte, la alternativa consistente en la inclusión del bien en el anexo del Reglamento (CE) nº 116/2009 quiere ser coherente con el concepto de “salida ilegal” definido en la letra c) de este art. 2, que recoge la definición del art. 2.2º de la Directiva, conforme al cual se entenderá producida cuando haya tenido lugar con infracción de la legislación de un Estado miembro en materia de protección del patrimonio nacional, entendido este como el constituido por sus bienes culturales protegidos de titularidad pública o privada, o infringiendo las disposiciones del Reglamento (CE) nº 116/2009. Este cataloga los bienes en función de su antigüedad, su naturaleza y su valor económico, y presenta los mismos problemas de aplicación que ya presentaba su predecesor, el Reglamento (CEE) 3911/92, por la indeterminación del órgano encargado de establecer la antigüedad del bien y de fijar su valor económico. Desde la doctrina se ha puesto en duda la idoneidad de los criterios de antigüedad y de valor económico para restringir el ámbito de la restitución cuando la salida ilegal se deba a un delito de robo y no a una mera infracción de condiciones de autorización o similares. Debe tenerse en cuenta que las Convenciones del Consejo de Europa y de la UNESCO prescinden del requisito del valor económico, por lo que cabe sugerir al prelegislador que haga lo propio, al menos en los casos en los que la salida del bien cultural es subsiguiente a la comisión de un delito de robo.

Octava.— La Directiva y la ley proyectada contienen un concepto autónomo de colecciones públicas a los efectos de la protección que dispensan sus normas. Con arreglo a ellas, bastaría con que se dieran las condiciones de pertenencia —titularidad del Estado miembro, de una autoridad local o regional del mismo o de una institución u organismo propiedad del Estado o de una autoridad local o regional, o que esté financiada de forma significativa por cualquiera de ellos (o que tenga carácter público conforme a sus normas fundacionales, según el art. 2.b del Anteproyecto)— y, ora la clasificación como pública con arreglo a la legislación de un Estado miembro —en la Directiva—, ora su inclusión en los inventarios de los muebles, archivos y fondos de conservación de bibliotecas. Se mantiene, empero, la duda sobre si basta la concurrencia de tales atributos —el elemento subjetivo de pertenencia y que figure en uno de los citados inventarios— o es necesario que la colección reúna aquellos que han servido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para definir el concepto. Por lo demás, debe advertirse que la Directiva ha prescindido del elemento de su inclusión en inventarios para exigir, en cambio, el requisito de la clasificación como públicas con arreglo a la legislación del Estado miembro, si bien este carácter público de la colección se debe entender implícito en su inclusión en tales inventarios, cuando estos son de titularidad pública.

Novena.— El concepto de exportación ilegal se contiene en el art. 2.2º de la Directiva y en el art. 2.c) del texto proyectado, que reproduce el tenor de aquel, si bien precisando qué debe entenderse por patrimonio nacional a efectos de dicha disposición. El elemento esencial de la protección se encuentra en el carácter ilegal de la exportación del bien cultural, que se produce solo cuando tiene lugar con infracción de su legislación en materia de protección del patrimonio nacional o de las disposiciones del Reglamento (CE) nº 116/2009. Por consiguiente, una salida ilícita fundada exclusivamente en razones fiscales o formales ajenas al carácter cultural del bien no ampararía la acción de restitución. Por el contrario, sí quedarían incluidos en el concepto los supuestos de comisión de ilícitos penales, como el robo o el hurto, y también los de apropiación indebida, pues en el concepto de exportación ilegal se incluyen los casos en los que el bien no ha sido devuelto al término de una salida temporal realizada legalmente, o en los que se haya infringido cualquier otra condición de dicha salida temporal (arts. 2.2º.b de la Directiva, y 2.c.2º del Anteproyecto).

Décima.— Íntimamente relacionado con el requisito de la exportación ilegal se encuentra el problema que suscita la exportación de bienes culturales a través de los Estados de tránsito. Se plantea la duda acerca de si la protección diseñada por el legislador europeo, y que incorpora el prelegisla-

dor patrio, comprende los casos en los que la salida ilícita se ha producido a un tercer país para después entrar en el territorio del Estado miembro al que se solicita la restitución. En esos casos, el bien no ha sido exportado ilícitamente del Estado miembro de origen, y si viene acompañado de un certificado de exportación de las autoridades del tercer Estado cabría la posibilidad de proteger al tercer adquirente de buena fe, en su condición de tal. Además, estos supuestos frecuentemente crean dificultades para determinar el carácter ilegal de la exportación –si el bien fue o no sustraído y dónde– y originan dudas acerca de cuándo se produjo la exportación ilegal. Si se atiende al tenor del art. 2.2º de la Directiva y su homólogo del Anteproyecto se advierte que la protección se dispensa atendiendo a la salida de forma ilegal de un Estado miembro para llegar al territorio de otro Estado miembro, independientemente de cuál haya sido el iter seguido. Esta conclusión se reafirma por el hecho de que el concepto de salida ilegal comprende los casos en que se hubiera exportado el bien con infracción del Reglamento (CE) nº 116/2009, relativo a exportación a terceros países de bienes culturales, lo que refuerza la idea expuesta. Con todo, sería aconsejable que el prelegislador contemplara de forma expresa esta situación, del mismo modo que en el informe del grupo de expertos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) sobre la protección contra el tráfico de bienes culturales, de 28 octubre 2009, se contiene la misma recomendación respecto del Tratado modelo para la prevención de los delitos que atentan contra la herencia cultural de los pueblos, aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1990, y acogido por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas nº 45/121, de 14 diciembre 1990.

Decimoprimer.– El prelegislador, al definir en el art. 2 del texto proyectado los conceptos que vertebran el régimen de protección que establece la norma, recoge el concepto autónomo de poseedor y de tenedor del bien cultural ilícitamente exportado (art. 2.6º y 7º de la Directiva). La recepción del concepto autónomo definido por el legislador europeo conlleva extender la protección frente al mero detentador del bien, en un sentido próximo al de la institución de la “*Gewere*” germánica –prescindiendo de la apariencia de titularidad propia de esta institución–, en donde no tiene relevancia el *animus*. Se trata, en todo caso, de la recepción de un concepto amplio de poseedor que incluye al tenedor o detentador, y que, por tanto, excede del concepto de poseedor civil o en sentido propio, tal y como se entiende en los Derechos de tradición romana, para aproximarse a concepciones más modernas de la posesión, que toman elementos de los Derechos de base germánica. En la medida en que se tiende a establecer un marco común de protección de bienes culturales, es adecuada la transposición que el prelegislador hace de la norma europea, ciñéndose a las definiciones contenidas en la Directiva, y huyendo de la tentación de acomodar los conceptos a las categorías conceptuales propias del Derecho español.

Decimosegunda.– Entre las facultades de la autoridad central, el prelegislador incluye, en la letra c) del apartado segundo del art. 3, la siguiente: “Requerir la acreditación de salida ilegal por parte de las autoridades competentes del Estado miembro requirente, de que el bien en cuestión es un bien cultural a condición de que la verificación se efectúe en los seis meses siguientes a la notificación prevista en el ap. b). En caso de que no se efectúe dicha acreditación en el plazo estipulado, no serán de aplicación los apartados d) y e)”. Estos apartados se refieren, respectivamente, a la adopción, en cooperación con el Estado miembro interesado, de las medidas necesarias para la conservación material del bien cultural, y a evitar, con las medidas de precaución que sean necesarias, que se eluda el procedimiento de restitución. La redacción del ap. de la letra c) de este precepto se presenta, sin embargo, oscura, e induce a error acerca del objeto de la acreditación. Parece más aconsejable reproducir, con las debidas concordancias a la hora de realizar la remisión a otros apartados del precepto, el tenor del apartado tercero del art. 5 de la Directiva, que reza: “facilitar la verificación, por parte de las autoridades competentes del Estado miembro requirente, de que el bien en cuestión es un bien cultural, a condición de que la verificación se efectúe en los seis meses siguientes a la notificación prevista en el punto 2. En caso de que no se efectúe dicha verificación en el plazo estipulado, no serán de aplicación los puntos 4 y 5”.

Por otra parte, en la letra f) del apartado segundo del art. 3 se atribuyen a la autoridad central facultades mediadoras en materia de restitución entre el poseedor o el tenedor del bien y el Estado miembro requirente, incluyendo la facultad de facilitar la aplicación de un procedimiento de arbitraje, con la condición de que el Estado miembro requirente y el poseedor o el tenedor den formalmente su conformidad. El precepto se ajusta a lo dispuesto en el apartado sexto del art. 5 de la Directiva, si bien en este se determina cuál habrá de ser la ley aplicable al arbitraje (la del Estado requerido), concreción de la ley aplicable que debería recogerse asimismo en la norma proyectada. Y el prelegislador debería considerar la posibilidad de ampliar las facultades de la autoridad central incluyendo la del favorecimiento de medios alternativos de solución de conflictos, como la mediación, en los términos sugeridos por el grupo de expertos de la UNODOC en su informe de 28 octubre 2009.

Decimotercera.— El art. 4 del Anteproyecto debería indicar explícitamente que la divulgación de la información por la autoridad central debe llevarse a cabo en el marco del IMI, con sujeción a las normas de tratamiento de datos de carácter personal y seguridad contenidas en el Capítulo III del Reglamento (UE) n° 1024/2012, de 25 octubre 2012, y en todo caso con las garantías que establece la LO 5/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Decimocuarta.— Tras la aplicación del Reglamento (UE) n° 1215/2012 – a partir del día 10 enero 2015–, y teniendo en cuenta que es aplicable a las acciones ejercitadas con posterioridad a dicha fecha (art. 66.1° del Reglamento), la norma de competencia judicial internacional que contiene el art. 5 del texto proyectado –conforme a la regla *forum rei sitae* carece de virtualidad práctica más allá de los casos en los que el demandado no esté domiciliado en un Estado de la Unión, conformando en tales casos la norma de competencia judicial interna aplicable a la materia, en defecto de norma supranacional aplicable.

Decimoquinta.— El art. 5 se ha limitado a establecer una regla de competencia judicial internacional sin descender a fijar una regla de competencia territorial, que habrá de determinarse mediante la aplicación de las reglas generales contenidas en los arts. 50 ss LEC. Esta falta de determinación de la competencia territorial en la Ley proyectada y la remisión a las reglas generales de la LEC, puede dar lugar, tratándose de la acción de restitución de bienes muebles culturales, a un vacío normativo en aquellos casos en los que el demandado no se encuentra domiciliado ni reside en el territorio español, y no concurre alguno de los puntos de conexión establecidos en el art. 50 LEC, ni es de aplicación ninguno de los fueros especiales del art. 52. Para evitar esta situación de anomia sería aconsejable que en el art. 5 del texto proyectado se incluyera como un fuero subsidiario a los generales establecidos en el art. 50 LEC la regla de competencia territorial conforme al criterio *forum rei sitae*, haciendo coincidir la norma de competencia internacional y la norma de competencia territorial.

Por otra parte, el precepto atribuye la competencia para conocer de la acción de restitución a los órganos de la jurisdicción civil. Esta atribución competencial se encuentra justificada, en último término, por el carácter residual que el art. 9.2° LOPJ atribuye a este orden jurisdiccional.

Decimosexta.— El proceso derivado del ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales españoles se tramitará conforme a lo establecido en la LEC para los juicios verbales, con las especialidades que se contiene en la propia Ley proyectada (art. 6). Este tipo de procedimiento es el más idóneo para sustanciar acciones de naturaleza sumaria, incluso aunque en el futuro el legislador establezca el trámite de contestación a la demanda por escrito con carácter general, pues se prescinde del trámite de la audiencia previa, y se concentran en el acto de la vista todas las cuestiones, tanto de naturaleza procesal como de fondo o de carácter material. Es cierto que el proceso de restitución de bienes culturales no posee un carácter sumario en toda su dimensión, pues solo cabe predicar tal carácter de la tutela posesoria estrictamente –es decir, de la pretensión de restitución del bien–, siendo así que el objeto del proceso se integra además con el derecho a la indemnización que eventualmente puede ser reconocido al poseedor del bien. Con todo, los cauces del juicio verbal son los más adecuados para otorgar la tutela rápida y eficaz que se persigue, aun

cuando los presupuestos para el éxito de la tutela posesoria requieran un mayor esfuerzo probatorio del que aparentemente se exige al promotor de la acción.

Decimoséptima.— Es preciso destacar el limitado objeto del proceso, circunscrito a la restitución del bien al Estado requirente y a la eventual indemnización al poseedor de buena fe, y la subsiguiente limitación del objeto de la prueba, lo que se deduce de la cláusula de salvaguarda que se contiene en el art. 16 de la Directiva —precepto que el prelegislador no ha trasladado al texto proyectado—, que deja a salvo las acciones civiles y penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado requirente y/o el propietario del bien cultural robado. Es importante que se lleve al ordenamiento interno y se deje claro el limitado objeto del proceso que tiende a proteger los bienes culturales ilícitamente exportados, en evitación, tanto de que se amplíe con cuestiones relativas a la propiedad del bien, que deberán ser resueltas con la aplicación de la legislación —material— del Estado requirente, como que se impida el futuro ejercicio de acciones sobre la propiedad del bien, o el reconocimiento en el Estado extranjero de la sentencia que se dicte por los tribunales del foro, mediante la eventual invocación de la litispendencia o de la excepción de cosa juzgada.

Decimoctava.— La atribución de la competencia para conocer del proceso de restitución al orden jurisdiccional civil comporta la aplicación del conjunto de las normas procesales contenidas en la LEC, en todo lo no expresamente previsto en el texto proyectado, y no solo las referidas específicamente al juicio verbal. Por ello, sería preferible que el art. 6 tuviera una redacción similar a la siguiente: “Los procesos derivados del ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales españoles se regirán por lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en todo lo no previsto en la presente Ley, y se tramitarán por las reglas establecidas para los juicios verbales, con las especialidades que se contienen en los artículos siguientes”.

Decimonovena.— El Apartado cuarto del art. 7 —dentro, por tanto, del precepto que se refiere a la legitimación— dispone que la autoridad central española informará sin demora a la autoridad central competente del Estado miembro requerido acerca de la presentación de la demanda para la restitución del objeto en cuestión. Este precepto reproduce parcialmente el contenido del art. 7 de la Directiva. Sería aconsejable, con todo, que esta disposición se llevase al art. 9, que se refiere a la admisión a la demanda, añadiendo al mismo un Apartado cuarto con el mismo contenido que el del Apartado cuarto del art. 7, si bien con la precisión de que la información se facilitará a través del IMI de acuerdo con las disposiciones legislativas aplicables a la protección de los datos personales y de la vida privada, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios de comunicación además del IMI, y siempre con la observancia de tales disposiciones protectoras de los datos personales.

Por otra parte, se ha de incidir en la conveniencia de prescindir de la expresión “Estado español”, de resonancias históricas pasadas, para emplear, cuando se pueda, solamente el sustantivo “Estado”, suficiente para designar a España frente a otros Estados miembros de la Unión Europea —como, por ejemplo, al establecer la legitimación—, o el calificativo “español/a”, por ejemplo, cuando se hace alusión a la autoridad central.

Vigésima.— Debería darse una mejor redacción al apartado tercero del art. 8, que contempla la excepción al plazo máximo de prescripción extendiéndolo a 75 años para determinados bienes en términos análogos a los del art. 8.1º, tercer párrafo, de la Directiva, el cual, sin embargo, no se transpone adecuadamente. La norma europea prevé una excepción al plazo de treinta años en el que, en todo caso, ha de prescribir la acción de restitución, cuando esta afecte a bienes pertenecientes a colecciones públicas y a bienes incluidos en los inventarios de instituciones eclesíásticas o de otras instituciones religiosas en aquellos Estados miembros donde tales bienes estén sometidos a un régimen especial de protección según la ley nacional; y la excepción tiene a su vez otra, en los casos en que, bien la acción sea imprescriptible conforme a la legislación del Estado miembro, bien se haya establecido un plazo mayor por virtud de acuerdo bilateral entre los Estados concernidos. La norma española debe establecer la excepción al plazo máximo de prescripción desde la perspectiva interna, en la medida en que incorpora una norma referida a la prescripción de las acciones ejercitadas ante los tribunales españoles, pero atendiendo al régimen de especial protec-

ción otorgado por la legislación del Estado de donde procede el bien que se trata de proteger; y debe prever también la excepción a la anterior excepción, que conduce a la imprescriptibilidad cuando así se haya establecido legalmente, o al mayor plazo de prescripción convenido en el marco de acuerdos bilaterales entre los Estados miembros concernidos. Debe tenerse en cuenta, además, que la imprescriptibilidad se predica del plazo para el ejercicio de la acción de restitución, y no respecto del plazo para adquirir la propiedad del bien en cuestión —no respecto del bien en sí mismo, en suma—.

Vigesimoprimeras.— Debe cuestionarse que la norma proyectada que se examina amplíe el alcance de la excepción a los bienes arqueológicos y bienes parte de un inmueble que sea de interés cultural, cuando se trata de establecer el plazo de ejercicio de la acción de restitución de bienes que han salido ilegalmente de otro Estado miembro y se encuentran en España, y cuando esta ampliación no se contempla en la Directiva. En consecuencia, la redacción que se propone de dicho apartado podría ser similar a la siguiente: “No obstante lo dispuesto en el ap. anterior, la acción de restitución de bienes pertenecientes a colecciones públicas y de bienes incluidos en los inventarios de instituciones eclesiásticas o de otras instituciones religiosas que estén sometidos a un régimen especial de protección por la legislación del Estado requirente prescribirá en un plazo de setenta y cinco años, excepto que en el marco de acuerdos bilaterales con el Estado miembro se hubiera establecido un plazo mayor”.

Vigesimosegundas.— La norma proyectada reproduce el contenido del art. 6 de la Directiva, y añade la exigencia de las indicadas menciones en los casos de expediciones temporales de bienes exportados legalmente. A la hora de incorporar la norma europea, el prelegislador, sin embargo, debería precisar las características y autoría del documento que describe el bien reclamado y de dónde ha de proceder la certificación de su carácter cultural.

Vigesimoterceras.— El apartado tercero del art. 9 establece la consecuencia de la no presentación junto con la demanda de los documentos y declaraciones exigidas, que no es otra que la inadmisión de plano, de oficio y sin audiencia de parte, de la demanda. La consecuencia de la inadmisión *a limine litis* de la demanda por falta de presentación con ella de documentos esenciales es coherente con lo dispuesto en el art. 269.2º, en relación con el art. 266.2º, ambos de la LEC. Este radical efecto, en cualquier caso, debe ser respetuoso con la facultad de subsanar cualquier defecto de carácter procesal en que se hubiera podido incurrir en los términos previstos en el art. 231 LEC.

Vigesimocuartas.— El hecho de que se exija la presentación con la demanda de los indicados documentos no debe llevar a la conclusión de que tales documentos hacen plena prueba de los hechos a los que se refieren, y que, por lo tanto, tales hechos están exentos de mayor acreditación. El art. 10 del Anteproyecto, que reproduce el contenido del art. 9 de la Directiva, sugiere lo contrario, al exigir la prueba de que se trata de un bien cultural protegido y de que su salida del territorio del Estado requirente ha sido ilegal. Un elemento útil para lograr la prueba de tales hechos, cuya carga recae sobre el Estado demandante por aplicación de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC, han de ser, desde luego, las certificaciones y declaraciones que han de acompañar a la demanda, que habrán de ser valoradas de conformidad con lo dispuesto en los arts. 319 y 325 LEC, en relación con su art. 323, en su caso. Esta necesidad de prueba, fundamentalmente del carácter ilegal de la salida del bien, puede comprometer la agilidad del mecanismo de restitución, inconveniente que, sin embargo, es posible superar a fuerza de dotar de valor presuntivo, con carácter *iuris tantum*, al contenido de la certificación y de la declaración emitida por las autoridades competentes del estado requirente, desplazando hacia el demandado la carga de acreditar que la salida del bien se ha producido legalmente. En todo caso, el pronunciamiento favorable a la restitución del bien exige que se den los demás presupuestos necesarios para acoger la pretensión deducida, específicamente los relativos al plazo para el ejercicio de la acción y el requisito temporal a que se refiere el art. 14 de la Directiva, y la Disposición adicional segunda del Anteproyecto de Ley. Sería aconsejable, por tanto, que en el apartado primero del art. 10 del texto proyectado se condicionara también el pronunciamiento por el que se ordene la restitución a la concurrencia de los demás requisitos y presupuestos exigidos por la Ley.

Vigesimoquinta.— Una de las misiones de la autoridad central consiste en evitar, con las medidas de precaución que sean necesarias, que se eluda el procedimiento de restitución. Este cometido puede desarrollarse, desde luego, en la esfera administrativa, llevando un control aduanero del bien cultural que ha de ser objeto de restitución. No obstante, este control puede resultar insuficiente, y puede ser necesario impetrar el auxilio judicial para obtener la tutela cautelar encaminada a garantizar la eficacia de la restitución del bien cultural ilícitamente exportado. Esta acción cautelar debe realizarse a través de la cooperación con la autoridad central del Estado requirente a fin de que éste, como único legitimado en el ejercicio de la acción de restitución, pueda solicitar del tribunal español competente la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda o de forma coetánea al presentar esta. La ley proyectada no contiene previsión expresa alguna sobre la tutela cautelar para asegurar la eficacia de la resolución por la que se ordene la restitución del bien cultural. Es preciso que, a la hora de precisar cuál es el marco normativo procesal aplicable a la acción de restitución que regula la Ley proyectada, se haga en esta una remisión en bloque a la LEC, y no únicamente a las normas que regulan el juicio verbal. De este modo sería posible acudir, sin asomo de duda, a las disposiciones contenidas en los arts. 721 ss LEC y solicitar de conformidad con ellas las medidas cautelares previas o coetáneas a la presentación de la demanda que se considere adecuadas, bien sea alguna o varias de las reseñadas en el art. 727 — particularmente las que figuran bajo los ordinales 3º, 7º o 9º—, bien cualquier otra que resulte necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare, en el bien entendido de que el art. 727 LEC no contiene un catálogo cerrado de medidas cautelares.

Vigesimosexta.— La sentencia que, estimando la demanda, ordene la restitución del bien cultural fijará al mismo tiempo una indemnización equitativa al poseedor que pruebe que ha actuado con la diligencia debida, para lo cual se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular las detalladas en el apartado tercero del art. 10 del texto proyectado, que reproduce literalmente el apartado segundo del art. 10 de la Directiva. El prelegislador ha añadido el requisito de que el poseedor del bien sea un adquirente a título oneroso, lo que no se exige en la Directiva. Lo habitual será que el poseedor aparezca como un comprador del bien cultural, y de hecho entre las circunstancias que el tribunal ha de tener en cuenta para determinar si ha actuado con la diligencia debida se encuentra la del precio pagado por el bien. No obstante, el poseedor ha podido adquirir el bien por otro título, lo que no empece a que se le reconozca el derecho a ser igualmente indemnizado por la privación del bien: así se explica que en el Apartado cuarto del art. 10 —y en el apartado tercero del art. 10 de la Directiva— se disponga que en el caso de donación o sucesión el poseedor no podrá disfrutar de un régimen más favorable que el que haya tenido la persona de quien haya adquirido el bien en dicho concepto. Por tanto, lo adecuado sería prescindir del requisito de la adquisición a título oneroso para proteger a todo poseedor de buena fe.

Vigesimoséptima.— El art. 13 de la Directiva, como también lo hacía el art. 12 de la Directiva 93/7/CEE, dispone que la propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente. La Ley proyectada no ha transpuesto dicha disposición, como tampoco lo hizo la vigente Ley 36/1994. El legislador europeo ha establecido una auténtica norma de conflicto en favor de la *Lex originis* —la ley del Estado de origen del bien—, lo que supone abandonar la regla tradicional de la ley del lugar donde esté situado el bien, por la escasa protección que otorga esta regla a los patrimonios culturales. De este modo, los tribunales de cualquier Estado de la Unión Europea aplicarán las normas de intervención españolas para determinar la propiedad de un bien cultural español.

Esta falta de transposición, que hace entrar en juego las normas de conflicto internas resolviendo el conflicto móvil en favor del momento de la adquisición del bien por el tercero, como momento jurídicamente relevante, no se encuentra justificada, y vulnera el principio de cooperación en la protección de los patrimonios históricos de los Estados miembros de la Unión Europea. Aunque ante esta falta de transposición cabría defender, un tanto forzosamente, la aplicación directa del art. 13 de la Directiva, y por tanto de la legislación interna del Estado de origen del bien

para determinar la propiedad del bien cultural ilícitamente exportado que ha sido restituido a su Estado de origen, lo adecuado es, no obstante, incorporar la norma de conflicto al ordenamiento interno, en evitación de las dudas que pudieran darse sobre la aplicabilidad directa de una Directiva en un proceso sobre la propiedad de un bien. En modo alguno puede reputarse obvia la regla que contiene la norma europea, y por ello, considerar innecesaria su incorporación al ordenamiento interno, cuando el legislador de la Unión quiere establecer una norma de conflicto homogénea para todos los Estados de la Unión Europea con la mira puesta en asegurar la mayor protección de los patrimonios culturales nacionales, que se ha de imponer, por tanto, a la que la mayoría de los ordenamientos internos establecen para determinar

la ley material aplicable a la propiedad de los bienes.

Vigesimoctava.— El prelegislador ha prescindido de la facultad que se otorga en el art. 15.2º de la Directiva, que permite aplicar su régimen a las solicitudes de restitución de bienes culturales que hubiesen salido ilegalmente de un Estado miembro con anterioridad al 1 enero 1993. La vigente Ley 36/1994 también prescindió de la misma facultad que concedía la Directiva 93/7/CEE. Aunque, ciertamente, hasta el 1 enero 1993 se mantuvo el control aduanero, cabría suscitar la conveniencia de ampliar la protección de los bienes culturales españoles ilícitamente exportados con anterioridad a dicha fecha que hubieran eludido los controles aduaneros, haciendo uso, por tanto, de la facultad que ofrece la norma europea objeto de transposición.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ANTEPROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL

2014-2015/Doc/8.— Informe del Consejo Fiscal de 25 septiembre 2014.

[...]

2.— *Procedencia del informe del Consejo Fiscal*

El art. 14.4º, j) Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) atribuye al Consejo Fiscal la competencia de informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El texto remitido afecta por la materia que regula, de un lado, a la amplia intervención del Fiscal en los procesos civiles, en el proceso civil así como en su función de garante de la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 3.6º, 7 y 8 del EOMF y, de otro, a la obligación que tiene de promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales, de acuerdo con lo previsto en el art. 3.15º EOMF.

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal en cumplimiento de los precitados artículos.

3.— *Consideraciones generales*

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil disponía en su Disposición Final Vigésima (Proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil): “En el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”. El presente Anteproyecto de Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante, el Anteproyecto) viene con un

retraso de catorce años a dar cumplimiento a este mandato legal por lo que debemos felicitar que finalmente se haya abordado esta regulación.

La obsoleta regulación existente hasta la fecha, en ocasiones fragmentaria y llena de lagunas, urgía dotar a nuestro país de una regulación sobre cooperación jurídica internacional en materia civil que incorporara las más modernas orientaciones y prácticas procedentes en su mayoría de la normativa europea pero que también son tendencia y práctica común en otros ámbitos regionales. Ha de tenerse en cuenta que la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dejaba en vigor los arts. 951 a 958 LEC/1881, sobre eficacia en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil por lo que la inadecuación de las normas era cada vez más notoria y perjudicial.

Asimismo la globalización y flexibilización de las fronteras hace que sea más que notable incremento de litigios con elemento extranjero tramitados ante los órganos jurisdiccionales españoles lo que conduce a la imprescindible necesidad de articular mecanismos eficaces de cooperación internacional que garanticen en España el derecho a la tutela judicial efectiva ante la presencia de un elemento internacional en el ámbito del procedimiento civil.

Se han aglutinado en este Anteproyecto normas contenidas en textos internacionales que se consideran actualmente estándares en la materia, con la cautela de no generalizar la normativa que responde a la idea de confianza y reconocimiento mutuo entre Estados Miembros de la Unión Europea.

Exposición de Motivos

Hemos de destacar como muy acertada la plasmación del principio favorable a la cooperación internacional que viene ya recogido en el art. 1.3º Carta de las Naciones Unidas, en la Resolución 2625 de la Asamblea General de la ONU y fue plasmado recientemente en el art. 18 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

También se considera muy positiva la idea de incorporar expresamente una habilitación general a todos los órganos jurisdiccionales españoles para comunicarse directamente con autoridades de otros Estados con el único límite de sus respectivos marcos legales y de la independencia judicial siguiendo el modelo ya adoptado por los Reglamentos comunitarios y Convenios de La Haya en la materia que forman parte del ordenamiento jurídico español. Esta habilitación general permite al órgano judicial saber que puede e incluso debe, cuando fuera necesario, comunicarse internacionalmente lo que facilitará la comprensión y permitirá que el órgano jurisdiccional español cuente con información relevante y de primera mano proporcionada directamente, y sin intermediarios, de su homólogo en otro país con los consiguientes beneficios para la buena administración de justicia.

4.– Comentarios al Título preliminar. Disposiciones generales

El Título Preliminar de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la ley y establece los principios generales que la inspiran.

El art. 1 define el objeto de la presente regulación, doble sentido:

- La cooperación civil y mercantil queriendo decir con esto todo el sector del Derecho privado (civil, mercantil y laboral) sin exclusiones materiales. Sin perjuicio de que el desarrollo de ciertas materias se realice a través de reglas especiales.
- Autoridades españolas incluyendo no sólo autoridades judiciales sino aquellas otras que tengan responsabilidades específicas en materia civil y mercantil, de acuerdo con la normativa internacional o nacional aplicable.

El art. 2 enumera y jerarquiza las fuentes, remitiendo en primer lugar a los Tratados internacionales y las normas europeas, en segundo lugar a las normas especiales que en el ámbito de la cooperación civil regulen determinadas materias y finalmente a esta ley que se convierte en norma general y subsidiaria. Sería conveniente una mención concreta a su carácter no solo de norma subsidiaria sino también general en este ámbito material.

El art. 3 mantiene el criterio de reciprocidad como criterio general determinante de la cooperación civil entre las autoridades españolas y extranjeras. Hay que advertir que este artículo ha sido objeto de modificación respecto al texto que había sido acordado por el grupo de trabajo que había llegado justamente a la conclusión contraria y era precisamente a la supresión del principio de reciprocidad con carácter general.

Conviene recordar que la propia Jurisprudencia ha sido estos últimos años poco favorable a la exigencia de ese criterio de reciprocidad, un principio clásico en cooperación pero que podría considerarse superado o en vías de superación habida cuenta de que este principio no centra la cooperación en los intereses de los particulares sino que se exige de los Estados un determinado comportamiento y pretende sancionar a algunos Estados por su falta de colaboración, sin embargo la consecuencia es que los efectos y perjuicios los sufren particulares que pueden verse privados del reconocimiento de determinados derechos por lo que el grupo de trabajo había optado por eliminar la reciprocidad aun permitiendo en circunstancias excepcionales que el Gobierno por vía de Real Decreto estableciera la no colaboración con un Estado concreto cuando se comprobara una reiterada falta de colaboración.

El texto final de este Anteproyecto retoma el clásico principio de reciprocidad aunque no lo justifica ni siquiera la mención en la Exposición de Motivos pese a ser un punto esencial en la ley. Sería conveniente que se explicara la razón de esta opción, como decía contraria a los textos del grupo de trabajo, y habida cuenta de la tendencia a su desaparición.

En todo caso si se decide mantener este principio sería necesario que, al menos se especificara mejor cuando y por qué razones se puede exigir ese principio y cómo se compagina esta exigencia con la afirmación del siguiente párrafo en relación con la tutela efectiva de derechos e interés legítimos de particulares. No parece aceptable dejar completa discrecionalidad al Gobierno sobre la posibilidad de exigir esa reciprocidad sin concretar los supuestos cuando, como se decía, quien resulta afectado no es el estado extranjero sino los intereses de las partes y los particulares pendientes de esa prestación de auxilio.

Por ello, la seguridad jurídica exige una mayor concreción de los presupuestos para exigir reciprocidad y también y desde el punto de vista procesal regular concretamente cómo se solicita por las autoridades judiciales la acreditación de la reciprocidad, acreditación que tradicionalmente corresponde a la autoridad central y que no se especifica en el texto.

En la práctica serán los órganos judiciales a quienes el art 3.1º impone atender al principio de reciprocidad quienes querrán constatar la garantía de ese principio. Sería de agradecer que el anteproyecto concretara mejor las condiciones y formas para solicitar y acreditar la reciprocidad así como la prestación de esa garantía desde el punto de vista español cuando así lo exijan las autoridades extranjeras.

El art. 3.3º establece que las solicitudes de cooperación se llevarán a cabo y ejecutarán sin dilación conforme a dos principios, el de flexibilidad y el de coordinación, recogiendo en el precepto el conocido principio *favor comissionis*, en base al cual todas las autoridades han de procurar levantar los obstáculos, para que lo que se solicita desde un Estado extranjero, sea cumplido. En este punto, el prelegislador no concreta en qué consisten uno y otro principio, siendo cuando menos pertinente determinar con quien deben coordinarse las autoridades españolas ejecutantes, aparentemente la autoridad solicitante.

Ningún comentario más cabe añadir a lo ya dicho anteriormente sobre la habilitación de la comunicación judicial directa que aclara y facilita el acceso y la comunicación de las autoridades españolas con las autoridades extranjeras.

5.— Comentarios al Título I. Régimen general de la cooperación jurídica internacional

El Título I de la Ley se aplica a la cooperación jurídica en materia de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales y respecto a la obtención y práctica de la prueba.

En este punto, y como ya viene siendo tradicional se opta por mantener al Ministerio de Justicia como autoridad central a la vez que muy oportunamente se concretan sus funciones, competencias y obligaciones, haciendo una referencia a su actividad de auxilio, ayuda y colaboración con las autoridades competentes.

La autoridad central tiene un papel que debe ir más allá de un simple buzón de recepción y emisión de solicitudes, especialmente en materia civil. Por ello es de valorar que se incida y refleje expresamente esta función principal de auxilio, apoyo y colaboración con las autoridades competentes.

Es importante que la ley haga esta precisión, la autoridad central no ejerce la cooperación civil que corresponde a las autoridades competentes, sino que se limita prestar su colaboración y servir de auxilio y enlace entre las autoridades españolas y extranjeras cuando su intermediación e intervención sea necesaria. Ello se compagina con la habilitación general para la comunicación directa y favorece el entendimiento de la cooperación como una actividad del ámbito jurisdiccional y procesal mucho más que una actividad encuadrada en el ámbito de las relaciones y del Derecho internacional.

Pese a que no se especifica en este artículo, esta Ley se refiere al ámbito civil y sería conveniente que a la hora de atribuir la autoridad central al Ministerio de Justicia se especificara en el art. 7 que la autoridad central española en materia de cooperación jurídica internacional “en el ámbito civil” corresponde al Ministerio de Justicia. Independientemente de que el Ministerio lo sea también actualmente en otros órdenes jurisdiccionales, esta ley debería limitar a hacer esta designación estrictamente en el ámbito al que se refiere y regula.

El art. 8 detalla las funciones de la autoridad central, a las que cabría añadir, en coherencia con el contenido del Título III de este Anteproyecto y como antes de ha concretado sus obligaciones en relación con la información del Derecho extranjero. Efectivamente entre las funciones que recoge el anteproyecto en el art. 8 no se recoge la relativa a sus funciones para solicitar y prestar información sobre derecho extranjero. Independientemente de que ello figure en otras partes del texto, sería conveniente plasmar específicamente un nuevo apartado h) en el art. 8 que recogiera como una de sus funciones la de facilitar a las autoridades públicas españolas el acceso al derecho extranjero de conformidad con lo que posteriormente el texto recoge en el Título III y concretamente los arts. 34 a 35.

Especialmente debe concretarse su obligación de dar respuesta a las solicitudes de información sobre Derecho español a petición de autoridades extranjeras. Igualmente la de solicitar a éstas información sobre Derecho extranjero para proporcionarla debidamente a las autoridades españolas que lo requieran.

Aunque las memorias de impacto no valoran un cambio o nuevas necesidades en la autoridad central, de hecho la memoria económica (página 12) insiste en que “se considera que los medios existentes en la actualidad son suficientes para llevar a cabo las actuaciones que se prevén en el Anteproyecto”, ha de advertirse del riesgo de que las funciones asumidas unidas a la amplitud de deberes derivados del cumplimiento de la normativa europea, no puedan ser debidamente atendidas por los escasos recursos humanos con los que cuenta la Subdirección General de Cooperación y que ha sido objeto de quejas a nivel internacional por retrasos injustificados en la tramitación de asuntos.

Las normas contenidas en el Capítulo III del Título I son comunes a la cooperación jurídica en el ámbito de las notificaciones y la obtención de pruebas.

En el art. 9 se describen las vías de transmisión, añadiendo junto a la tradicional vía consular o diplomática, la transmisión a través de autoridades centrales, si existieren en ambos Estados, e incluso la transmisión directa entre órganos jurisdiccionales o por conducto notarial, si estuviera previsto en ambos Estados. La determinación de la vía de transmisión en un caso concreto dependerá, por tanto, de lo dispuesto en la legislación del Estado extranjero requerido o requirente.

El art. 11 recoge la necesidad de traducción de los documentos a la lengua del Estado que preste la cooperación y en relación con España se exige la traducción al español. Sugeriríamos introducir una norma de flexibilidad que permita en algunos casos una comunicación fluida, como ocurre en el ámbito penal con las comunicaciones con Portugal por ello se sugiere la introducción en este artículo de un apartado que exprese que “La Autoridad Central española podrá acordar con Autoridades Centrales extranjeras comunicarse en su propio idioma”.

El art. 12 establece que las solicitudes de cooperación acordadas por las autoridades españolas se “elevan” a la autoridad central. Aunque sea una cuestión terminológica menor, conviene evitar el término “elevar” que sugiere el traslado de algo una autoridad superior, algo que no se corresponde con

las funciones de la autoridad central. El ap. 3 de este artículo podría concretar mejor qué tipo de medios se admiten como susceptibles de uso para garantizar la seguridad, la confidencialidad y la autenticidad e integridad del documento recibido y el expedido.

Es propio y exigible de una ley la claridad que permita al operador saber si se puede o no remitir los documentos de otra forma o por otra vía que la del correo postal y pronunciarse sobre la posibilidad de uso de medios electrónicos concretos. Sería por ello conveniente un pronunciamiento expreso de la ley en este sentido, de forma análoga a lo que especifica el art. 21 en relación con los medios de comunicación, notificación y traslado al extranjero, incluso aunque se haga la salvedad de la posibilidad de exigir otra forma de remisión en caso de que así lo solicite la autoridad extranjera.

El art. 15 se ocupa de la ejecución en el extranjero de diligencias procesales por funcionarios consulares y diplomáticos españoles pese a que no se trata realmente de supuestos de cooperación jurídica internacional, pues son españolas tanto la autoridad que solicita la práctica de la diligencia como el funcionario diplomático o consular a quien se dirige la solicitud. Entendemos que sería conveniente añadir, como declaración recíproca de admisión, lo siguiente: “España no se opone al ejercicio por agentes diplomáticos y consulares extranjeros de las funciones auxiliares a la administración de justicia en los términos contemplados en el art. 5 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, incluso cuando no resulte aplicable la mencionada Convención. A condición de reciprocidad, también podrán ejercitarse incluso en relación con nacionales españoles o nacionales de un tercer Estado residentes en España”.

Dicho ejercicio deberá, en todo caso, respetar la legislación española y proceder solo en aquellos casos que no requieran el ejercicio de coacción.

Por otro lado, el texto acude a la denominación actual del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de manera que los eventuales cambios en la denominación obliguen a concretar en el futuro la denominación transitoria de este órgano, siendo aconsejable que la legislación al referirse al ministerio con competencias sea el de Asuntos Exteriores.

El art. 16 se refiere al desplazamiento al extranjero de determinadas autoridades entre las que menciona los Secretarios Judiciales. Debe recordarse que el texto del Anteproyecto de LOPJ modifica la denominación del cuerpo que puede pasar a denominarse Letrados, de modo que es preciso llamar la atención de este aspecto para que la tramitación prelegislativa y legislativa procuren dar homogeneidad a la denominación de este cuerpo funcional.

El art. 28 hace referencia a los documentos extrajudiciales. Sería conveniente aclarar mejor que se trata en este caso de documentos que no están vinculados directamente a un proceso judicial.

Aunque se trate de un simple defecto de redacción conviene advertir que el art. 29 en el segundo párrafo del ap. 2 no se comprende. Sería necesario redactar nuevamente el párrafo para exponer la idea principal en la práctica de la prueba que es el *locus regit actum* y por tanto decir que la prueba practicada en España que deba surtir efectos en un proceso extranjero deberá respetar las garantías previstas en la legislación española o bien más concreto aun que la prueba practicada en España para que ser utilizada en un proceso extranjero se practicará conforme a la norma procesal española.

6.— Comentarios al Título II y III. De la prueba del derecho extranjero y de la información del Derecho extranjero

Habida cuenta de la íntima relación entre el Título II y III parecería posible y más positivo refundir los dos Títulos en uno solo que hablara de prueba e información del Derecho extranjero y en todo caso si se optara porque fueran dos los Títulos parecería más razonable que el orden fuera el inverso ya que primero se solicita la información y posteriormente se pondera su valor probatorio.

Nos parece especialmente adecuada y positiva la previsión del Anteproyecto respecto a la aplicación subsidiaria del Derecho español en caso de que no haya sido posible acreditar debidamente el Derecho extranjero. Con ello se facilita la prestación de la tutela judicial efectiva y la posibilidad de dar una respuesta fundada en derecho a la cuestión planteada por las partes.

El art. 33, único de este Título relativo a la prueba del Derecho extranjero se dedica a concretar cómo se prueba el derecho extranjero. En este punto, no podemos considerar suficiente en aras a la claridad y seguridad jurídica una mención tan flexible que somete exclusivamente al criterio de la sana crítica, sin formular criterio alguno ni a título orientativo, la decisión sobre la prueba del derecho y de su vigencia. Aunque se especifique que no sea vinculante ningún informe de abogados o expertos extranjeros debería darse cierto valor de probatorio a los informes emitidos por las autoridades oficiales extranjeras, sin perjuicio de admitir prueba en contra de esos informes oficiales. No debe desconocerse que en la práctica la valoración del Derecho extranjero y especialmente de su vigencia da lugar a interpretaciones diferentes en distintos órganos judiciales y la seguridad jurídica exigiría la fijación de unos mínimos criterios que permitieran a las partes saber cómo obtener y solicitar la prueba del derecho alegado para su aplicación.

La actual práctica forense indica la necesidad de concretar algún criterio que permita a las partes actuar con cierta seguridad y al órgano judicial actuar con unas bases prefijadas que no sometan esta cuestión como hasta ahora a un sistema tan flexible e inconcreto que permite a cada órgano judicial exigir diferentes condiciones de prueba de ese Derecho, incluso aunque provenga de organismos oficiales de ese Estado.

El art. 35 referente a la información sobre el Derecho extranjero podría completarse admitiendo que las partes utilicen cualquier medio para la prueba del Derecho extranjero. Podría añadirse que “Lo previsto en este Capítulo se entiende sin perjuicio del derecho de las partes interesadas a obtener directamente tales elementos probatorios por otros medios públicos o privados”.

Por lo que afecta a los gastos a los que se refiere el art. 35.5º del Anteproyecto sería más apropiado distinguir si el elemento probatorio se solicita a instancia de parte, en cuyo caso debería comunicarse a la parte interesada su coste y prever la provisión de fondos o la sanción de que si no fuere asumido por dicha parte, se desistirá de la petición. Sin embargo si la solicitud hubiere sido formulada de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el gasto debe ser financiado con cargo al presupuesto del Ministerio de Justicia. No puede olvidarse que en muchas ocasiones la información y prueba del derecho extranjero afecta a procedimientos de incapacidad, iniciados y promovidos por el Ministerio Fiscal. Los gastos de esta información y prueba deben ser asumidos por el Ministerio de Justicia y así debería hacerse constar.

El art. 36 regula como se solicita a las autoridades españolas la información del Derecho español y cómo se responde a esas solicitudes. En este punto, el art. 36.4º establece que las solicitudes de Derecho español podrán ser respondidas directamente por la autoridad central.

En realidad la autoridad central tiene siempre una obligación de dar respuesta a la autoridad extranjera, sin perjuicio de que para hacerlo pueda elaborar ella misma el informe o solicitar auxilio o información a organismos oficiales o privados. Independientemente de que sería preferible hablar de organismo públicos y privados y no de oficiales, son dos cuestiones las que deben concretarse en este punto y por ello el artículo debería expresar en primer lugar que las solicitudes de información sobre Derecho español deberán ser respondidas por la autoridad central.

Y en segundo lugar expresar que si la autoridad central entiende que no puede responder por si misma podrá solicitar los informes oportunos a otros órganos públicos o solicitar incluso la elaboración de informes privados.

Sería conveniente además introducir una salvaguarda y posibilidad de denegación de la información a la autoridad extranjera cuando se estime que el uso de dicha información por la autoridad extranjera pueda afectar al orden público o a la soberanía o seguridad de España.

7.– Comentarios al Título IV. De la litispendencia y de la conexidad internacionales

Ante el creciente número de procedimientos con elementos extranjeros las cuestiones de conexión internacional son cada vez más frecuentes, sin embargo la regulación de este tema era especialmente inadecuada.

El Anteproyecto permite combinar reglas de atribución de jurisdicción y normas de reconocimiento de sentencias extranjeras y adopta en su regulación criterios de referencia de normas de la Unión optan-

do por soluciones y criterios que en muchos casos ya han sido recogidas en el ámbito comunitario. La regulación que tiene en cuenta las normas internacionales de competencia y la prioridad temporal de los procedimientos cuando no existan otras reglas determinantes.

La previsión de audiencia al Ministerio Fiscal parece oportuna y adecuada y se corresponde con lo dispuesto en el art. 3.8º EOMF que establece como función del Ministerio Público, “mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros”.

8.– Comentarios al Título V. Del procedimiento judicial de exequátur

El título V lleva por rúbrica “Del procedimiento judicial de exequátur” que obviamente se refiere al tradicional procedimiento para el reconocimiento de una resolución extranjera y previo a su ejecución.

En el art. 41 al definir el ámbito de aplicación del exequátur solo se incluyen las resoluciones judiciales extranjeras y no se hace referencia a otro tipo de documentos públicos extranjeros que son objeto de tratamiento en el Capítulo V. Este Capítulo V no refiere tampoco a la necesidad del exequátur o a la aplicación del Capítulo IV, sin embargo parece necesario que esos documentos sean también objeto de un procedimiento de reconocimiento y procedería plasmar con claridad que esos documentos públicos extranjeros susceptibles de ejecución deben pasar también por el procedimiento de reconocimiento antes de que se ejecuten y ello puede hacerse bien en el capítulo V remitiendo a la aplicación del Capítulo anterior o bien incluyéndolos como objeto específico de exequátur.

Por otro lado, el art. 54.2º ha optado por mantener la general necesidad de oír al Ministerio Fiscal en todos los procedimientos de exequátur, y la previsión de que se le dé traslado de todas las actuaciones a fin de que pueda cumplir adecuadamente su función de control de legalidad. Sería conveniente que la intervención del Fiscal se produzca cuando haya sido incorporada no solo la demanda sino también los escritos de oposición, si los hubiera, por lo que sería más adecuado que la previsión de informe del Fiscal se recoja en el ap. final del art. 54, antes de la previsión del plazo para la resolución judicial y no en el ap. 2 de este artículo.

Finalmente y en relación con la Disposición Adicional primera que recoge una recopilación de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, sería importante dejar la enumeración con un párrafo abierto ya que hay anteproyectos como el referente a la regulación de la jurisdicción voluntaria con previsiones de regulación directa o a través de la modificación LEC de materias como los alimentos y la sustracción internacional de menores que deberán tener obviamente esa consideración de normas especiales a las que se refiere el art. 2 de este anteproyecto.

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO SOBRE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2014-2015/Doc/9.– Informe del Consejo Fiscal de 25 septiembre 2014.

[...]

3. Análisis del articulado

La valoración general del Proyecto de Real Decreto es positiva en cuanto que agiliza la tramitación del procedimiento.

Sin embargo, no se prevé la intervención del Ministerio Fiscal respecto de las solicitudes correspondientes a menores de edad o a personas con la capacidad modificada judicialmente.

El art. 4 que regula la iniciación del procedimiento en su ap. 3 dispone:

“Las solicitudes correspondientes a menores de edad o a personas con la capacidad modificada judicialmente se formularán por sus representantes legales”.

En relación a dichas solicitudes, el último párrafo del art. 21.3º Cc exige para que pueda formular la solicitud el representante legal del menor de catorce años o el del incapacitado, la autorización del Encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal, conforme a lo previsto en la letra a) del ap. 2 del art. 20 Cc.

Dado que, según dispone el proyectado art. 3, la tramitación del procedimiento tendrá carácter preferentemente electrónico y el órgano competente para la tramitación del mismo es la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Consejo Fiscal entiende que debería regularse expresamente la intervención del Ministerio Fiscal para dar cumplimiento al trámite de la autorización previa.

Por otro lado, el art. 4, ap. 3 del Proyecto se limita a señalar, sin más precisiones, que las solicitudes correspondientes a menores de edad o a personas con la capacidad modificada judicialmente se formularán por sus representantes legales. Sin embargo, el art. 21.3º Cc, cuando aborda la legitimación subjetiva para formular la solicitud de residencia, contiene una regulación más detallada y completa que el propio art. 4 del Proyecto de Reglamento. Así, el art. 21.3º Cc textualmente dice:

“En uno y otro caso la solicitud podrá formularla: a) El interesado emancipado o mayor de dieciocho años. b) El mayor de catorce años asistido por su representante legal. c) El representante legal del menor de catorce años. d) El representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación”.

Parece conveniente que el art. 4 del Proyecto de Real Decreto complete y concilie su regulación con el detalle de supuestos que se recogen en el art. 21.3º Cc.

Por otra parte, el art. 5 que se refiere a los requisitos para la obtención de la nacionalidad española y a la remisión de documentación, en su ap. 1 alude a la prueba oficial de evaluación de conocimientos de la lengua y cultura españolas en los siguientes términos:

“1. La acreditación de los requisitos exigidos por el Código Civil para la obtención de la nacionalidad española deberá realizarse mediante la aportación de los documentos que se determinen por orden ministerial, en la que asimismo se regulará la prueba oficial de evaluación de conocimientos de la lengua y cultura españolas, que diseñará y administrará el Instituto Cervantes. Los solicitantes nacionales de países en los que el español sea idioma oficial estarán dispensados de la prueba de idioma.”

Los representantes legales de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente deberán aportar los certificados de centros de formación, residencia, acogida, atención o educación especial en los que, en su caso, haya estado inscrito el menor o la persona con la capacidad modificada judicialmente, sin que sea preciso realizar la prueba oficial de validación de conocimientos. Dichos certificados se aportarán junto con el resto de documentos justificativos. La Dirección General de los Registros y del Notariado podrá recabar la presentación de nuevos documentos o informes oficiales, teniendo en cuenta la edad y circunstancias del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente”.

La prueba oficial de evaluación de conocimientos de la lengua y cultura españolas, si bien podría parecer que dificulta la posibilidad de obtención de la nacionalidad por residencia, confiere seguridad jurídica a la hora de valorar el cumplimiento del requisito de integración en España del solicitante frente a la discrecionalidad actual de la valoración. Pronunciamientos de la DGRN así como del propio Tribunal Supremo avalan esta opción legislativa cuando señalan que el conocimiento del idioma oficial del país constituye un indicador relevante del grado de integración del extranjero.

Así, en la Instrucción de 26 de julio de 2007, de la DGRN, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia se expone que “en derecho comparado, son varios los países europeos cuya legislación ha desarrollado los factores que, se entiende, configuran la integra-

ción social, exigiendo, por ejemplo, la superación de un examen de idioma como requisito para la adquisición de la nacionalidad. La base de esta normativa se fundamenta en la consideración del idioma como un elemento indispensable y revelador del nivel de integración social del extranjero que pretende obtener la nacionalidad del país en el que reside. También se exige que el solicitante demuestre su conocimiento de la cultura del país, como signo de integración social”.

Sin embargo, no puede desconocerse la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige una valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad.

Así, entre otras, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 12 diciembre 2011 dispone:

“Son ya numerosas las sentencias de esta Sala sobre el nivel de conocimiento del idioma español exigible a la hora de valorar el requisito de la integración social en España ex art. 22.4º Cc. Podemos citar, a título de ejemplo, y ciñéndonos a las más recientes, las de 16 abril 2009, 18 noviembre 2010, 24 enero 2011 y 11 febrero 2011. En esas y otras sentencias ha dicho esta Sala que la justificación del suficiente grado de integración en la sociedad por parte del solicitante de la nacionalidad exige el conocimiento por parte del interesado del idioma español, en grado suficiente no ya sólo para entenderlo, sino para hablarlo y entablar relaciones sociales adecuadas y eficaces con arreglo a los estándares de convivencia usuales. Resulta, pues, inevitable en tales casos una valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad que legitima la obtención de la nacionalidad”.

Por otro lado, debería contemplarse la adaptación de la prueba para las personas con discapacidad y para las analfabetas, para evitar discriminaciones.

En este sentido, entre otras, las SSTS 12 diciembre 2011, antes mencionada, y de 14 de noviembre 2011, se refieren al analfabetismo en los siguientes términos:

“Asimismo, ha dicho la jurisprudencia que el analfabetismo, esto es, el hecho de no saber leer ni escribir el español, no es una razón que determine inevitablemente la denegación de la nacionalidad, cuando el solicitante entiende y puede comunicarse en este idioma. Tal circunstancia ha de ponerse en relación con los demás datos concernientes a la integración del interesado en la sociedad española, con las dificultades para acceder a la educación en función de sus orígenes, y en definitiva con sus circunstancias personales y vitales.

Se precisa, por tanto, una contemplación global y conjunta, necesariamente casuística, de la trayectoria vital en España del solicitante, para verificar si se ha integrado socialmente en el nivel requerido por el tan citado art. 22.4º Cc y por la jurisprudencia que lo ha interpretado y aplicado. En tal valoración, el conocimiento y soltura en el manejo del idioma español constituye un dato relevante, que en todo caso habrá de ponerse en relación con los demás que jalonan esa trayectoria vital”.

El art. 6 relativo a los informes a recabar de oficio por la DGRN al objeto de comprobar si el solicitante reúne los requisitos exigidos en el art. 22 Cc, establece que “En la presentación de la solicitud se hará constar la autorización expresa para la comprobación de los datos necesarios para la resolución del procedimiento”.

Dicha previsión de la “autorización expresa” va más allá de lo dispuesto en el art. 63 de la Ley de Registro Civil de 1957, en la redacción dada a este artículo por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional que contempla la posibilidad de recabar los mencionados informes “sin que sea preciso el consentimiento de los interesados”.

La previsión de la autorización expresa supone una novedad positiva para el promotor del expediente como medida de protección de los datos contenidos en los informes que se soliciten. Finalmente, el art. 9 se refiere a la propuesta de resolución que la DGRN eleva al Ministro de Justicia, así como a la propia

resolución que éste ha de dictar, y el art. 12 regula los recursos que pueden interponerse contra la denegación de la nacionalidad.

**ANTEPROYECTO DE LO SOBRE INMUNIDADES DE LOS ESTADOS EXTRANJEROS Y
DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CON SEDE Y OFICINA EN ESPAÑA Y
SOBRE EL RÉGIMEN DE PRIVILEGIOS E INMUNIDADES APLICABLES A
CONFERENCIAS Y REUNIONES INTERNACIONALES CELEBRADAS EN ESPAÑA**

2014–2015/Doc/10.– Informe del Consejo Fiscal de 27 mayo 2015.

[...]

2. Contenido del anteproyecto y observaciones

El Anteproyecto de LOIEEYOI contiene una extensa Exposición de Motivos, dividida en tres apartados, seguida del texto articulado compuesto por un Título Preliminar y ocho Títulos, que contienen 56 artículos, a los que siguen una disposición adicional, una disposición transitoria, una derogatoria y tres disposiciones finales.

2.1 Justificación del Anteproyecto

La oportunidad de la propuesta legislativa se encuentra justificada en la Exposición de Motivos en base a la ausencia de un instrumento normativo que regule en España la inmunidad de los Estados extranjeros de las Organizaciones Internacionales con sede en nuestro país o de las Conferencias y Reunión internacionales que aquí se celebran, así como de los privilegios correspondientes a estos últimos encuentros.

Este Consejo Fiscal comparte el criterio de que la ausencia de una regulación específica sobre la materia en España, que no se ve del todo suplida por el Derecho internacional, produce disfunciones en el ámbito judicial, toda vez que los órganos jurisdiccionales carecen de textos de referencia que establezcan el alcance de las inmunidades en los ámbitos señalados; y también produce contrariedades en las relaciones internacionales, derivadas del desconcierto normativo en el que éstas se ubican, que no se compadece con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica.

Por ello, si bien se estima necesaria la regulación proyectada, este Consejo Fiscal también considera deseable que, en virtud de las peculiaridades de una normativa sobre inmunidades y privilegios en un Estado de Derecho, tanto en la Exposición de Motivos como en el texto articulado, quede nítidamente expresado el fundamento y alcance de dichas inmunidades y privilegios.

En este sentido, el Consejo Fiscal propone ampliar la Exposición de Motivos de forma que exprese que en el Derecho internacional público, en virtud de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, un Estado extranjero no puede ser demandado ni sometido a juicio ante los Tribunales de otros Estados, prerrogativa que obedeciendo al principio de igualdad soberana, ninguno podrá juzgar a otro (*par in parem non habet imperium* o *par in parem non habet jurisdictionem*), ha evolucionado hacia un sistema de protección completo de las manifestaciones de los Estados en el exterior.

Igualmente se estima que debería hacerse una breve indicación explicativa de la particularmente delicada cuestión de los límites de las inmunidades, con una breve referencia a la superación de que la vieja doctrina absoluta de las inmunidades –los actos de un Estado (*iure imperii*) no pueden ser sometidos a juicio por otro– dando paso a otra más restrictiva que pretende hacer compatible la existencia de las inmunidades con las exigencias elementales de tutela judicial efectiva derivadas del principio de Estado de Derecho, haciendo posible que los actos comerciales o de gestión de los Estados (*iure gestio-nis*) puedan ser sometidos a juicio por el Estado con jurisdicción territorial.

Conviene significar que el término jurisdicción cuando se relaciona con las inmunidades, se refiere a todos los aspectos del ejercicio del poder judicial territorial, incluido el poder hacer cumplir el fallo dictado y ejecutarlo, es decir la ejecución. Esta consideración tiene interés en cuanto ambas inmunidades –enjuiciamiento y ejecución– son diferenciables y, sobre todo, porque en su aplicación práctica ofrecen un tratamiento jurídico distinto.

La Exposición de Motivos también debería contener una breve referencia al fundamento de las inmunidades y privilegios de los asistentes a conferencia o reuniones internacionales y a su limitación en relación con actos referidos a la conferencia o reunión internacional, estando excluidas las acciones de naturaleza penal o civil derivadas de actos ajenos a la conferencia o reunión.

2.2 Ámbito de aplicación del Anteproyecto

El Título Preliminar (arts. 1 a 3) establece el ámbito de aplicación de la Ley, regulando su objeto y definiendo los conceptos que se manejan a lo largo del texto normativo.

Estima este Consejo Fiscal que en el artículo 2 debería introducirse una definición de inmunidad de jurisdicción y de inmunidad de ejecución, en términos similares a los anteriormente expresados.

Es de significar que aunque el Anteproyecto contiene dos Capítulos referidos a dichas inmunidades: “inmunidad de jurisdicción” (arts. 5 a 16) y “Inmunidad de ejecución” (arts. 17 al 20). En ellos se hacen diversas referencia a la inmunidad en sentido negativo, “el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad...”, sin embargo, no hay ningún precepto que delimite o defina el concepto de inmunidad, como se estima que sería deseable.

En relación con las definiciones contenidas en el art. 2, este Consejo Fiscal ha de llamar la atención sobre la diferencia entre la definición de buque de estado que se realiza en el ap. e) de este artículo [Buque de Estado: un buque propiedad de un Estado extranjero o explotado por él y utilizado exclusivamente para un servicio público no comercial] con la establecida en art. 3.2 ° Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima [son buques y embarcaciones de Estado los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial]. Aunque la diferencia es menor, podría eliminarse en aras de una mayor coherencia del ordenamiento jurídico, toda vez que ambos preceptos pretenden adaptarse a lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982.

En el art. 3 se dejan a salvo las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional, ya a través de tratados de los que España es parte, ya en virtud de normas consuetudinarias. Norma que confiere al Anteproyecto un carácter subsidiario, que no se compadece con la pretensión manifestada en la Exposición de Motivos de regular con carácter sistemático el régimen jurídico de inmunidad y privilegios que constituyen su objeto.

No obstante, el Consejo Fiscal muestra su conformidad con la nueva regulación, pues aunque subsidiaria establece una regulación de mínimos que ofrece mejor solución que el vacío legislativo actual.

2.3 Las inmunidades jurisdiccionales del Estado extranjero en España

El Título I (arts. 4 a 20) regula las “Inmunidades jurisdiccionales del Estado extranjero en España”, entendiendo por tales la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución (art. 4) y dedicando las disposiciones del Capítulo I a la “Inmunidad de jurisdicción” y las del Capítulo II a la “Inmunidad de ejecución”. Ambos siguen la misma sistemática: empiezan explicando qué supone (en forma negativa) cada una de estas inmunidades, luego se refieren a la posibilidad de que el Estado renuncie a su inmunidad de manera expresa o tácita, para terminar regulando aquellas situaciones que, al margen del consentimiento del Estado de que se trate, constituyen excepciones que escapan a la inmunidad de jurisdicción –procesos relativos a transacciones mercantiles (art.9), a contratos de trabajo (art. 10), a indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes (art. 11), a la determinación de derechos u obligaciones respecto de bienes (art. 12) a la determinación de derecho de propiedad intelectual e industrial (art. 13), a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo (art. 14) a la explotación y cargamento de buques pertenecientes a un Estado o explotados por éste (art. 15) a los efectos de un convenio arbitral (art. 16)–.

Ninguna objeción opone el Consejo Fiscal a su contenido en cuanto recoge lo regulado en la Convención de Naciones Unidas de 2 diciembre 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que representa el principal intento codificador en la materia. Aunque esta Convención, abierta a la firma en Nueva York el 17 enero 2005, no ha entrado aún en vigor, España depositó su instrumento de adhesión a la Convención el 11 septiembre 2011 y ha mostrado siempre un firme compromiso internacional en defensa de los principios y garantías del régimen de inmunidades. Por ello, se estima coherente que se integre en el Derecho interno las obligaciones que se han comprometido a asumir en la esfera internacional.

2.4 Las inmunidades jurisdiccionales del Jefe del Estado extranjero, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero

El Título II (arts. 21 a 28), relativo a las “Inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero”, está dividido en tres capítulos. El Capítulo 1 (arts. 21 y 22) recoge las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio. El Capítulo 2 (arts. 23 a 25) regula las inmunidades de antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de antiguos Ministros de Asuntos Exteriores. Por su parte, el Capítulo 3 (arts. 26 a 28) contiene disposiciones comunes a los dos Capítulos anteriores.

Este Consejo Fiscal estima que dado que en este Título se regulan no solamente las inmunidades, sino también se prevee la inviolabilidad del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero, sería adecuado que en el epígrafe del Título también se hiciera referencia a tal inviolabilidad.

Las inmunidades de los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, tanto en ejercicio como antiguos, tienen carácter personal y su fundamento se encuentra en su condición de ser los órganos encargados de las relaciones exteriores, y mediante el privilegio de la inmunidad se pretende garantizar el desempeño eficaz de tales funciones.

Se establece que una vez que finalizan sus mandatos, esa inmunidad se limita a los actos realizados durante los mismos, siempre que fuera en el ejercicio de sus funciones oficiales (lo que se conoce como ‘inmunidad residual’).

El Capítulo 3 se refiere a la renuncia de la inmunidad de cualquiera de estos sujetos, que ha de ser expresa y corresponde al Estado extranjero, pues es el sujeto titular del derecho, mientras que la persona que ocupa el cargo es la beneficiaria del mismo. Contiene también un precepto en el que se consagra en este ámbito el principio de reciprocidad.

En relación con el contenido de este Título este Consejo Fiscal ha de objetar que aunque en el último párrafo de la Exposición de Motivos del Anteproyecto se expresa que su contenido ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como de sus compromisos con la Corte Penal Internacional, sin embargo tal limitación no se encuentra reflejada en el texto articulado.

El Anteproyecto ha optado por extender la inmunidad jurisdiccional de los sujetos referidos en sus arts. 21 a 25 tanto en los casos en que acceden al territorio nacional en un desplazamiento oficial como cuando realizan visitas privadas, sin establecer ninguna excepción que pudieran derivarse de otros compromisos internacionales, caso del art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a cuyo tenor esta norma será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

La propia Corte ha dirigido el 4 marzo 2009 una orden internacional de arresto por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Con la redacción del Anteproyecto, España no podría colaborar en la detención y entrega de un presidente o un expresidente que accede privadamente a España, sin la

correspondiente invitación oficial, al amparo del art. 21 del texto prelegislativo, si éste se encontrara en dicha situación.

Por lo tanto, aunque el Consejo Fiscal valora positivamente la redacción de estas disposiciones que garanticen la seguridad jurídica en los desplazamientos de los representantes de los Estados, estima que debería introducirse expresamente un artículo que permita excepcionar este privilegio de inmunidad jurisdiccional penal en el caso de concurrencia de supuestos previstos en los convenios ratificados por España, en particular, el del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

2.5 Las inmunidades del Estado respecto de buques de guerra y los buques y aeronaves de Estado.

Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes Tampoco tiene este Consejo Fiscal objeción alguna respecto de la escueta regulación contenida en los Título III (arts. 29 a 31) respecto de la “Inmunidad del Estado respecto de los buques de guerra y los buques y aeronaves de Estado”, así como en el Título IV (art. 32) que regula el “Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes” durante su estancia en España.

Las inmunidades de estos buques y aeronaves vienen reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario y se ven reflejadas, en la Convención sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982). El Tribunal Internacional de Derecho del Mar ha tenido ocasión de afirmar recientemente que los buques de guerra son la expresión de soberanía del Estado del pabellón y que, de acuerdo con el Derecho internacional general, gozan de inmunidad, incluso en las aguas interiores de los Estados.

Por lo que se refiere a la Fuerzas Armadas visitantes el Convenio SOFA OTAN se erige como instrumento de referencia respecto de las Fuerzas Armadas pertenecientes a Estados Parte en el Tratado del Atlántico Norte o en la Asociación para la Paz, y, por tanto, será éste el instrumento que opere. Para las Fuerzas Armadas de cualquier otro Estado, el Anteproyecto dispone que se aplicará también, en todo o en parte, el Convenio SOFA OTAN, cuando así se haya previsto en el acuerdo suscrito entre el Ministerio de Defensa y el homólogo del Estado extranjero.

Conviene señalar que el Convenio SOFA OTAN tiene un importante desarrollo práctico en España en virtud de los Estados con los que nuestro país coopera en materia de defensa y el buen funcionamiento de otro instrumento relevante en este ámbito, como es el Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, y su Protocolo de Enmienda, de 10 de abril de 2002 (*BOE*, 6-V- 1989; y, *BOE*, 21-II- 2003), que se remite al Convenio SOFA OTAN, que resulta de aplicación a las Fuerzas norteamericanas con presencia en España.

Hay que significar que a tenor de este último Convenio no se establece una inmunidad directa, sino que está sujeta a la renuncia a la jurisdicción por parte de los tribunales españoles, asuntos que son sometidos a resolución de la Audiencia Nacional.

2.6 Inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede en España

El Título V (arts. 33 a 40) está dedicado a las “Inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede en España”.

La evolución del Derecho internacional ha supuesto que en la actualidad la inmunidad no constituye un privilegio exclusivo del Estado, sus órganos o sus bienes, sino que el reconocimiento de personalidad jurídica a las Organizaciones internacionales ha determinado la necesidad de otorgarles un régimen jurídico de inmunidad para que puedan ejercer sus funciones en el territorio del Estado en el que se asiente su sede.

En España la concesión de inmunidades a representaciones permanentes de funcionarios internacionales se ha concretado en la celebración de los denominados Acuerdos de sede. De entre los recientes, cabe referir: el Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Unión Europea (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo), hecho en Bilbao el 31 de marzo de 2014 (aplicación provisional publicada en el *BOE*, 16-V- 2014); el Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Secretariado de la Unión por el Mediterráneo, hecho en Madrid el 4 de mayo de 2010 (aplicación provisional en el *BOE*, 15-VI- 2010); o, el Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Consejo Oleícola Internacional,

hecho en Madrid el 20 de noviembre de 2007 (aplicación provisional publicada en el *BOE*, 6-VI-2008).

El Consejo Fiscal muestra su conformidad con la regulación de este Título en cuanto plantea una regulación de mínimos, cuyos desarrollos particulares vendrán a través de los citados Acuerdos de sede.

2.7. Privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales

El Título VI (arts. 41 a 47) se refiere a los “Privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales” con cuya regulación se pretende suplir la necesidad de tener que celebrar acuerdos ad hoc para poder extender a los participantes en estos encuentros los privilegios e inmunidades que precisan para garantizar su seguridad jurídica y las de los ciudadanos nacionales que entran en relación (laboral, civil o penal), sucediendo que, para cuando se ha producido su tramitación parlamentaria, la conferencia o reunión ya se ha celebrado y, por tanto, los tratados ya han agotado sus efectos.

Se establece en el art. 41 que la LOIEEYOI tendrá a estos efectos carácter supletorio en los supuestos en que se concluyan acuerdos específicos. También se regula la duración de los privilegios e inmunidades (art. 42); el tratamiento que recibirán los locales asignados, los archivos y documentos y otro tipo de material (art. 43); y, los privilegios y prerrogativas de los individuos que integren las delegaciones de los Estados invitados y de otros invitados que no integren tales delegaciones (arts. 44 y 45). Los artículos 46 y 47 se refieren a las Conferencias o Reuniones organizadas por Naciones Unidas y por la Unión Europea y remiten a las normas convencionales que ambas Organizaciones Internacionales tienen sobre privilegios e inmunidades.

Nada tiene que objetar el Consejo Fiscal a la redacción de estas disposiciones.

2.8 Cuestiones procedimentales

El Título VII (arts. 48 a 56) da cabida a las denominadas “Cuestiones Prodecimentales”. Se abre con una primera disposición que, haciéndose eco de la exigencia del Derecho internacional, proclama la apreciación de oficio por los órganos jurisdiccionales españoles de las cuestiones relativas a la inmunidad que se plantean a lo largo del Anteproyecto. Se incluyen otros preceptos que aluden a la necesidad de informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando los órganos jurisdiccionales españoles conozcan de unos asuntos que afectan a una inmunidad jurisdiccional regulada en la Ley o a las especificidades de la comunicación con otros Estados y con las Organizaciones Internacionales.

2.9 Disposiciones adicional, transitoria y finales

Por último, este Consejo Fiscal no tiene ninguna objeción respecto del contenido de la disposición adicional única relativa a la comunicación de la presente Ley Orgánica a todos los sujetos de Derecho internacional con lo que España tiene relaciones, siendo también conforme con la disposición transitoria que establece la irretroactividad de la Ley, así como con la disposición derogatoria única, disposición final primera relativa al título competencial, con la disposición final segunda sobre desarrollo normativo y la disposición final tercera sobre entrada en vigor.

Es cuanto el Consejo Fiscal tiene que informar sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones Internacionales con sede y oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

**ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE RESTITUCION DE BIENES CULTURALES QUE
HAYAN SALIDO DE FORMA ILEGAL DEL TERRITORIO ESPAÑOL O DE OTRO ESTA-
DO MIEMBRO DE LA UNION EUROPEA**

2014-2015/Doc/11.- Informe del Consejo Fiscal de 3 julio 2015.

1. Introducción

Por oficio de fecha 30 abril 2015 la Secretaria de Estado de Justicia ha remitido a la Excma. Sra. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 14.1.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

2. Procedencia de la emisión de informe por parte del Consejo Fiscal

A tenor del art. 14.4 j) Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal. El Anteproyecto remitido consta de una parte expositiva, once artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, que seguidamente se comentan.

Junto con el Anteproyecto, ha tenido entrada en esta Fiscalía General, una Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto que incluye resumen ejecutivo, justificación de la memoria abreviada, breve descripción del contenido y de la tramitación de la propuesta normativa, oportunidad de la norma, orden de distribución de competencias, listado de las normas que quedan derogadas, impacto presupuestario e impacto por razón de género.

A lo largo del articulado no se contempla la intervención del Ministerio Fiscal. A pesar de esta circunstancia, es oportuno poner de manifiesto que el Anteproyecto no hace referencia al art. 16 Directiva 2014/60/UE, del Parlamento y del Consejo, conforme al cual no afectará a las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario del bien cultural robado. En el mismo sentido, el Considerando Quinto recuerda que la Directiva 93/7/CEE estableció una cooperación administrativa entre los Estados miembros por lo que a su patrimonio nacional se refiere, estrechamente vinculada a la cooperación con Interpol y otros organismos competentes en materia de robos de obras de arte, que incluye de modo especial el registro en que elaboran listas similares de objetos culturales perdidos, robados o que hayan salido ilegalmente del territorio, que formen parte de su patrimonio nacional y de sus colecciones públicas. Esta previsión si fue recogida en la Ley 36/1994, art. 6.2º, pero se ha omitido en el Anteproyecto y la Disposición derogatoria única establece la derogación de la Ley 36/1994.

Sería interesante establecer una norma complementaria de remisión legislativa similar a la contenida en el art. 6 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, cuando dice,

Art. 6. Concurrencia entre la responsabilidad medioambiental y las sanciones penales y administrativas. 1. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 36.3, la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquella.

2. En los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos penales o sancionadores se aplicarán las siguientes reglas:

a) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores.

b) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños.

En este sentido, se estima la conveniencia de que el Ministerio Fiscal pueda llevar a cabo una valoración de las circunstancias de la presencia del bien cultural en territorio nacional, extremo este que podría realizarse si el artículo estableciera que una vez adquirida firmeza la sentencia se remitirá testimonio de la misma a la Fiscalía Provincial los efectos pertinentes.

La Instrucción 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE, de la Fiscalía General del Estado, estableció que con la citada Instrucción se pretendía iniciar el diseño de una Red de Fiscales Especialistas en materia medioambiental en toda España bajo la coordinación a nivel nacional del Fiscal de Sala Delegado, abarcando en su cometido, entre otras, el área de patrimonio histórico-artístico.

La Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 noviembre Montes previó, en su Disposición Final Primera, una modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en virtud de la cual se incorporó al Estatuto el art. 18 quinquies, por el que se creó, como delegado del Fiscal General del Estado, un Fiscal coordinador para los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico artístico, del medio ambiente e incendios forestales con categoría de Fiscal de Sala.

Esta ley incorporó también las Secciones de Medio Ambiente en las Fiscalías Territoriales al modificar el texto del art. 18.1º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para establecer en cada Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia y de Audiencia Provincial, las que denominó “Secciones de Medio Ambiente” especializadas, entre otras materias, en la protección del patrimonio histórico.

El art. 20.2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en la redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, establece,

“En la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones:

a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo Cinco a intervenir, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos, y los incendios forestales...

3. Conclusión final

El presente Anteproyecto no responde a la previsión legal contenida en el art. 14.4.j) EOMF dado que su contenido no afecta a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal, pero se trata de una materia que reviste gran importancia para el Ministerio Fiscal y el procedimiento que en este Anteproyecto se regula ofrece la oportunidad de tener conocimiento de delitos subyacentes que pueden precisar de su intervención.

PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO SOBRE LA ADQUISICIÓN DE NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

2014–2015/Doc/12.– Informe del Consejo Fiscal de 24 julio 2015.

1.– Introducción

Mediante oficio de fecha 25 junio 2015, que tuvo su entrada en la Fiscalía General del Estado el día 26 junio 2015, la Secretaría de Estado de Justicia remitió el Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia a efecto de informe. El texto se acompaña de un resumen ejecutivo que recoge la oportunidad de la propuesta, el contenido y análisis jurídico, y el análisis de impactos.

El art. 14.4º. j) Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) atribuye al Consejo Fiscal la competencia de informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Proyecto objeto de informe no afecta a la organización y estructura del Ministerio Público, pero sí a la actividad que desempeña en el ámbito de los procesos civiles.

En tanto el art. 3 EOMF atribuye al Ministerio Fiscal las funciones de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (ap. 3), tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley (ap. 6) e intervenir en los procesos civiles que determine la Ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación (ap. 7), el Proyecto incide en sus funciones.

De ello se desprende que la emisión del presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal.

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Proyecto y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

Ello no obstante, conviene poner de manifiesto que mediante oficio de fecha 4 julio 2014, que tuvo su entrada en la Fiscalía General del Estado el día 7 de julio, el Secretario de Estado de Justicia remitió el Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia a efectos de informe, informe que fue emitido, tras su aprobación por el Consejo Fiscal, el día 25 septiembre 2014. El presente informe mantiene la estructura y los elementos esenciales del mismo.

2. Estructura y fundamento del proyecto de Real Decreto

En el apartado relativo al análisis jurídico se expone que el Proyecto de RD es un reglamento de desarrollo de los arts. 21, 22 y 23 Cc y del art. 63 LRC. Respecto de este último precepto hay que resaltar que es el previsto en la LRC de 1957, en la redacción dada por la Ley 54/2007, de 28 diciembre Adopción Internacional, todavía vigente al haberse prorrogado la entrada en vigor de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil hasta el día 15 julio 2015, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena del RD-ley 8/2014, de 4 julio aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

El Proyecto de RD se compone de un artículo único, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El artículo único aprueba el Reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia, en aplicación de la Disposición final séptima tercera de la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro Civil.

La Disposición adicional primera se refiere en su primer ap. al pago de las tasas y en el segundo especifica que dicha tasa no incluye los precios de las pruebas de examen DELE y de conocimientos constitucionales y socioculturales de España.

La Disposición adicional segunda se dedica a los medios de funcionamiento, estableciendo que la aplicación del RD no generará incremento ni de dotaciones ni de retribuciones ni de costes de personal al servicio del sector público.

La Disposición adicional tercera se dedica a los países y territorios de lengua española a cuyos nacionales, a los efectos del presente RD, se consideran exentos de realizar la prueba del examen DELE.

La Disposición transitoria única refiere que los expedientes en curso, que se resolverán de conformidad con las siguientes normas:

1. El Juez encargado del Registro Civil, en el plazo de seis meses contados desde la entrada en vigor de este RD, concluirá los expedientes que se encuentren en trámite y los elevará para su resolución a la Dirección General de Registros y del Notariado.

2. Los expedientes que a la entrada en vigor de este RD hayan sido elevados para su resolución a la Dirección General de Registros y del Notariado y los que se eleven en los seis meses a que se refiere el ap. anterior, se tramitarán y resolverán de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el momento de su solicitud.

3. El interesado en un expediente iniciado antes de la entrada en vigor del RD, podrá renunciar al expediente anterior e iniciar uno nuevo.

La Disposición derogatoria única deroga en su aplicación al procedimiento regulado en el RD, los arts. 220 a 224, 341 a 362, y 365 a 369 del Decreto de 14 noviembre 1958, por el que se aprueba el Reglamento LRC. En la Disposición final primera se modifica el RD 1137/2002 de 31 de octubre, por el que se regulan los “diplomas de español como lengua extranjera (DELE)”.

En la Disposición final segunda se faculta al Ministro de Justicia para el desarrollo normativo del RD y, en particular, de las previsiones relativas a las pruebas de validación de conocimientos constitucionales y socioculturales de España, que diseñará y administrará el Instituto Cervantes.

Las Disposiciones final tercera y cuarta se dedican al título competencial y a la entrada en vigor respectivamente.

El propio Proyecto de RD identifica la Disposición Final séptima de la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro Civil como la norma habilitante para el desarrollo reglamentario que se pretende llevar a cabo, disposición que recoge diversos títulos competenciales, entre los que se encuentra el art. 149.1.8ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en relación a la ordenación de los registros e instrumentos públicos y la legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Pues bien, es de destacar que cuando el Proyecto se refiere a la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro Civil, en realidad se trata del Proyecto de Ley 121/000101 de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que se encuentra en la actualidad en el Senado, no constando, por tanto, finalizada su tramitación parlamentaria.

Por otra parte su Disposición final octava prevé que la ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo las modificaciones introducidas por el artículo segundo en la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, y las disposiciones finales segunda, tercera y cuarta que lo harán a la entrada en vigor de aquella, así como el punto 1º del ap. 2 del art. 682 LEC y la Disposición final primera que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación.

El Proyecto de RD, en su Disposición final cuarta fija su entrada en vigor el día 15 octubre 2015.

En resumen, la Disposición final séptima de la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro Civil no concreta su fecha de entrada en vigor y el Proyecto de RD lo establece el día 15 octubre 2015. Por ello es aconsejable una entrada en vigor coordinada de ambos textos legales.

El Reglamento consta de 12 artículos y se estructura en dos capítulos. El capítulo I contiene las disposiciones generales (arts. 1 a 3) y el capítulo II está dedicado al procedimiento.

El capítulo II a su vez, se divide en cuatro secciones: Iniciación del procedimiento (arts. 4 y 5), instrucción del procedimiento (arts. 6 a 8), finalización del procedimiento (arts. 9 a 11) y recursos (art. 12).

La finalidad del Proyecto de RD es la aprobación del Reglamento sobre adquisición de la nacionalidad española por razón de residencia, estableciendo un procedimiento ágil, de carácter netamente administrativo, de tramitación electrónica en todas sus fases y que permita acortar los plazos de resolución. Se establecen disposiciones específicas para el caso de los extranjeros que sean personal al servicio de las Fuerzas Armadas, así como del personal militar de complemento adscrito al Cuerpo Militar de Sani-

dad, para evitar que la dilación en la adquisición de su condición de españoles pueda tener consecuencias perjudiciales no sólo desde el punto de vista de su situación profesional sino también para la Defensa Nacional.

Por otro lado, se pretende dotar de mayor objetividad al examen de acreditación del requisito de la integración para lo cual los interesados deberán superar las pruebas de validación del dominio del español, que serán los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera (DELE) como mínimo de nivel A2, como de conocimientos constitucionales y socioculturales de España, diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes.

Respecto al carácter administrativo del procedimiento el Proyecto, en apoyo de dicha elección, considera que “el carácter mixto del procedimiento actual provoca que la media de tramitación de un expediente de nacionalidad por residencia sea excesivamente larga y que se hace necesario establecer un procedimiento más ágil que el presente, que había provocado retrasos que solo han podido ser superados mediante dos Planes Intensivos de Tramitación de tales expedientes”.

3. *Análisis del articulado*

La valoración general del Proyecto de RD es positiva en cuanto que agiliza la tramitación del procedimiento.

En el Proyecto de RD por el que se aprueba el reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia, que fue objeto de informe del Consejo Fiscal el 25 septiembre 2014, se regulaba una tramitación del procedimiento con carácter preferentemente electrónico en todas sus fases. En el proyecto actual, el artículo tres determina que la “tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico en todas sus fases”.

Ello no obstante, prevé la posibilidad de presentación de la documentación en cualquiera de las formas legalmente previstas, contemplando, en el caso de que la documentación se presente en formato no electrónico, que la Administración competente realice las actuaciones necesarias para su conversión al mismo, de tal manera que el expediente pueda desarrollarse íntegramente con este carácter.

De esta manera se pretende facilitar la tramitación y la agilidad del procedimiento, evitando que se convierta en una carga, incluso económica para el ciudadano, si precisa de la asistencia de un gestor en el proceso de recopilación y digitalización de los documentos. A este respecto, se facilita a los interesados en los que no se den las condiciones previstas en el art. 27.6º Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, el acceso a la plataforma electrónica, poniendo a disposición de quien lo requiera, en las oficinas públicas correspondientes, los medios necesarios para ello.

El art. 4 que regula la iniciación del procedimiento en su ap. 3 “Las solicitudes correspondientes a menores de edad o a personas con la capacidad modificada judicialmente se formularán por sus representantes legales”.

Por otra parte, el art. 5 que se refiere a los requisitos para la obtención de la nacionalidad española y a la remisión de documentación, en su ap. 2 alude, como ya se mencionaba en apartados precedentes, a la necesidad de superar las pruebas de validación del dominio del español, que serán los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera (DELE) como mínimo de nivel A2, como de conocimientos constitucionales y socioculturales de España, diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes.

En el apartado tercero se establece que “los representantes legales de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente deberán aportar los certificados de centros de formación, residencia, acogida, atención o educación especial en los que, en su caso, haya estado inscrito el menor o la persona con la capacidad modificada judicialmente, sin que sea preciso realizar la prueba oficial de validación de conocimientos. Dichos certificados se aportarán junto con el resto de documentos justificativos. La Dirección General de los Registros y del Notariado podrá recabar la presentación de nuevos documentos o informes oficiales, teniendo en cuenta la edad y circunstancias del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente”.

Por otro lado, el apartado tercero del artículo cinco menciona al Encargado del Registro Civil en su inciso final, procediendo modificar esta remisión para adecuarla a los órganos que derivan de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

La prueba oficial de evaluación de conocimientos de la lengua y cultura españolas, si bien podría parecer que dificulta la posibilidad de obtención de la nacionalidad por residencia, confiere seguridad jurídica a la hora de valorar el cumplimiento del requisito de integración en España del solicitante frente a la discrecionalidad actual de la valoración. Pronunciamientos de la DGRN así como del propio Tribunal Supremo avalan esta opción legislativa cuando señalan que el conocimiento del idioma oficial del país constituye un indicador relevante del grado de integración del extranjero.

Así, en la Instrucción de 26 julio 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia se expone que “en derecho comparado, son varios los países europeos cuya legislación ha desarrollado los factores que, se entiende, configuran la integración social, exigiendo, por ejemplo, la superación de un examen de idioma como requisito para la adquisición de la nacionalidad. La base de esta normativa se fundamenta en la consideración del idioma como un elemento indispensable y revelador del nivel de integración social del extranjero que pretende obtener la nacionalidad del país en el que reside. También se exige que el solicitante demuestre su conocimiento de la cultura del país, como signo de integración social”.

Por ello, no puede desconocerse la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige una valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad.

Así, entre otras, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 12 diciembre 2011 dispone:

“Son ya numerosas las sentencias de esta Sala sobre el nivel de conocimiento del idioma español exigible a la hora de valorar el requisito de la integración social en España ex art. 22.4º Cc. Podemos citar, a título de ejemplo, y ciñéndonos a las más recientes, las de 16 abril 2009, 18 noviembre 2010, 24 enero 2011 y 11 febrero 2011. En esas y otras sentencias ha dicho esta Sala que la justificación del suficiente grado de integración en la sociedad por parte del solicitante de la nacionalidad exige el conocimiento por parte del interesado del idioma español, en grado suficiente no ya sólo para entenderlo, sino para hablarlo y entablar relaciones sociales adecuadas y eficaces con arreglo a los estándares de convivencia usuales. Resulta, pues, inevitable en tales casos una valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad que legitima la obtención de la nacionalidad”.

En este sentido, el Proyecto exige la necesidad de superar las pruebas de validación del dominio del español, que serán los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera (DELE) como mínimo de nivel A2. Dicho nivel aparece regulado en el RD 1137/2002 de 31 de octubre, cuyo art. 3.2º dispone que “El diploma de español nivel A2 acredita la capacidad del usuario de la lengua para comprender y utilizar expresiones cotidianas de uso frecuente en todo el ámbito hispánico, relacionadas casi siempre con áreas de experiencia que le sean especialmente relevantes por su inmediatez (información básica sobre sí mismo y sobre su familia, compras y lugares de interés, ocupaciones, etc.); para realizar intercambios comunicativos sencillos y directos sobre aspectos conocidos o habituales y para describir en términos sencillos aspectos de su pasado y de su entorno, así como para satisfacer cuestiones relacionadas con sus necesidades inmediatas”.

Sin embargo, el Proyecto faculta al Ministro de Justicia para el desarrollo normativo del RD y en particular, de las previsiones relativas a las pruebas de validación de conocimientos constitucionales y socioculturales de España, que diseñará y administrará el Instituto Cervantes. Parece, en consonancia con el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial sobre el anterior proyecto, que el RD debiera contener una regulación sustantiva de los elementos esenciales de esta materia, y no dejar tan

amplio margen de libertad a la Orden Ministerial, que, antes bien, por su propia naturaleza es una disposición de marcado carácter ejecutivo y orgánico, no la más indicada para proceder a regulaciones materiales de aspectos vinculados con el estatuto personal de los individuos.

Las competencias del Instituto Cervantes son fundamentalmente de carácter de fomento y promoción de la enseñanza, estudio y uso del español, resultando difícil incardinar en su elenco competencial una atribución de la naturaleza y la extensión prevista en el Proyecto. Por lo que se recomienda que, en caso de atribuir esta competencia al mencionado Instituto, se proceda a modificar el actual marco competencial establecido en los arts. 6 y 7 RD 1526/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Cervantes en coherencia con la nueva competencia determinada por el texto del presente anteproyecto.

El Apartado cuarto determina que el Instituto Cervantes garantizará los medios necesarios para que los solicitantes con capacidad jurídica modificada concurren en igualdad de condiciones a la práctica de dicha prueba.

Por otro lado, debería contemplarse la adaptación de la prueba para las personas analfabetas, para evitar discriminaciones.

En este sentido, entre otras, las SSTs 12 diciembre 2011, antes mencionada, y 14 noviembre 2011, se refieren al analfabetismo en los siguientes términos:

“Asimismo, ha dicho la jurisprudencia que el analfabetismo, esto es, el hecho de no saber leer ni escribir el español, no es una razón que determine inevitablemente la denegación de la nacionalidad, cuando el solicitante entiende y puede comunicarse en este idioma. Tal circunstancia ha de ponerse en relación con los demás datos concernientes a la integración del interesado en la sociedad española, con las dificultades para acceder a la educación en función de sus orígenes, y en definitiva con sus circunstancias personales y vitales.

Se precisa, por tanto, una contemplación global y conjunta, necesariamente casuística, de la trayectoria vital en España del solicitante, para verificar si se ha integrado socialmente en el nivel requerido por el tan citado art. 22.4º CC y por la jurisprudencia que lo ha interpretado y aplicado. En tal valoración, el conocimiento y soltura en el manejo del idioma español constituye un dato relevante, que en todo caso habrá de ponerse en relación con los demás que jalonan esa trayectoria vital”.

El apartado quinto permite que puedan acompañarse, en su caso, los documentos e informes expedidos por los órganos competentes de las comunidades autónomas y el apartado sexto establece que “todos los documentos requeridos, suscritos por el promotor con su certificado reconocido de firma electrónica, se incorporarán a un expediente electrónico a través de la correspondiente plataforma electrónica. El promotor podrá también incorporar al expediente electrónico los documentos requeridos por medio de cualquier profesional habilitado en los términos previstos en este RD, quien los suscribirá con su certificado reconocido de firma electrónica”.

Respecto de este art. 5.6º y en consonancia con el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial respecto del anterior proyecto, procede hacer mención a una cuestión terminológica: el Proyecto al referirse al solicitante en ocasiones le denomina interesado (así los arts. 4, 8, 9.3, 10), y en otras promotor (art. 5.6º), creando la duda de si cuando identifica al promotor se refiere al interesado o al representante, que tramita el expediente a cargo del interesado, cuestión que convendría clarificar para evitar posibles disfunciones y problemas en cuanto a la notificación de resoluciones y cómputo de plazos. Este aspecto no es una cuestión menor, pues, en ocasiones el Proyecto, como es el caso del art. 9.3º, menciona al representante— sin perjuicio de la errata del proyecto que habla del “presentante”— como receptor de la notificación de la resolución, cuando lo cierto es que no se establece la intervención obligatoria del mismo, pudiendo el solicitante ejecutar todas las actuaciones administrativas directamente y por sí mismo.

En su apartado siete se establece que “El Ministerio de Justicia, de conformidad con el art. 13 RD 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, podrá suscribir con cualquier colectivo,

asociación y colegio profesional un convenio de habilitación que regule los procedimientos y requisitos para la remisión telemática de la documentación, debidamente indexada y metadatada, conforme al modelo oficial aprobado al efecto por la DGRN”.

Ello supone varios cambios respecto del proyecto de RD por el que se aprueba el reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia, que fue objeto de informe del Consejo Fiscal el 25 septiembre 2014.

En primer lugar, en el anterior proyecto se contemplaba que el promotor podía incorporar al expediente electrónico los documentos requeridos por medio de un gestor administrativo habilitado, quien los suscribiría con su certificado reconocido de firma electrónica. Mediante Convenio de Colaboración de Gestión Administrativa a suscribir entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Consejo General de los Colegios de Gestores Administrativos de España, se especificarían las condiciones de habilitación de los gestores administrativos.

En segundo lugar, el actual proyecto se remite al art. 13 del RD 1671/2009, de 6 de noviembre, que establece que “De acuerdo con lo previsto en el art. 23 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes podrán habilitar con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la presentación electrónica de documentos en representación de los interesados.

La habilitación conllevará la aplicación del régimen de representación regulado en el artículo siguiente”

El art. 14 dispone:

“1. Las personas o entidades habilitadas para la presentación electrónica de documentos en representación de terceros deberán ostentar la representación necesaria para cada actuación, en los términos establecidos en el art. 32 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en los términos que resulten de la normativa específica de aplicación.

2. La Administración podrá requerir en cualquier momento a las personas habilitadas la acreditación de la representación que ostenten, siendo válida la otorgada a través de los documentos normalizados que apruebe la Administración para cada procedimiento.

La falta de representación suficiente de las personas en cuyo nombre se hubiera presentado la documentación dará lugar a la exigencia de las responsabilidades que fueran procedentes.

3. La habilitación sólo confiere a la persona autorizada la condición de representante para intervenir en los actos expresamente autorizados. No autoriza a recibir ninguna comunicación de la Administración en nombre del interesado, aun cuando éstas fueran consecuencia del documento presentado.

4. La representación habilitada sólo permite la presentación de solicitudes, escritos o comunicaciones en los registros electrónicos correspondientes al ámbito de la habilitación”.

Este aspecto resulta positivo pero no suficiente, pues la intervención de estos representantes, remitida a convenios de los que no se ofrecen especificaciones detalladas, debe tener en cuenta un régimen de responsabilidad de los mismos, en tanto se convierten en receptores de la documentación acreditativa de la solicitud y de las resoluciones administrativas que se adopten al respecto, y su necesaria comunicación al interesado y el momento en que se realice son determinantes para el cómputo de plazos.

El art. 6 relativo a los informes a recabar de oficio por la Dirección General de los Registros y el Notariado al objeto de comprobar si el solicitante reúne los requisitos exigidos en el art. 22 Cc, establece que “En la presentación de la solicitud se hará constar la autorización expresa para la comprobación de los datos necesarios para la resolución del procedimiento”.

Dicha previsión de la “autorización expresa” va más allá de lo dispuesto en el art. 63 LRC de 1957, en la redacción dada a este artículo por la Ley 54/2007, de 28 diciembre Adopción Internacional que contempla la posibilidad de recabar los mencionados informes “sin que sea preciso el consentimiento de los interesados”.

La previsión de la autorización expresa supone una novedad positiva para el promotor del expediente como medida de protección de los datos contenidos en los informes que se soliciten.

El art. 9 se refiere a la propuesta de resolución que la DGRN eleva al Ministro de Justicia, así como a la propia resolución que éste ha de dictar.

El Proyecto introduce una innovación que se proyecta en el ámbito de la eficacia de la resolución de concesión de la nacionalidad. En este sentido, el art. 10 dispone que: “La eficacia de la resolución de concesión quedará condiciona a que, en el plazo de ciento ochenta días contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución al interesado, se realicen ante el Encargado del Registro Civil las manifestaciones a que se refiere el art. 23 Cc, relativas al juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes, la renuncia a la nacionalidad anterior, cuando proceda, y la solicitud de las inscripciones correspondientes en el Registro Civil, sin que hasta ese momento haya cometido el interesado actos incompatibles con el requisito de la buena conducta cívica ni perdido su condición de residente legal en España. A tal efecto el encargado de Registro Civil podrá recabar los informes que considere oportunos”.

Esta exigencia, según expresa la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Proyecto, “pretende evitar las situaciones que se producen actualmente en las que en el momento de la inscripción de la concesión se comprueba, por ejemplo, que el interesado está incurso en ese momento en un procedimiento penal. Aunque desde hace varios años el Consejo de Ministros está procediendo a realizar declaraciones de lesividad del acto de concesión en este tipo de casos, se considera como fórmula más idónea prever estos supuestos con carácter general, como se hace en este RD”.

Se trata de una innovación positiva que introduce una fórmula que permitirá evitar las ulteriores declaraciones de lesividad del acto de concesión en estos supuestos.

Por último, el art. 12 regula los recursos que pueden interponerse contra la denegación de la nacionalidad.

MINISTERIOS

MINISTERIO DE DEFENSA

2014-2015/Doc/13.– Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del RD 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. *BOE*, 25-III-2015.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD

2014-2015/Doc/14.– Orden ECC/1758/2014, de 23 de septiembre, por la que se modifica la Orden EHA/2264/2010, de 20 de julio, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuerdos para las elecciones municipales. *BOE*, 1-X-2014.

Obs.: La Orden EHA/2264/2010, de 20 de julio, por la que se dictan normas e instrucciones técnicas para la formación del censo electoral de residentes en España que sean nacionales de países con Acuer-

dos para las elecciones municipales, establece en su art. 1, sobre derecho de inscripción, la relación de países con Acuerdos en vigor sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro. La relación de países incluye a Colombia, Chile, Ecuador, Noruega, Paraguay, Perú y Nueva Zelanda. Desde entonces han entrado en vigor Acuerdos con Bolivia, Cabo Verde, Corea, Islandia y Trinidad y Tobago. La nueva orden se dicta, con el informe previo de la Junta Electoral Central y de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Empleo y Seguridad Social y del Interior. En consecuencia también podrán solicitar la inscripción en el censo electoral para las elecciones municipales las que, sin haber adquirido la nacionalidad española, sean ciudadanos de los últimos países referidos.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

2014–2015/Doc/15.– Resolución de 3 marzo 2014, de la Secretaría General de Universidades, por la que se modifican los anexos I y IV de la Orden EDU/1161/2010, de 4 de mayo, por la que se establece el procedimiento para el acceso a la Universidad española por parte de los estudiantes procedentes de sistemas educativos a los que es de aplicación el art. 38.5 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. *BOE*, 10–III–2014.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

2014–2015/Doc/16.– Resolución de 23 diciembre 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo nacional taurino, *BOE*, 15–I–2015.

[...]

Capítulo I Ámbito de aplicación

Art. 1. Ámbito personal. 1. Las normas del presente Convenio serán de aplicación y afectarán:

1.º A los organizadores de espectáculos taurinos.

2.º A los profesionales incluidos en las distintas secciones del Registro General de Profesionales Taurinos, que participen en espectáculos taurinos.

2. Tienen la consideración de profesionales taurinos, a los efectos del presente Convenio:

a) Los matadores de toros, novilleros, rejoneadores, todos ellos considerados “jefes de grupo o cuadrilla”.

b) Los toreros–subalternos, incluyéndose en este grupo a los picadores, banderilleros y auxiliadores de rejoneadores.

c) Los toreros cómicos.

d) Los auxiliares, incluyéndose a los mozos de espadas, ayudantes de mozo de espadas y puntilleros.

e) Los profesionales que, legalmente habilitados, desempeñen las funciones de director de lidia, titular o ayudante, en espectáculos taurinos populares.

3. El presente Convenio será igualmente de aplicación a los profesionales extranjeros que legalmente habilitados actúen en España, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación del Convenio Internacional suscrito, en su caso, con las asociaciones profesionales del país de origen.

[...]

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2014-2015/Doc/17.– Orden HAP/865/2014, de 23 de mayo, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 diciembre 2013, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación electrónica. *BOE*, 28-V-2014, corr. err. 4-VI-2014.

2014-2015/Doc/18.– Orden HAP/1136/2014, de 30 de junio, por la que se regulan determinadas cuestiones relacionadas con las obligaciones de información y diligencia debida establecidas en el acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras y se aprueba la declaración informativa anual de cuentas financieras de determinadas personas estadounidenses, modelo 290. *BOE*, 2-VII-2014.

Obs.: El 14 mayo 2013 se hizo en Madrid el Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América (*BOE*, 1-VII-2014) para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la aplicación de la ley estadounidense de cumplimiento tributario de cuentas extranjeras. Dicho Acuerdo, que tiene por objeto avanzar en la lucha contra el fraude fiscal internacional, establece un sistema de intercambio automático de información con fines tributarios en el ámbito de la asistencia mutua entre ambos Estados, todo ello de acuerdo con la previsión contenida en el art. 27 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 22 febrero 1990. El Acuerdo establece, por un lado, la obligación de las instituciones financieras españolas de identificar las cuentas cuya titularidad o control corresponde a entidades o personas residentes o de ciudadanía estadounidense y, por otro lado, de suministrar anualmente a la Administración tributaria española información sobre dichas cuentas financieras. Es preciso recordar que el Acuerdo, por su propia naturaleza jurídica, es directamente vinculante y de obligado cumplimiento para los sujetos a quienes comporta el cumplimiento de obligaciones, por lo que la presente Orden se confiere como un complemento del Acuerdo. En particular, los tres primeros artículos se refieren a los obligados tributarios y al contenido de la obligación, principalmente consistente en la identificación de las cuentas sujetas a comunicación de información y en el suministro de la misma a la Administración tributaria española

2014-2015/Doc/19.– Orden HAP/1608/2014, de 4 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 187, de declaración informativa de acciones o participaciones representativas del capital o del patrimonio de las instituciones de inversión colectiva y del resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en relación con las rentas o ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de las transmisiones o reembolsos de esas acciones o participaciones y se establecen las condiciones y el procedimiento para su presentación. *BOE*, 10-IX-2014.

2014–2015/Doc/20.– Resolución de 10 octubre 2014, de la Dirección General de Ordenación del Juego, por la que, de conformidad con el art. 17 del RD 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego, se establece el procedimiento de solicitud y otorgamiento de las Licencias Singulares para el desarrollo y explotación de los distintos tipos de actividades de juego. *BOE*, 15–X–2014.

[...]

ANEXO I

PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD Y OTORGAMIENTO DE LICENCIAS SINGULARES PARA EL DESARROLLO Y EXPLOTACIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS DE ACTIVIDADES DE JUEGO

[...]

Capítulo II Procedimiento

Sección primera Presentación de solicitudes

[...]

Sexto. Documentos de la solicitud.

[...]

Sección 1

Documentos que acrediten la representación y el cumplimiento de otros requisitos.

a) Documentos que acrediten la representación. Los que comparezcan o firmen las solicitudes en nombre de las sociedades interesadas deberán presentar poder bastante al efecto y, en su caso, debidamente apostillado, inscrito en el Registro Mercantil o en el Registro correspondiente en los supuestos de que su inscripción resulte legalmente necesaria, y fotocopia de su documento nacional de identidad o, en el caso de ciudadanos extranjeros, copia oficial del documento equivalente o pasaporte.

Igualmente, si el solicitante fuese una persona jurídica con domicilio en otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo, su representante deberá aportar además el documento que acredite su dirección en España. En este caso, se entenderá que la dirección del representante coincide con la dirección a efectos de notificaciones de la sociedad representada.

En aquellos casos en que la cumplimentación y presentación material del formulario de la solicitud y la documentación requerida se realice y suscriba con su propia firma electrónica por una persona diferente al representante legal de la sociedad interesada, deberá presentarse poder bastante al efecto, que deberá facultar expresamente al presentador del mismo para suscribir en nombre y representación de la sociedad interesada todos los compromisos, declaraciones y declaraciones responsables que se contraen con la presentación y firma de la solicitud, y que se entenderán, consecuentemente, contraídos a todos los efectos por la sociedad peticionaria de la licencia. Este poder deberá estar inscrito en el Registro Mercantil o en el Registro correspondiente en los supuestos en que su inscripción resulte legalmente necesaria y, en su caso, debidamente apostillado. Se acompañará, asimismo, fotocopia de su documento nacional de identidad o, en el caso de ciudadanos extranjeros, copia oficial del documento equivalente o pasaporte.

b) Certificaciones administrativas expedidas por los órganos competentes o documentos que las sustituyan que acrediten que el solicitante se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o, en su caso, autorización expresa a la Dirección General de Ordenación del Juego para que solicite las citadas certificaciones a la administración española competente.

c) Identificación del procedimiento en el que se otorgó al operador interesado la licencia general de la que sea titular. En los supuestos de solicitud simultánea de licencia general y singular,

identificación de la solicitud de la correspondiente licencia general.

d) Declaración por la que el solicitante se somete a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles por cualquier acto derivado de la licencia singular otorgada, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponderle.

e) Compromiso de asumir el cumplimiento de las obligaciones previstas para los titulares de licencia singular en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en su normativa de desarrollo y en este procedimiento.

f) Modificaciones que, en su caso, y como consecuencia del desarrollo de las actividades de

juego objeto de la licencia singular solicitada, hubiera sufrido el Plan operativo al que se refiere el art. 10.2 de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, presentado junto a la solicitud de la correspondiente licencia general.

g) Copia íntegra de los contratos formalizados con todos los proveedores que participen o vayan a participar en el desarrollo y explotación de las actividades de juego objeto de la licencia singular solicitada si fueren distintos de los aportados con la licencia general y afectasen a los elementos esenciales de la actividad sujeta a licencia singular e incidieran en el cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa aplicable a la licencia.

2014-2015/Doc/21.— Orden HAP/2487/2014, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación y otras normas referentes a la tributación de no residentes, y otras normas tributarias. BOE, 3-XII-2014.

2014-2015/Doc/22.— Orden HAP/523/2015, de 25 de marzo, por la que se modifica la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades en régimen de consolidación fiscal estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y la Orden HAP/2055/2012, de 28 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática. BOE, 27-III-2015.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

2014-2015/Doc/23.— Orden PRE/1224/2014, de 14 de julio, por la que se habilita el aeropuerto de Badajoz como puesto fronterizo. BOE, 15-VII-2014.

Obs.: El art. 25.1º LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone que “el extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto”. A su vez el ap. 8 del art. 2 Reglamento (CE) 562/2006 del Parla-

mento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), define “paso fronterizo” como “todo paso habilitado por las autoridades competentes para cruzar las fronteras exteriores”, entendiéndose por éstas, según el ap. 2 del mismo precepto, “las fronteras terrestres de los Estados miembros, incluidas las fronteras fluviales, lacustres y marítimas, así como los aeropuertos y puertos marítimos, fluviales y lacustres, siempre que no sean fronteras interiores”. El Reglamento dictado en desarrollo de la LO 4/2000, de 11 de enero, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril, dispone en su art. 2.2º, relativo a la habilitación de puestos, que cuando se trate de la habilitación de puestos en puertos o aeropuertos, la orden del Ministerio de la Presidencia se adoptará a propuesta conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de Economía y Hacienda (en la actualidad de Hacienda y Administraciones Públicas) y del Interior, previo informe favorable del departamento ministerial u órgano autonómico del que dependan el puerto o el aeropuerto. En su virtud la presente Orden habilita el aeropuerto de Badajoz como puesto fronterizo, declarándolo frontera exterior Schengen, que tendrá a todos los efectos la consideración de paso fronterizo para autorizar el acceso o la salida de personas y sus equipajes del territorio Schengen desde o hacia Estados no firmantes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

2014–2015/Doc/24.– Orden PRE/1596/2014, de 5 de septiembre, por la que se habilita el aeropuerto de San Sebastián como paso fronterizo. BOE, 9–IX–2014.

Obs: La presente Orden habilita el aeropuerto de San Sebastián como paso fronterizo, declarándolo frontera exterior Schengen, que tendrá a todos los efectos la consideración de paso fronterizo para autorizar el acceso o la salida de personas y sus equipajes del territorio Schengen desde o hacia Estados no firmantes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen

2014–2015/Doc/25.– Orden PRE/1665/2014, de 12 de septiembre, por la que se habilita el aeropuerto de Burgos como paso fronterizo. BOE, 16–IX–2014.

Obs: La presente Orden habilita el aeropuerto de Burgos como paso fronterizo, declarándolo frontera exterior Schengen, que tendrá a todos los efectos la consideración de paso fronterizo para autorizar el acceso o la salida de personas y sus equipajes del territorio Schengen desde o hacia Estados no firmantes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

2014–2015/Doc/26.– Resolución de 13 octubre 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. BOE, 16–X–2014.

En reunión del 22 julio 2014, el Ministro de Justicia, la Ministra de Empleo y Seguridad Social, la Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Fiscal General del Estado, el Secretario de Estado de Seguridad y el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, firmaron un Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados.

Para general conocimiento, se dispone la publicación de dicho Acuerdo, así como del Proto-

colo marco aprobado por el mismo y sus correspondientes anexos, como Anejo a la presente Resolución.

ANEJO

Acuerdo entre el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la Fiscalía General del Estado y el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, para la aproba-

ción del protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados

Madrid, 22 julio 2014.

[...]

ACUERDAN

La aprobación del Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados, anexo al presente Acuerdo, al que se atenderán todas las instituciones firmantes en el ejercicio de sus funciones en relación con dichos menores.

PROTOCOLO MARCO SOBRE DETERMINADAS ACTUACIONES EN RELACIÓN CON LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS

[...]

Capítulo I

Disposiciones Generales

Apartado primero. *Objeto del Protocolo.* 1. El presente Protocolo, en cumplimiento de lo ordenado por el art. 190.2 del Reglamento de Extranjería aprobado por el RD 557/2011, de 20 de Abril (REX), tiene por finalidad coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición de la entidad pública de protección de menores y documentación.

2. Del mismo modo, el Protocolo está dirigido a lograr el adecuado funcionamiento del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados (RMENA), de acuerdo con el art. 215 REX, toda vez que no sólo constituye uno de los instrumentos más eficaces de la protección del interés superior del menor extranjero, sino también porque será la única fuente de información fidedigna y completa que logre la comprensión del fenómeno migratorio de niños, base imprescindible para adoptar cualquier iniciativa normativa o administrativa en el sentido que propugna el “Plan de Acción de la Unión Europea sobre Menores Extranjeros No Acompañados” (años 2010-2014) adoptado el 6 mayo 2010.

3. Es concebido como Protocolo marco, entendido como tipo o patrón de buenas prácticas que, independientemente de su valor vinculante para las instituciones del Estado que lo suscriban, debería ser completado con la redacción de los correspondientes Protocolos territoriales para que –según sus respectivas normas estatutarias– pueda obligar a las administraciones e instituciones autonómicas respectivas.

Apartado segundo. *Ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación del Protocolo.* 1. A los efectos del presente Protocolo se entiende por Menor Extranjero No Acompañado (MENA) al extranjero menor de dieciocho años que sea nacional de un Estado al que no le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea que llegue a territorio español sin un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación, de acuerdo con el art. 189 REX.

2. El presente Protocolo también se aplicará a:

A) Los menores extranjeros que se encuentran en situación de riesgo por haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional o pretendieren traspasar los puestos fronterizos españoles en unión de un adulto que, aparentando ser su progenitor, pariente o responsable del niño, no aporte documentación veraz o fiable del vínculo alegado, y además se aprecie un peligro objetivo para la protección integral del menor.

B) Menores extranjeros que se hallaren en situación de patente desamparo o desprotección, significadamente por padecer riesgo de sometimiento a redes de trata de seres humanos.

C) Menores extranjeros que como polizones se hallen a bordo de un buque, nave o aeronave que se encuentre en un puerto o aeropuerto español.

3. A los MENA que hubieran sido localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad con ocasión de la comisión de un hecho delictivo de los que pudieran ser imputados conforme a la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, únicamente les serán de aplicación las disposiciones específicas de este Protocolo destinadas a lograr la plenitud informativa del RMENA.

4. Las disposiciones en materia de prevención de trata de seres humanos de este Protocolo serán de aplicación a todos los menores extranjeros cualquiera que sea su condición.

5. Los MENA de un Estado miembro de la Unión Europea o al que le sea de aplicación su régimen jurídico se someterán al presente Protocolo sólo en aquello que les sea favorable.

Apartado tercero. Principios rectores. 1. Las actuaciones objeto del presente Protocolo marco estarán inspiradas en el principio del interés superior del menor, tal y como ha sido delimitado por la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989, la Observación General nº 6 (2005) sobre Trato de los Menores No Acompañados y Separados de su familia fuera de su país de origen del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM); la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX); la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria; las normas de Derecho internacional dictadas en persecución del delito de trata de seres humanos y protección de las víctimas de ese ilícito tráfico; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000; el Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos de 2005, y la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo.

2. La Política sobre MENA estará orientada a la reagrupación familiar en su país de origen o donde resida su familia o, en su caso, al retorno a su país (servicios de protección del menor) cuando ello sea en su interés superior y de acuerdo con la LOEX y REX, teniendo muy presente que la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1959 y la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 establecen la prioridad que debe darse al desarrollo del menor en el seno de su familia o en un ambiente en el que las tradiciones y valores culturales propios tengan una presencia importante, todo ello sin

perjuicio que todos esos factores pueden muy bien no concurrir, en cuyo caso el retorno no sería en interés del menor.

Capítulo II

Localización y actuaciones subsiguientes

Apartado primero. Deber general de comunicación. Cualquier autoridad, institución o entidad local o autonómica, que localice, acoja o reciba a un menor extranjero lo comunicará a la mayor brevedad a la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía (CNP), así como a la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno y al Ministerio Fiscal.

Apartado segundo. Reseña. 1. Todo menor extranjero que se encuentre bajo el ámbito de aplicación de este Protocolo que haya sido localizado en territorio nacional será fehacientemente objeto de reseña policial.

La reseña policial, en sentido amplio, comprenderá los siguientes documentos y actuaciones:

A) La reseña policial propiamente dicha, que inexcusablemente comprenderá la impresión de cadáver y la fotografía del menor.

A tal fin, la reseña y la fotografía habrán de reunir los requisitos y parámetros que sean establecidos por la Comisaría General de Policía Científica del CNP. En tanto dicha Brigada no establezca otros criterios, la fotografía deberá respetar las características del tamaño de los ficheros individuales en cada una de las posiciones, en formato JPG, con 72 ppp de resolución, 960x1.280 píxeles.

B) Cuantos datos aporte el propio menor sobre su filiación, edad, nacionalidad y última residencia, así como cuanta documentación de su país de origen o nacional se disponga sobre su identificación.

C) Documentación en que se especificará el centro de protección de menores o de acogida donde se ha entregado o se entregará al menor, así como el organismo público u organización no gubernamental, fundación o Entidad pública de protección de menores a quien se hubiera encomendado su custodia provisional.

2. En el caso de que la reseña hubiera sido practicada por un Cuerpo de Policía Autonómica,

el Ministerio Fiscal, velará para que –mediante comunicación directa o por su conducto, según se disponga en los Protocolos territoriales–, sea remitida con carácter urgente a las correspondientes Unidades de Extranjería y Fronteras del CNP.

Apartado tercero. *Inscripción en el RMENA.*

1. Una vez la reseña policial descrita en el punto anterior obre en poder de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, se procederá a dar traslado de la misma a la Brigada Provincial de Policía Científica del CNP a fin de que se compruebe si el menor se encuentra reseñado, expidiendo certificación negativa en el supuesto de que no figure previamente identificado.

La Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras actuará conforme a lo previsto en las instrucciones correspondientes del Secretario de Estado de Seguridad sobre funcionamiento del RMENA, realizando los trámites pertinentes establecidos al efecto en las mismas según figure o no inscrito en dicho Registro el menor.

2. Cuando se trate de MENA no inscrito, una vez registrado por la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras actuante se procederá a asignarle un Número de Identidad de Extranjero (NIE) vinculado al Número de Identificación Personal (NIP).

3. Las gestiones practicadas por las respectivas Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras serán comunicadas por las mismas, a la mayor brevedad, al Ministerio Fiscal y al Cuerpo policial que inició las actuaciones. La comunicación deberá comprender en todo caso el NIP, el NIE y el resultado de la comprobación e inscripción en el RMENA.

Apartado cuarto. *Información sobre derechos de las posibles víctimas de trata de seres humanos y sobre la normativa de protección de menores.* Tras su localización, el MENA que tuviera suficiente juicio deberá ser informado por los funcionarios policiales o, en su defecto, por el personal de la Entidad pública de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre, de modo fehaciente y en un idioma que razonablemente pueda entender, de los derechos que asisten en España a las posibles víctimas de trata de seres humanos, así como de la normativa vigente en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita.

Apartado quinto. *Protección internacional.*

Una vez realizados los trámites que el art. 48 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, establece para los MENA que desean acogerse a la protección internacional, en particular, la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, la determinación de su edad, su puesta a disposición de la Entidad pública de protección de menores competente y la correspondiente asignación de representante legal, todo ello conforme a lo establecido en el presente Protocolo, el MENA será informado por la Entidad pública de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre, de modo fehaciente y en un idioma que pueda razonablemente comprender, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud. De esta actuación quedará constancia escrita, de acuerdo al art. 190.5 REX.

Para la formalización efectiva de la solicitud de protección internacional el MENA deberá comparecer en las dependencias administrativas previstas a tal efecto junto a la persona designada por la Entidad pública de protección de menores responsable de su tutela para asistirle en la correspondiente formalización y tramitación, con vistas a garantizar el interés superior del menor y completar su capacidad de obrar cuando fuera necesario.

Las autoridades españolas no podrán contactar con las representaciones diplomáticas del país de origen de un MENA solicitante de protección internacional.

Apartado sexto. *Documentación oficial expedida por el país de origen del menor.* Si en el instante de su localización o en un momento posterior, el menor presenta documentación oficial expedida por su país de origen serán de aplicación los siguientes criterios:

1. Las certificaciones emitidas por las autoridades extranjeras relativas al estado civil de las personas, así como cualquier otro documento extranjero que recoja datos identificativos del menor, como el pasaporte o los documentos de identidad, no constituyen prueba plena sobre la edad, filiación, matrimonio o emancipación del menor salvo que así venga reconocido expresa-

mente por Convenio o Tratado internacional, de conformidad con lo dispuesto en el art. 323 LEC.

2. No obstante, los pasaportes y documentos de viaje originales emitidos por las autoridades extranjeras a los efectos del art. 25.1º LOEX serán título suficiente para reconocer la condición de minoría de edad y su filiación salvo que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

A) Presenten signos de falsificación, se encuentren en todo o parte alterados o se aprecie que han sido corregidos, enmendados o tachados.

B) Incorporen datos contradictorios con otros documentos públicos emitidos por el propio país emisor que porte el menor extranjero o de que disponga la autoridad española competente.

C) El menor esté en posesión de dos documentos de la misma naturaleza que contengan datos distintos.

D) Sean contradictorios con previas pruebas médicas sobre la edad o filiación del titular del documento, practicadas a instancia del Ministerio Fiscal o por otra autoridad judicial, administrativa o diplomática española.

E) Sea patente, evidente e indubitada la falta de correspondencia entre los datos incorporados al documento público extranjero y la apariencia física del interesado.

F) Contradigan sustancialmente los datos y circunstancias alegadas por el portador del documento.

G) Incorporen datos inverosímiles.

3. Concurriendo cualquiera de las circunstancias anteriores se considerará, a los efectos de este Protocolo, que el extranjero se halla indocumentado.

Capítulo III

Supuestos específicos

Apartado primero. *Menor al que le sea de aplicación el régimen de la Unión Europea.* 1. Cuando los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad localicen a un MENA al que le sea aplicable el régimen jurídico de la Unión Europea lo pondrán en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal y del Consulado o Representación diplomática del Estado de que se trate.

2. Hasta tanto se disponga la entrega del menor a su familia o a la Representación diplomática del Estado del que es nacional, permanecerá bajo

la protección de la entidad pública de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que fuere hallado.

Apartado segundo. *MENA de terceros países cuya protección haya sido acordada por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea.* 1. A los MENA de terceros países cuya protección haya sido acordada por una autoridad de otro Estado miembro de la Unión Europea les serán aplicables las reglas generales del presente Protocolo.

Sin embargo, la constancia de una fecha de nacimiento o filiación que conste en un documento expedido por una autoridad competente de un Estado miembro de la Unión Europea impedirá acudir a las pruebas médicas.

Las dudas sobre la fecha de nacimiento que se contengan en el documento deberán resolverse, por medio de los mecanismos de cooperación jurídica internacional, ante las autoridades que hayan emitido el documento.

2. Por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras se practicarán las gestiones oportunas dirigidas a facilitar al Ministerio Fiscal los datos pertinentes del expediente tramitado y resolución acordada por la autoridad del otro Estado miembro de la Unión Europea.

3. En su caso, se realizarán las oportunas gestiones dirigidas al traslado al Estado donde ya se ejerza su protección institucional o tutela pública de conformidad con lo prevenido en el art. 35 LOEX y arts. 191 y siguientes REX.

Apartado tercero. *MENA localizados tras la comisión de un hecho delictivo que les fuere imputado a título de autoría o participación.* 1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen o detengan tras la comisión de un hecho delictivo a un extranjero cuya minoría de edad fuera indubitada:

A) Realizarán las correspondientes diligencias de reseña dactilar, cotejo o comprobación de inscripción en el RMENA. En el caso de que no conste inscrito, procederán a su inscripción en el RMENA sin que se haga constar circunstancia o dato que revele su detención o su condición de hallarse sometido a procedimiento de reforma.

B) Lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Fiscal a los efectos del seguimiento de su inscripción en el RMENA.

C) El Ministerio Fiscal velará porque quede debidamente inscrito en el RMENA sin que se haga constar circunstancia o dato que revele su detención o su condición de hallarse sometido a procedimiento de reforma.

2. En el caso de que los funcionarios de policía advirtieran indicios de que el menor hubiera sido compelido a la realización de los hechos presuntamente delictivos por terceros adultos apreciándose cualquier elemento indiciario acerca de que pudiera ser víctima de trata de seres humanos, lo pondrán en inmediato conocimiento del Ministerio Fiscal que gestionará su ingreso en un Centro de protección de menores o, si así procede en atención a las exigencias de protección integral del menor, en centros de acogida de una asociación, fundación u organización no gubernamental sin ánimo de lucro que disponga de los medios necesarios que garanticen su seguridad, recuperación física y psicológica, y la asistencia integral que requiera. Si tuviere juicio bastante, el menor será fehacientemente informado por el Cuerpo policial que estuviere realizando la investigación de los derechos que le reconoce el art. 59 bis LOEX.

3. Si el detenido fuera un extranjero cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad será conducido ante el Juzgado de Instrucción competente a los efectos de aplicación del art. 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. En cualquier caso, concurriendo indicios racionales de que el presunto menor es víctima de trata de seres humanos procede adoptar todas las medidas de protección previstas en el art. 59 bis LOEX y el Protocolo marco de protección de las víctimas de trata de seres humanos.

Apartado cuarto. *MENA cuya minoría de edad sea indubitada.* Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad localicen a un menor extranjero cuya minoría de edad sea indubitada, realizarán las correspondientes diligencias de reseña dactilar y cotejarán el RMENA para comprobar si se halla o no inscrito.

En cualquier caso, lo entregarán a la Entidad pública de protección de menores del lugar de localización, sin perjuicio de la posterior decisión sobre su acogida inmediata y custodia.

De no hallarse inscrito, se procederá a su inscripción en el RMENA.

En ambos supuestos, se comunicará al Ministerio Fiscal la localización del menor, su situación registral, y, en su caso, la causa por la que no ha sido posible la inscripción en el RMENA.

Por el Ministerio Fiscal se incoarán diligencias preprocesales para el seguimiento de la inscripción del menor en el RMENA. Una vez inscrito el menor en el RMENA se archivarán las diligencias.

Capítulo IV

Menores extranjeros en situación de riesgo: medidas de prevención de la trata de seres humanos y contra la utilización de menores

Apartado primero. *Entrevista reservada.* Cuando las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado localizasen –tras haber entrado de manera clandestina o subrepticia en territorio nacional o pretendiendo traspasar los puestos fronterizos españoles– a un menor extranjero que no tuviere juicio suficiente para ser oído en compañía de un adulto que afirme tener un vínculo biológico paterno–materno filial con el menor o aparente ser otro pariente o responsable del menor y no lo acreditase de manera indubitada mediante documentación o por otro medio, el adulto será entrevistado reservadamente por personal cualificado del Cuerpo policial actuante con objeto de clarificar su situación, decisión migratoria, vínculo y relaciones con el menor extranjero que le acompaña, en particular destino en España, personas a las que va a visitar o con las que permanecerá en nuestro país.

Apartado segundo. *Invitación a realizar la prueba de ácido desoxirribonucleico (ADN).* En los casos en los que el adulto afirme tener un vínculo biológico paterno–materno filial con el menor, por el CNP se solicitará de dicho adulto que voluntariamente preste su consentimiento debidamente informado para la obtención del dato identificativo que se obtenga a partir del ADN de las células epiteliales bucales propias y del menor.

Apartado tercero. *Acta de consentimiento informado.* Por la policía actuante se levantará acta (en el modelo que consta como Anexo I del presente Protocolo) en la que se hará constar:

1. Las circunstancias de localización del menor.

2. Las alegaciones del adulto en las que afirma tener un vínculo biológico paterno–materno filial con el menor.

3. El contenido y resultado de la entrevista realizada.

4. El ofrecimiento al adulto de poder someterse voluntariamente a la prueba de ADN como medio de acreditar la existencia del vínculo biológico paterno–materno filial.

5. La información completa al adulto sobre la prueba de ADN que se le solicita, los efectos de sus resultados y las consecuencias que se derivarían de su negativa a someterse a ellas.

6. Constancia de la autorización o de la negativa del adulto y motivos alegados.

7. Puesta en conocimiento y remisión de copia del acta al Ministerio Fiscal.

Apartado cuarto. *Realización de las pruebas de ADN.* 1. Prestado el consentimiento informado del adulto, las pruebas serán practicadas por la Comisaría General de Policía Científica del CNP (en el modelo que consta como Anexo II del presente Protocolo) siguiendo las reglas protocolarias de su actividad sobre: tipo de muestra que deben ser recogidas, modo y unidad de policía que toma la muestra, cadena de custodia, conservación, identidad, y laboratorios científicos acreditados para el análisis y su resultado.

2. La Comisaría General de Policía Científica del CNP desarrollará los estudios básicos necesarios según las normas técnicas adecuadas para dictaminar si queda descartada la relación biológica paterno–materno filial.

3. Las pruebas básicas de ADN, salvo causa justificada, se realizarán en el plazo más breve posible, dando prioridad a la analítica en cualquier caso en el ámbito del Protocolo. Si excepcionalmente fuere preciso practicar pruebas complementarias, dicho plazo podrá ampliarse por el tiempo indispensable.

Apartado quinto. *Puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Entidad pública de protección de menores competentes.* La situación de riesgo derivada de la localización de un menor en las circunstancias arriba indicadas, deberá ponerse de forma inmediata en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Entidad pública de protección de menores, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 13 y 14 LOPJM a los efec-

tos procedentes. El CNP les remitirá el resultado de la entrevista reservada y la documentación recabada.

Apartado sexto. *Garantía de la seguridad del menor que se encuentre en centros de acogida de progenitores.* Si de las declaraciones del adulto o de cualquier otro indicador o noticia, se apreciara una situación de riesgo inminente en la persona del menor, la Entidad pública de protección de menores acordará la separación del menor del adulto y su acogida provisional mientras se practican las oportunas diligencias de investigación, que justifiquen la reagrupación del menor con dicho adulto, lo que será comunicado al Ministerio Fiscal para su conocimiento, seguimiento y protección de los intereses del menor.

En todo caso, se promoverán por el Ministerio Fiscal las acciones pertinentes ante el Juzgado de Guardia o Juzgado de Primera Instancia competente para asegurar que mientras se está evaluando la situación de riesgo, el menor no abandone el centro en compañía del adulto sin autorización judicial.

El Ministerio Fiscal velará para que la resolución judicial que se dicte sea comunicada al Cuerpo policial que estuviere realizando la investigación, y en todo caso al CNP, a los efectos de que se adopten las medidas precisas dirigidas a evitar que el adulto que alega la relación biológica paterno–materno filial o una tercera persona abandonen el centro con el menor sin autorización judicial.

Si se tiene conocimiento de que el menor y el adulto van a abandonar el centro de manera inminente y no hubiera tiempo de que por el Ministerio Fiscal se promuevan las acciones judiciales oportunas, cuando de las declaraciones del adulto o de cualquier otro indicador o noticia se apreciara una situación de riesgo inminente en la persona del menor, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad actuantes procederán a separar al menor del adulto, comunicándolo inmediatamente a la Entidad pública de protección de menores para que se haga cargo del menor y se acuerde su atención inmediata y al Fiscal para el ejercicio de las acciones judiciales procedentes.

Apartado séptimo. *Negativa a someterse a la prueba de ADN o cuando el resultado de la misma descarte el vínculo biológico paterno–materno filial.* Si el adulto se niega a someterse a

la prueba o ésta resultase contraria a lo manifestado por él, el Ministerio Fiscal interesará del servicio público de protección de menores la asunción de la tutela urgente del menor si de las circunstancias concurrentes se apreciase que dicho menor se encuentra privado de la necesaria asistencia material o moral.

Apartado octavo. *Menores acompañados por un guardador de hecho.* El Ministerio Fiscal interesará de la Entidad pública de protección de menores la asunción de la tutela urgente del menor, si de las circunstancias concurrentes se aprecia que el pariente o el adulto que acompaña al menor, no le garantiza la necesaria asistencia material o moral.

Capítulo V

Extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad

Apartado primero. *Naturaleza, contenido y efectos de los expedientes de determinación de edad ordenados por el art. 35.3 LOEX.* 1. El art. 35.3º LOEX atribuye al Ministerio Fiscal la responsabilidad de ordenar la práctica de pruebas médicas de determinación de edad de aquellos extranjeros que hubieren sido localizados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado cuando, hallándose indocumentados, su minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

2. Los expedientes incoados por el Ministerio Fiscal al amparo de dicho precepto y, en su caso la resolución adoptada, no persiguen la determinación de la edad del afectado en cuanto una de las manifestaciones de su estado civil, sino exclusivamente decidir con carácter cautelar y urgente, incluso si es posible durante el servicio de guardia si debe ser acogido en un centro de protección de menores de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor o por el contrario debe ser sometido al régimen ordinario de mayores de edad.

3. El decreto del Ministerio Fiscal resolviendo sobre la minoría o mayoría de edad del afectado tiene carácter meramente provisional pudiendo ser modificada la resolución adoptada, tanto de oficio como a instancia de quien ostente un interés legítimo, cuando se aporten datos o circunstancias sobrevenidas o que, siendo preexistentes, no se hubieran valorado por haberse conocido con posterioridad a la decisión adoptada.

4. En todo caso, el decreto del Ministerio Fiscal, cuando conste resolución judicial motivada dictada en cualquier orden jurisdiccional, será modificado de conformidad con el fallo en que se hubiera acordado una edad distinta.

5. En caso de que el extranjero sea portador de un documento falsificado al haber sido manipulado de manera manual o química para alterar los datos del documento original emitido por las autoridades extranjeras, se procederá de la manera prevista en el Capítulo III, apartado tercero, 3 del presente Protocolo, poniéndose al afectado a disposición del Juez de Instrucción competente.

Apartado segundo. *Expedientes de determinación de edad: forma y tramitación. Diligencias preprocesales.* Los expedientes de determinación de edad tramitados por el Ministerio Fiscal se incoarán y tramitarán siguiendo las formas de las Diligencias Preprocesales reguladas por el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de acuerdo con lo previsto en los apartados siguientes y de conformidad con las Circulares e Instrucciones ordenadas por el Fiscal General del Estado.

Apartado tercero. *Incoación del expediente.* Los expedientes se iniciarán inmediatamente por decreto de incoación cuando el Ministerio Fiscal:

1. Reciba comunicación de alguno de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de haberse localizado a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad y que no aparezca inscrito en el RMENA.

2. Reciba comunicación de cualquier policía autonómica de haberse localizado a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

3. Reciba comunicación de cualquier autoridad, institución o entidad, local o autonómica, que hubiese localizado, acogido o recibido a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad.

4. De oficio, cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de la existencia de un extranjero cuya minoría de edad no pueda establecerse con seguridad, carezca de la documentación precisa según el Capítulo II, apartado sexto de este Protocolo y sea necesario para la defensa de sus intereses de conformidad con el Estatuto Orgánico del Minis-

terio Fiscal y las Circulares e Instrucciones del Fiscal General del Estado.

Las peticiones de incoación del expediente deberán ir acompañadas de una exposición razonada en la que se relacionen las circunstancias de la localización del afectado, motivos que hacen dudar sobre su minoría de edad, y, en caso de existir documentación genuina del menor expedida por autoridades extranjeras, los concretos indicios de sospecha sobre su fiabilidad y verosimilitud.

Cuando se incoe de oficio, el decreto inicial del Ministerio Fiscal deberá reflejar motivadamente no sólo las circunstancias recogidas en el párrafo precedente sino también las causas concurrentes que determinan su actuación, de conformidad con las Circulares e Instrucciones del Fiscal General del Estado.

El decreto de incoación del Expediente de determinación de edad será comunicado a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras con la mayor celeridad posible.

Apartado cuarto. *Tramitación y diligencias a practicar en el expediente. Comprobación por el Fiscal de si el menor ha sido reseñado e inscrito en el RMENA con anterioridad. Actuaciones a seguir cuando el Fiscal tenga conocimiento de diligencias preprocesales abiertas en otra fiscalía respecto del mismo extranjero.* El Fiscal deberá hacer constar como primera diligencia que se ha realizado la previa y preceptiva reseña policial del afectado, incorporando la certificación negativa de no hallarse reseñado e inscrito previamente en el RMENA, expedida por la respectiva Brigada Provincial de Policía Científica del CNP conforme a lo dispuesto en el capítulo II, apartado tercero 1 de este Protocolo.

En caso de que el Fiscal tenga conocimiento de que se han abierto diligencias preprocesales en otra Fiscalía respecto del mismo extranjero, solicitará de la Fiscalía que lo estuviere tramitando la remisión de una copia íntegra del expediente de determinación de la edad y de las diligencias practicadas. Será competente para continuar la tramitación del expediente la Fiscalía del lugar donde estuviera el extranjero.

Apartado quinto. *Tramitación y diligencias a practicar en el expediente. Práctica de las pruebas médicas.* 1. Acuerdo del Ministerio Fiscal de

autorización de pruebas médicas. Principios aplicables a las pruebas médicas. Actuaciones iniciales.

En el ámbito de aplicación del art. 35.3º LOEX, la decisión sobre la práctica de pruebas médicas dirigidas a eliminar las dudas sobre la mayoría o minoría de edad del extranjero indocumentado es exclusiva del Ministerio Fiscal que la adoptará mediante acuerdo.

No se autorizarán pruebas médicas que repitan otras ya practicadas ni nuevas pruebas médicas cuando, a la vista de la reiteración con la que se han practicado las pruebas anteriores y las dosis de radiación a la que el sujeto haya estado sometido se aprecie un riesgo para la salud del menor según informe previo del facultativo o del médico forense.

Las pruebas médicas ordenadas practicar por el Ministerio Fiscal se registrarán por el principio de celeridad exigiendo el previo consentimiento del afectado y un control médico-sanitario especializado y se llevarán a cabo con respeto a la dignidad de la persona.

A) La orden de practicar las pruebas médicas se dictará en el plazo más breve posible. Deberá adoptarse si fuere posible durante el servicio de guardia por el Fiscal que lo desempeñe cuando de la información recibida por los Cuerpos policiales no se desprenda la necesidad de la práctica de otras diligencias imprescindibles.

B) La información preceptiva y la petición de la práctica de las pruebas médicas podrá ser avanzada al Fiscal del expediente por fax, correo electrónico o vía telefónica, sin perjuicio de la remisión del atestado por conducto ordinario. En todo caso la policía actuante hará constar de manera fehaciente y expresa que ha realizado la completa reseña del afectado y que por el CNP se ha cotejado su resultado con el RMENA de la manera indicada en el Capítulo II, apartado tercero, del presente Protocolo.

C) El menor será trasladado a presencia del Ministerio Fiscal antes de proceder a ordenar la práctica de las pruebas médicas cuando así lo disponga el Fiscal tras valorar la información recibida por las fuerzas policiales.

D) Si se considera procedente realizar las pruebas médicas, el Fiscal remitirá los oficios correspondientes al Centro hospitalario, directamente o a través de la propia policía actuante.

E) Si por causas extraordinarias no pudieran practicarse durante el servicio de guardia las pruebas debidas, una vez que el menor ha sido reseñado y se ha cotejado el RMENA, el Fiscal pondrá a disposición de la Entidad pública de protección de menores competente al menor para que proceda a su ingreso en un Centro de protección de menores hasta que aquella pueda llevarse a cabo.

2. Consentimiento informado del extranjero.

El Fiscal autorizará la práctica de las pruebas médicas a condición de que el interesado preste el consentimiento tras haber sido fehacientemente informado, en el modelo que consta como Anexo III del presente Protocolo, de los siguientes extremos:

A. Contenido de la información.

a) Tipo, características y riesgos de las pruebas a las que va a ser sometido.

b) Finalidad que se persigue con la realización de las pruebas y las consecuencias que se derivarían de su negativa a practicarla.

B) Órganos que deben informar y ante los que debe prestarse el consentimiento. Formalización de acta.

a) La información sobre el tipo, características y riesgos de las pruebas a la que va a ser sometido deberá ser facilitada por el facultativo competente. El consentimiento se prestará ante el mismo.

b) Los demás aspectos de la información se prestarán por la propia policía actuante.

c) Del consentimiento prestado en los dos apartados anteriores se levantarán las correspondientes actas al respecto en las que consten de manera expresa e inequívoca la autorización del presunto menor.

C) Negativa a prestar su consentimiento.

a) En el supuesto de negativa a prestar su consentimiento para la práctica de las pruebas ante los agentes de la policía actuantes será llevado a presencia del Fiscal que tras recibirle declaración y tomando en consideración todas las circunstancias obrantes en el expediente podrá determinar que se trata de un mayor de edad.

b) Si entre las circunstancias concurrentes se hallaren indicadores de que el interesado pudiera ser víctima de trata de seres humanos prevalecerá la presunción de minoría de edad, debiéndose adoptar las medidas de protección inmediatas,

comunicándose simultáneamente a la Unidad policial de Extranjería correspondiente del CNP a los efectos de valorar la aplicación del art. 59 bis LOEX según las reglas establecidas por el Protocolo de protección de víctimas de trata de seres humanos, así como al Cuerpo policial actuante, a efectos de investigación.

c) El interesado podrá retirar su consentimiento en cualquier momento antes de la práctica de las pruebas médicas, en cuyo caso cesarán o se dejarán sin efecto las mismas, valorándose del mismo modo que si se tratase de una negativa precedente.

3. Traslado del extranjero a los Centros hospitalarios.

El traslado de los supuestos menores al Centro hospitalario se podrá realizar por agentes del CNP, Guardia Civil, Policías autonómicas o locales. Asimismo, lo podrá realizar el personal del Centro de protección de menores. Dicho traslado se realizará de la forma que menos perjudique al supuesto menor, con respeto de sus garantías y sus derechos.

Se procurará realizar los traslados en vehículos sin distintivos policiales y con personal no uniformado, salvo que las circunstancias del caso y la disponibilidad de recursos no lo permitan.

4. Personal sanitario.

Las pruebas de determinación de la edad y los correspondientes dictámenes periciales se realizarán por personal médico especializado en la materia. También podrán ser realizadas por los médicos forenses que, además podrán ser llamados en cualquier momento por el Fiscal para completar, precisar o ampliar los dictámenes recibidos.

Los Protocolos territoriales especificarán los Centros hospitalarios donde se llevarán a cabo y garantizarán la realización de la prueba de manera continua y permanente, sin limitación de horarios y fechas, con la mayor celeridad posible.

5. Pruebas a realizar.

Corresponde a los facultativos médicos según las leyes de su ciencia determinar las pruebas adecuadas y suficientes para eliminar la inseguridad sobre la minoría de edad del extranjero afectado. Se recomienda seguir los parámetros y pautas de actuación fijadas en las Conclusiones de la Jornada de Trabajo sobre Determinación Forense de la Edad de los MENA. Documento de

Consenso de Buenas Prácticas entre los Institutos de Medicina Legal de España. En: *Revista Española de Medicina Legal*. 2011, vol. 37, nº 1, enero-marzo.

Cualesquiera que sean las pruebas practicadas tendientes a determinar el grado de maduración ósea o dental (prueba radiológica del carpo izquierdo de la muñeca y examen de la dentición, en particular del tercer molar, por medio de una ortopantomografía, radiografía de la clavícula para la cuantificación de los cambios de osificación), será preceptivo el previo examen físico y personal del interesado.

6. Informe médico.

El informe médico de determinación de edad deberá ser emitido en el plazo más breve posible; hará referencia a la identidad del médico informante, fecha y hora de la emisión; y expondrá de manera clara y motivada la técnica o técnicas que se hayan seguido para la determinación de la edad.

Justificará razonadamente el resultado de cada prueba practicada y contendrá una conclusión en la que se establecerá de manera precisa una horquilla de edad mínima y, si es posible, máxima del examinado que se corresponderá con el margen de error, porcentaje de incertidumbre o desviación estándar que dicho resultado pueda tener.

El Fiscal pedirá la repetición o ampliación del informe cuando se omita cualquiera de los datos reseñados, carezca del suficiente grado de motivación, o se sustituya la delimitación de la horquilla con otras locuciones o expresiones ambiguas e imprecisas.

Apartado sexto. Finalización del expediente. *El decreto del Ministerio Fiscal*. 1. Contenido del decreto del Ministerio Fiscal.

Los expedientes de determinación de la edad del art. 35.3º LOEX concluirán tras el decreto del Ministerio Fiscal, que contendrá los siguientes apartados:

A) Fundamentación de los hechos.

En él se hará constar: la fecha, modo y circunstancias de localización del menor; la acreditación de que el menor ha sido fehacientemente reseñado; el NIP; el cotejo registral y su resultado; en su caso, la documentación que portaba el menor, naturaleza, filiación, nacionalidad y autoridad que lo expidió; la relación de los indicios o

circunstancias que han determinado la necesidad de la práctica de las pruebas médicas; constancia del consentimiento informado del interesado; descripción de otras diligencias que eventualmente se hayan acordado para determinar la minoría de edad y su resultado; en caso de haberse practicado las pruebas médicas, sucintamente se recogerán los datos relativos a la identificación del médico que realizó las pruebas y firmó el dictamen, el Centro hospitalario en que se han realizado las pruebas y los medios de diagnóstico utilizados; el resultado de las pruebas realizadas.

B) Fundamentación jurídica.

Deberán valorarse, si las hubiere, las diferentes pruebas que obren en las diligencias (médica, documental, manifestaciones del interesado) o, de haberse producido, los efectos de la negativa o retirada del consentimiento a someterse a las pruebas médicas. Igualmente motivarán, en su caso, por qué no se aceptan los indicios de duda planteados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, la policía autonómica o autoridad, institución o entidad, local o autonómica y no se ha acordado la práctica de las diligencias de comprobación.

C) Parte dispositiva.

a) Si el interesado debe ser considerado menor de edad, así se declarará expresamente y se acordará que el menor sea puesto a disposición de la Entidad pública de protección de menores.

Si se han realizado las pruebas médicas, la edad del sujeto se corresponderá con el tramo inferior de la horquilla, entendiéndose como día y mes de nacimiento el que corresponda con la fecha en que se practicaron las pruebas médicas a falta de otro dato, como las manifestaciones del menor si son compatibles con el resultado de aquellas.

b) Si no es posible pronunciarse sobre la mayoría o minoría de edad por no haberse presentado el supuesto menor a la práctica de las pruebas médicas así se declarará archivándose las diligencias provisionalmente.

c) Si el extranjero debe ser considerado mayor de edad así se declarará expresamente comunicándolo a la mayor urgencia a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del CNP, y, en su caso, al Cuerpo policial que realice la investigación.

2. Revisión del decreto del Ministerio Fiscal.

El decreto del Ministerio Fiscal disponiendo la mayoría o minoría de edad del extranjero es revisable de oficio o a instancia de quien ostente un interés legítimo.

Es competente para la revisión del decreto la Fiscalía correspondiente al lugar donde efectivamente resida el interesado. Cuando la Fiscalía ante la que se plantea la revisión del decreto sea distinta de quien la dictó, con carácter previo a tomar cualquier decisión solicitará de la Fiscalía que actuó anteriormente la remisión de una copia íntegra del expediente de determinación de la edad y de las diligencias practicadas.

La revisión procederá:

A) Cuando se aporten documentos o certificaciones genuinas expedidas por autoridades del Estado de donde es nacional el interesado que tengan fuerza probatoria según el art. 323 LEC por haberse así reconocido por Convenio bilateral o Tratado internacional.

B) Cuando se comunique al Ministerio Fiscal cualquier sentencia o auto judicial de cualquier orden jurisdiccional que establezca otra edad diferente.

C) Cuando concurren circunstancias sobrevenidas o que siendo preexistentes no pudieron ser tomadas en cuenta en el momento de dictar el decreto, y el Fiscal las valore como relevantes y suficientes para su modificación. Significadamente, cuando conste la práctica de otras pruebas médicas de resultado incompatible realizadas en el ámbito de sus competencias a instancia de los Consulados españoles en el extranjero, de cualquier Administración del Estado, o de la Entidad pública de protección de menores en el ejercicio de su función de guarda y tutela.

La Entidad pública de protección de menores no puede, unilateralmente, fijar una edad distinta a la previamente establecida en el decreto del Ministerio Fiscal.

Si la Entidad pública de protección de menores por su propia iniciativa decide practicar pruebas complementarias con posterioridad al decreto del Ministerio Fiscal, para que puedan tener virtualidad revisora de la decisión acordada en el decreto del Ministerio Fiscal, tendrán que reunir los siguientes requisitos:

a) Deberá adoptarse tras un acuerdo que razone las causas y circunstancias que lo motivan y

que señalará las pruebas concretas que pretende realizar.

b) Dicho acuerdo será notificado al Ministerio Fiscal y al declarado menor.

c) Un representante de la Entidad pública de protección de menores deberá informar al interesado mayor de 16 años o menor de 16 años con suficiente madurez sobre la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias, siendo preguntado si presta de manera libre e inequívoca su consentimiento a la realización de las pruebas. Dicha información se transmitirá con intérprete si el interesado no conoce el castellano.

d) Si el interesado tuviera menos de 16 años se le deberá nombrar un defensor judicial.

e) Del consentimiento informado se dejará constancia por escrito.

f) En caso de negativa a someterse a las pruebas médicas, la Entidad pública de protección de menores lo comunicará al Ministerio Fiscal que tras oír al interesado, acordará lo que estime procedente sobre la modificación del decreto.

g) Las pruebas médicas sólo se realizarán por personal facultativo experto o especializado y necesariamente serán complementarias y añadidas a las ya practicadas a instancia del Ministerio Fiscal sin que puedan repetirse las ya realizadas. En caso de no existir pruebas médicas anteriores deberán practicarse según las disposiciones precedentes de este Protocolo.

h) Finalizadas las diligencias complementarias, la Entidad pública de protección de menores dictará una resolución recogiendo el resultado de las nuevas pruebas practicadas y la incidencia que a su juicio pueda tener dicho resultado sobre la edad del afectado.

Dicha resolución la remitirá al Ministerio Fiscal con la documentación precisa para que, si fuera procedente, modifique el decreto de determinación de edad.

D) Cuando el interesado aporte documentación genuina expedida por el Estado de que es nacional que, aunque no reúna los requisitos previstos en el precedente ap. a):

a) No esté viciada de falta de credibilidad por concurrir cualquiera de las circunstancias reseñadas en el Capítulo II, apartado sexto 2, del presente Protocolo.

b) Provenza de cualquier Estado cuyo régimen legal no exija ningún tipo de control oficial sobre los registros públicos, la emisión de documentos y sus correspondientes cotejos.

A los efectos de que los fiscales tengan un conocimiento preciso en cada caso, la Unidad de Extranjería de la Fiscalía General del Estado mantendrá una comunicación cuando sea necesario con la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios para recabar información acerca de la práctica existente sobre inscripción en los registros públicos y la emisión de documentos identificativos de que se trate, especialmente sobre si los datos que figuran en unos y otros pueden ser suministrados por los propios interesados o exigen una comprobación oficial o por la autoridad o funcionario que los expidió.

3. Notificaciones del decreto del Ministerio Fiscal e inscripción registral.

A) Tanto el decreto inicial como los que acuerden o denieguen su revisión serán notificados fehacientemente al interesado, a la Entidad pública de protección de menores, a la Delegación o Subdelegación de Gobierno y, en su caso, a la Fiscalía que dictó el decreto inicial.

B) Todos los decretos del Ministerio Fiscal por los que se concluyan unas diligencias preprocesales de determinación de la edad –cualquiera que sea el acuerdo adoptado– o su revisión serán comunicados a las Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras del CNP para su debida constancia e inscripción en el RMENA.

C) Notificado el decreto inicial del Ministerio Fiscal declarando la minoría de edad a la Entidad pública de protección de menores, ésta dictará la resolución correspondiente asumiendo la acogida inmediata del menor.

Si el decreto del Ministerio Fiscal modifica la situación de minoría o mayoría de edad o establece una edad concreta distinta, el ente de protección dictará una resolución asumiendo el contenido del nuevo decreto.

Si el decreto inicial del Ministerio Fiscal es de mayoría de edad, la Entidad pública de protección de menores dictará en todo caso una resolución por la que se establezca su consiguiente baja en el Centro de protección de menores y la notificará de forma fehaciente al interesado para que pueda interponer los recursos o ejercer las acciones ante

la jurisdicción que sean procedentes en defensa de sus intereses.

Capítulo VI

Documentación de MENA

Apartado primero. *Documentación provisional.* La unidad policial de extranjería actuante del CNP, en el plazo máximo de 72 horas, remitirá a la Entidad pública de protección de menores y al Director del Centro de protección de menores donde esté ingresado el menor la “ficha de inscripción MENA” o documento identificativo equivalente que se prevea en un futuro en las instrucciones del Secretario de Estado de Seguridad.

Dicha ficha servirá para que el menor pueda identificarse.

Apartado segundo. *Repatriación de MENA.* Las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno serán los Centros directivos competentes para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación del MENA de acuerdo a lo establecido en el art. 35 LOEX y 191 y siguientes REX.

Apartado tercero. *Residencia del MENA.* 1. Tramitación. Elevación de la propuesta por la Entidad pública de protección.

A) Plazos en que debe realizarse la propuesta.

Las gestiones dirigidas a determinar si es posible la repatriación u obtener el pasaporte o, en su defecto, la cédula de inscripción, deberán realizarse con la mayor celeridad.

Sin perjuicio de lo establecido en el REX, se considera a tales efectos que tres meses desde la puesta a disposición del MENA del Centro de protección de menores es tiempo suficiente para que, por parte de la Entidad pública de protección de menores, se solicite la autorización de residencia.

B) Documentos que debe presentar la Entidad pública de protección de menores.

A la solicitud de autorización, la Entidad pública de protección de menores deberá acompañar:

a) Copia completa del pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, del MENA. De no poder obtener el pasaporte, este documento será sustituido por la cédula de

inscripción del MENA si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 211 REX.

b) Documento acreditativo de que la persona física que interviene en el procedimiento tiene competencia para ello en representación de la Entidad pública de protección de menores.

c) Documento acreditativo de la relación de tutela legal, custodia, protección provisional o acogida inmediata entre el menor y la Entidad pública de protección de menores.

d) De tenerlo a su disposición, copia del decreto del Fiscal o del documento que acredite la fecha de puesta a disposición del menor.

e) Solicitud de la autorización en modelo oficial establecido al efecto.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno recabará de la correspondiente Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del CNP la información que conste en la ficha de inscripción del menor en el RMENA.

El menor podrá colaborar con la Entidad pública de protección de menores para la obtención de la documentación señalada en el ap. anterior.

C) Tramitación de oficio del expediente por la Delegación o Subdelegación del Gobierno ante la omisión injustificada de la propuesta.

Si por causa no justificada no se ha elevado la propuesta de resolución por la Entidad pública de protección de menores, la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente al domicilio del menor iniciará, de oficio, el procedimiento relativo a la autorización de residencia.

En tal caso, la Oficina de Extranjería comunicará al MENA el acuerdo de inicio del procedimiento a través de la Entidad pública de protección de menores bajo cuya tutela legal, custodia, protección provisional o guarda se encuentre, interesando la aportación de los documentos señalados en las letras precedentes.

2. Resolución, notificación del expediente y actuaciones posteriores.

A) Plazos.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno resolverá y notificará la resolución al MENA en el plazo máximo de un mes. Dicha resolución será comunicada al Ministerio Fiscal y a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras del CNP correspondiente en el plazo de diez días desde que se dicte.

B) Inscripción registral.

El Ministerio Fiscal velará para que dicha resolución conste debidamente inscrita en el RMENA.

C) Solicitud de la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

El representante, acompañado del MENA, deberá solicitar personalmente, en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la resolución por la que se concede la autorización, y ante la Oficina de Extranjería o Comisaría del CNP, la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

3. Disposición común. Plazo máximo para otorgar la autorización de residencia.

La tramitación y resolución del expediente deberán realizarse con la mayor celeridad. En todo caso, transcurrido el plazo máximo de nueve meses desde la puesta a disposición del MENA sea cual sea el estado de tramitación, la Delegación o Subdelegación de Gobierno otorgará la autorización de residencia.

Tendrá carácter prioritario la tramitación de los procedimientos relativos a las solicitudes de autorización de trabajo o, en su caso, de excepción a la autorización de trabajo presentadas, a favor del MENA, tanto si se presentan junto a la solicitud de autorización de residencia como si se presentan durante la vigencia de la misma.

De acuerdo con lo establecido en el art. 35.8 de la LOEX, la concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor.

Capítulo VII

Guarda y tutela de MENA

Se procurará que en los Protocolos territoriales existan normas uniformes conformes a las siguientes pautas de actuación:

Apartado primero. *Actuación de la Entidad pública de protección de menores.* La Entidad pública de protección de menores prestará la atención inmediata y el acogimiento que el MENA requiera. A efectos de la asunción formal de la tutela urgente, y en el más breve plazo posible, la Entidad pública de protección de menores debe:

1. Comunicar al CNP y al Ministerio Fiscal los datos de que disponga o pueda disponer para la

inscripción y actualización constante del RME-NA.

A tal fin, se remitirá sin dilación alguna la información referente a fugas, reingresos en los centros, cambio de Centro de protección de menores o de Comunidad Autónoma o cualquier otra información que afecte o modifique la situación del MENA.

2. Hacer gestiones de indagación sobre las circunstancias del MENA al objeto de constatar si existe una situación real de desamparo, si es posible reagrupar al MENA con su familia en su país de origen o donde ésta resida y, eventualmente, si existe una necesidad de protección internacional que no hubiera sido previamente detectada.

Se procurará que en dicha investigación participen expertos en la cultura y costumbres del país de origen del MENA.

En el plazo máximo de tres meses, la Entidad pública de protección de menores, una vez constatada la situación de desamparo del MENA, dictará una resolución administrativa en tal sentido, asumiendo la tutela del mismo.

3. Mensualmente, la Entidad pública de protección de menores remitirá al Ministerio Fiscal, así como a la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno, un listado de MENA que se encuentren bajo su ámbito de protección en el que se relacione cualquier dato relevante sobre los mismos, significadamente si hay decreto de determinación de la edad, fecha de ingreso en el Centro de protección de menores, fecha de la solicitud y, en su caso, concesión de la autorización de residencia.

Apartado segundo. *Petición de información del RMENA.* La Entidad pública de protección, a través del Ministerio Fiscal, podrá dirigirse al CNP para que se le remita la información que conste en el RMENA respecto a un menor que esté bajo su protección.

El objeto de la información se limitará exclusivamente a la que precise la Entidad pública de protección de menores para la realización de las actuaciones propias de su competencia en defensa del interés superior del menor.

Apartado tercero. *Actuaciones de supervisión del Ministerio Fiscal del correcto ejercicio de las funciones asignadas a la Entidad pública*

de protección de menores. 1. La fuga o abandono del menor del Centro de protección de menores que tuviera asignado para residir no será considerada causa de extinción de la tutela, que deberá seguir ejerciéndose para la localización del menor o para el caso que apareciere. De acuerdo con la legislación vigente, el Ministerio Fiscal impugnará cualquier resolución de cese de tutela indebidamente motivada.

2. Las Secciones de Menores de las Fiscalías y las Entidades públicas de protección de menores deberán realizar un especial seguimiento en los supuestos en los que estas últimas ejerzan las funciones tutelares mediante convenio, a través de organizaciones no gubernamentales, fundaciones u otras entidades dedicadas a la protección de menores.

Capítulo VIII

Medidas de seguimiento y de coordinación

Apartado primero. *Coordinación del RME-NA.* 1. Para el correcto cumplimiento de lo previsto en el Capítulo II, apartado tercero, el Fiscal Delegado de Extranjería controlará que dentro de los primeros quince días de cada mes les sea remitido a él y a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras como responsable provincial del RMENA cuantos datos de estos menores, a último día del mes anterior, obren en poder de las Policías autonómicas y de la Entidad pública de protección de menores de la provincia.

2. El Ministerio Fiscal dictará las instrucciones adecuadas, efectuará los requerimientos y adoptará las medidas pertinentes –en desarrollo de la función encomendada por el art. 215 REX– para que los MENA que, en el momento de aprobarse este Protocolo, ya se encontraran en el sistema de protección sin constancia registral, sean debidamente reseñados policialmente y que por el CNP sean inscritos en el RMENA.

3. El Ministerio Fiscal dictará las instrucciones adecuadas, efectuará los requerimientos y adoptará las medidas pertinentes –en desarrollo de la función encomendada por el art. 215 REX– para que cualquier resolución o acuerdo dictados por las Entidades públicas de protección de menores sobre los MENA en relación a su situación personal, residencia y traslados o cualquier otro dato relevante, sean debidamente comunicados a las

Brigadas Provinciales de Extranjería y Fronteras del CNP para su inscripción en el RMENA.

4. La Comisaría General de Extranjería y Fronteras garantizará que la reseña de menores extranjeros y el cotejo registral pueda realizarse en cualquier dependencia del CNP a la mayor brevedad posible.

5. Los miembros del Ministerio Fiscal tendrán acceso informático libre y directo al RMENA sin limitación horaria alguna para el cumplimiento de la función atribuida por el art. 35.3 °LOEX y 215 REX.

Apartado segundo. Reuniones de seguimiento. En cada provincia y con una periodicidad mínima semestral, el Ministerio Fiscal convocará una reunión de trabajo dirigida a realizar un seguimiento de las actuaciones relacionadas con la aplicación del presente Protocolo y para velar por la adecuada coordinación interinstitucional. A dicha reunión se convocarán a los mandos policiales competentes, los representantes de las instituciones autonómicas afectadas y la persona que designe el Delegado o Subdelegado del Gobierno correspondiente.

El Acta de dicha reunión será remitida a la Secretaría General de Inmigración y Emigración, que la hará llegar a los representantes de los Ministerios firmantes de este Protocolo.

ANEXO I

ACTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO DE TOMA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS PARA IDENTIFICACIÓN EN APLICACIÓN DEL PROTOCOLO MARCO DE DESARROLLO DEL ART. 190.2º DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA (RD 557/2011, DE 20 DE ABRIL)

[...]

ANEXO II

ACTA DE RECOGIDA VOLUNTARIA DE MUESTRAS BIOLÓGICAS A MENOR Y ADULTO EN APLICACIÓN DEL PROTOCOLO MARCO DE DESARROLLO DEL ART. 190.2 DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA (RD 557/2011, DE 20 DE ABRIL)

[...]

ANEXO III

ACTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUTORIZADO PARA LA PRACTICA DE PRUEBAS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD

[...]

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA

ACTOS Y DOCUMENTOS

ALGORA WESOLOWSKI, M.R.: “Circulación transfronteriza de documentos públicos en el ámbito inmobiliario”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 54, 2013–2014, pp. 367–423.

VALERO FERNÁNDEZ–REYES, A.: “La circulación internacional de los documentos notariales sobre bienes inmuebles su aceptación, fuerza probatoria y valor sustantivo: (el acceso de los documentos notariales extranjeros al Registro de la Propiedad español”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2014, nº 12.

ADOPCIÓN

DE LAS HERAS CABA, M.: “La adopción internacional: documentos acreditativos de la propiedad de bienes inmuebles como parte integrante de un expediente de adopción y su problemática traductológica”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia (Universidad de Almería)*, vol. 6, nº 1, 2014.

El presente artículo parte de un supuesto encargo de traducción de un expediente de adopción internacional. La traducción jurídica es un tipo de traducción que conlleva el traslado de documentos y términos de naturaleza jurídica de una lengua de origen a una lengua de destino. Al mismo tiempo, supone la traducción entre ordenamientos jurídicos distintos, dando lugar, en ocasiones, a la incongruencia terminológica. En el presente artículo describimos las funciones del traductor jurado, subrayamos la importancia del contexto jurídico y analizamos la equivalencia terminológica como paso previo a la traducción.

MARCHAL ESCALONA, N.: “Denegación del reconocimiento y la inscripción en el Registro civil español de una adopción constituida en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 1223–1228.

APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

ESPLUGUES MOTA, C.: “¿Nuevos derroteros del Derecho internacional privado? El caso de la normativa estatal americana prohibiendo la aplicación del Derecho extranjero por sus tribunales y autoridades”, *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2015, nº 2.

Las sociedades occidentales están siendo crecientemente testigos de una prevención hacia el extranjero y lo extranjero, especialmente hacia “lo musulmán”. Este rechazo adquiere una especial virulencia en EE UU donde cuenta con un impacto directo en el Derecho internacional privado de aquel país. Allí, la acalorada discusión en torno al posible uso de fuentes extranjeras a la hora de interpretar la Constitución americana por parte del Tribunal Supremo ha evolucionado con el paso del tiempo hacia un debate sobre la aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales americanos. El miedo a una creciente islamización del país, y a la consiguiente pérdida de sus señas de identidad han llevado a diversas entidades a diseñar una normativa tipo, a ser aprobada por los distintos EE UU, denominada *American Laws for American Courts Act*, y cuyo objetivo es la protección de los derechos constitucionales de los

ciudadanos americanos. A fecha de hoy, esta propuesta ha sido aceptada con alteraciones diversas en nueve Estados de la Unión, y goza de un creciente apoyo popular. Las distintas legislaciones promulgadas diseñan una respuesta, aparentemente de Derecho internacional privado, para impedir la aplicación del Derecho extranjero por sus jueces y autoridades. Las soluciones incorporadas, caracterizadas por su escasa sofisticación técnica, plantean todo tipo de cuestiones en relación con su objeto, articulación y resultados, abriendo importantes interrogantes sobre el futuro del Derecho internacional privado en EE UU.

GIMENO RUIZ, A.: “Derecho extranjero y Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 8243, 2014.

ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Cuestiones prácticas acerca del régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 1, 2014, pp. 205–210.

ARBITRAJE Y MASC

ANDALUZ VEGACENTENO, H.: “Retando el concepto de validez?. La naturaleza jurídica del reconocimiento de laudos anulados”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 3, 2014, pp. 769–788.

CAMILLERI, S.P.: “Anti-suit injunctions en el régimen de Bruselas I: ¿una cuestión de principios?”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 421–438.

El trabajo analiza la cuestión preliminar planteada por el Tribunal Supremo de Lituania al TJUE, referente a la cuestión de si resulta contrario al RB I un laudo emitido por un tribunal arbitral, dirigido a una de las partes en el procedimiento arbitral, para que, o se retire del procedimiento que se desarrolla ante el tribunal de un Estado parte, o limite sus pretensiones en el procedimiento ante tal tribunal. La idea principal que se sostiene en el artículo es que, si el tribunal del Estado miembro se ha pronunciado ya sobre su competencia, tal laudo sería contrario al espíritu del RB I y al principio de soberanía que éste contiene; y que el reconocimiento del laudo tendría que denegarse con base en el art. V.2º. b) del Convenio de Nueva York, por resultar contrario al orden público de la UE. Este artículo también analiza brevemente la cuestión al amparo del RB I bis, aunque no se aportan conclusiones definitivas sobre el enfoque que podría adoptar este Reglamento.

CLAY, T.: “El mercado del arbitraje”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 15–35.

COJO, O.: “El reconocimiento y ejecución en EE UU de laudos arbitrales anulados por tribunales extranjeros: el cambio de tendencia impulsado por *Commisa*”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 284–295.

COJO, O.: “Arbitraje y financiación procesal parciaria (*third-party funding*) en España: un análisis bajo el prisma de las nuevas Directrices de la IBA sobre conflictos de interés”, *La Ley mercantil*, nº 8, 2014, pp. 68–79.

CREMADES, B.M.: “Peritaje en el arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 117–222.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Alcance de la arbitrabilidad de los litigios sobre derechos de propiedad industrial”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 81–101.

Pese a la notable difusión del arbitraje en el ámbito de los derechos de propiedad industrial, este sector ha sido tradicionalmente identificado como una de las materias en las que el arbitraje se encuentra sometido a significativas limitaciones, que varían según los países. En particular, cuando en el litigio se ven implicados aspectos relativos a la validez de los derechos de propiedad industrial sometidos a registro, los límites de la arbitrabilidad pueden ser fuente controversia. Entre las diversas alternativas de reglamentación, en un sistema como el español cabe entender que prevalece el criterio de que el órgano arbitral puede pronunciarse acerca de la validez del derecho de propiedad industrial, si bien únicamente con carácter incidental o eficacia *inter partes*, en litigios relativos, por ejemplo, a la explotación contractual o a la infracción de tales derechos, sin que ello suponga ir más allá de lo arbitrable. Para finalizar, se incluye una valoración crítica de las reglas sobre arbitraje del Acuerdo sobre un tribunal unificado de patentes de 2013.

FACH GÓMEZ, K.: “Enforcing Global Law: International Arbitration and Informal Regulatory Instruments”, *The Journal of Legal Pluralism*, vol. 47, nº 1, 2015, pp. 112–139.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (coord.): *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Madrid, CIMA, 2015, 379 pp. ISBN 978–84–941055–3–1.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “La contaminación del arbitraje por los conceptos e institutos de las leyes procesales estatales”, *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 13, 2015, pp. 33–66.

Una de las ventajas del arbitraje es la peculiaridad de sus reglas procesales admitiendo que las partes utilicen las que más les convengan eludiendo la aplicación de las normas de los Códigos de procedimiento civil; por esta razón el procedimiento arbitral no está sujeto a las denominadas “normas procesales comunes”, salvo el caso excepcional de que las partes elijan expresamente su aplicación, sino que está determinado por la autonomía de la voluntad de las partes. Pese a este carácter diferencial el procedimiento arbitral exterioriza una vinculación muy estrecha con el proceso jurisdiccional que puede dar lugar a que sus instituciones se contaminen del mismo. La eventual contaminación del procedimiento arbitral de instituciones procedentes del procedimiento común es una situación patológica que amerita la conveniencia de preservar el arbitraje de ciertas prácticas o disfunciones, importadas las más de las veces de los procedimientos judiciales, que amenazan con poner en peligro su especificidad como sistema de resolución de conflictos haciéndole perder algunas de sus ventajas y razón de ser. La práctica apunta a la existencia de una cierta inclinación, tanto de los abogados como de los árbitros, a mantener los postulados del procedimiento común; entre ellos, algunos verdaderamente llamativos. Asimismo, el contagio de la reglamentación del procedimiento común sobre el arbitraje puede observarse en ciertas instituciones concretas: notificaciones, efecto de cosa juzgada, recusación de los árbitros o preclusión.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Riesgos de la heterodoxia en el control judicial de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 8537.

FERRARI, F.: “*Forum shopping*: la necesidad de una definición amplia y neutra”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp.335–368.

La actitud negativa hacia el *forum shopping* ha sido cuestionada por la doctrina, igual que lo han sido las justificaciones para adoptar esa actitud. Ni siquiera los legisladores condenan de forma absoluta el *forum shopping*. Cualquiera que sea el posicionamiento al respecto parece que no cabe duda de que el *forum shopping* es una realidad, un hecho, algo a lo que todo litigante que interpone una demanda se enfrenta. En realidad, todo abogado piensa sobre cuál es el mejor foro antes de interponer una demanda o al presentar una contestación. Y no sólo eso sino que, es una parte esencial del trabajo de los litigantes explorar la viabilidad de interponer una demanda en el foro más favorable, como parte de una estrategia efectiva. *Forum shopping* es una posibilidad percepti-

ble y obvia incluso tras la elección inicial –y consensuada– del sometimiento a arbitraje, de modo que no solo permite que los motivos tradicionales para hacer *forum shopping* entren de nuevo en juego (en la primera fase, la fase consensual), sino que también lo hagan motivos específicos del arbitraje (en la segunda fase, la fase unilateral), incluyendo la tentativa de invalidar la cláusula arbitral o dilatar el procedimiento arbitral iniciando un procedimiento en tribunales estatales.

GANDÍA SELLENS, M.A.: *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Cizur Menor, Thomson – Reuters – Aranzadi, 2014, 231 pp. ISBN 978-84-9059-319-6.

El presente trabajo aborda dos cuestiones clave en el arbitraje en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad de las pretensiones relativas a derechos de propiedad intelectual y la adopción de medidas cautelares para salvaguardar estos derechos durante el transcurso de un arbitraje. Todo ello desde la perspectiva del Derecho internacional privado. La obra se divide en cuatro capítulos. En el primer capítulo se tratan cuestiones generales: se asientan conceptos clave para la correcta comprensión de la materia objeto de estudio, como el concepto de propiedad intelectual y de arbitraje comercial internacional; seguidamente se desgranar las ventajas e inconvenientes del arbitraje como método de resolución de disputas en materia de propiedad intelectual. Y, para cerrar el capítulo, se dedican unas líneas a las normas reguladoras del arbitraje comercial internacional y las principales instituciones arbitrales a nivel mundial. En el capítulo segundo, relativo a la arbitrabilidad, se estudia, en primer lugar, el concepto de arbitrabilidad, distinguiendo entre sus clases; después se aborda la arbitrabilidad *stricto sensu* de las pretensiones relativas a propiedad intelectual desde la óptica de la regulación española; prosigue el libro abundando en las particularidades que se plantean entre arbitrabilidad, orden público y propiedad intelectual; posteriormente, dedica un epígrafe al aspecto temporal de la arbitrabilidad, finalizando en la ley aplicable a la arbitrabilidad de las pretensiones sobre propiedad intelectual. En el tercer capítulo, dedicado a las vicisitudes a las que las medidas cautelares pueden dar lugar en arbitrajes relativos a derechos de propiedad intelectual, empieza delimitando el concepto y las características más importantes de medida cautelar; continúa determinando la tipología de tutela cautelar existente, acompañando la explicación teórica con ejemplos prácticos focalizados en materia de propiedad intelectual; seguidamente, dedica un epígrafe a la concreción del órgano competente para la adopción de medidas cautelares y su ley aplicable, y, por último, incluye un epígrafe a precisar el concepto y alcance de las medidas cautelares *ante causam* e *inaudita altera parte* cuando de arbitrajes en materia de propiedad intelectual se trata, por ser este tipo de tutela cautelar verdaderamente relevante en lo que a la protección de la propiedad intelectual respecta. Para concluir la monografía sistematiza una serie de conclusiones que abogan por flexibilizar al máximo el arbitraje en un campo tan sensible como es el de los derechos de propiedad intelectual.

GIMENO BEVIÁ, J.: “Retos del arbitraje internacional frente a la corrupción”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 34, 2014.

GÓMEZ JENE, M.: “Arbitraje internacional y Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”, *Diario La Ley*, nº 8388, 2014.

GÓMEZ JENE, M.: “Arbitraje internacional y Reglamento Bruselas I Refundido”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, nº 1, 2015, pp. 15–48.

El Considerando 12 del Reglamento Bruselas I *refundido* aborda la cuestión relativa al alcance de la exclusión del arbitraje de su ámbito de aplicación material. Un estudio detallado de los cuatro párrafos que lo componen demuestra, no obstante, que las modificaciones introducidas en este ámbito son mínimas. Así, el control incidental del convenio arbitral es una cuestión que debe considerarse incluida en el ámbito de aplicación material del nuevo Reglamento. Por su parte, las *anti-sui in iunction* dictadas en apoyo de un arbitraje siguen estando excluidas del ámbito de aplicación material del nuevo texto. Los

argumentos que esgrime el Abogado General en sus Conclusiones al asunto *Gazprom* no son, en este sentido, convincentes.

GÓMEZ JENE, M.: “Hacia un estándar internacional de responsabilidad del árbitro”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 399–407.

HEREDIA CERVANTES, I.: “¿Puede invocarse dentro del juicio cambiario la declinatoria de arbitraje alegando la existencia de un convenio entre el acreedor y el deudor cambiario? (Comentario al AAP Madrid 18ª de 29 enero 2013)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 177–183.

LINARES RODRÍGUEZ, E.: “Reconocimiento en España de un laudo arbitral dictado en un arbitraje inversor-Estado (Nota STSJ Madrid 26 septiembre 2014)”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 902–906.

MOURA RAMOS, R.M.: “Arbitrage nécessaire, ‘juridiction nationale’ au titre de l’art. 267 du TFUE et durée maximale de l’exclusivité accordée dans l’Union Européenne à la suite de l’autorisation de mise sur le marché d’un médicament”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 499–508.

MOURA RAMOS, R.M.: “L’arbitrage étranger et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères dans le nouveau Droit portugais de l’arbitrage”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 61–80.

PAREDES PÉREZ, J.I.: “La Directiva 2013/11/UE, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 587–632.

Vid. resumen, *supra*, p. 587.

PENADÉS FONS, M.A.: “El arbitraje internacional en el Reglamento europeo de insolvencia: crítica a la propuesta de reforma”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 32, 2014, pp. 265–283.

PÉREZ AGUEDA, R.: “A 55 años de la aprobación de la Convención de Nueva York el control judicial de los laudos arbitrales”, *Diario La Ley*, nº 8266, 2014.

ROSENDE VILLAR, C.: “A vueltas con las *anti-suit injunctions* Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 mayo 2015, Asunto *Gazprom*”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 6, 2015, pp. 45–56.

SÁNCHEZ POS, M.V.: “La consolidación de procesos en el arbitraje comercial internacional las nuevas normas reglamentarias a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 26, nº 3, 2014, pp. 1–40.

BANCA Y MERCADOS FINANCIEROS

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Aproximación al “Insider Trading” en Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 136, 2014, pp. 207–233.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “Insider Trading, Unión Europea y Derecho internacional privado”, *La Ley mercantil*, nº 16, 2015, 12 pp.

BIENES

ALONSO LANDETA, G.: "La contribución de los registradores de la propiedad al desarrollo del espacio europeo de justicia", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 741, 2014, pp. 15-38

DE LA PUENTE ALFARO, F.: "¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 741, 2014, pp. 39-66

PORTELA VÁZQUEZ, E.: "La protección de bienes culturales robados e ilícitamente exportados a EE UU . Incorporación del art. 7 de la Convención de la Unesco de 1970 al Ordenamiento Jurídico Estadounidense", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 1, 2015, 142-185.

RODRÍGUEZ DELGADILLO, J.J. y RODRÍGUEZ MORA, J.C.: "El régimen de propiedad del extranjero en México: caso de matrimonio de extranjero con nacional mexicano visto desde las restricciones constitucionales de los extranjeros en materia de adquisición de propiedad inmueble", *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 755-778.

Vid. resumen, *supra*, p. 755.

SABEL DEL ESTAL, M.: "Circulación y tráfico ilícito de bienes culturales en la Unión Europea", *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, nº 3, 2014, pp. 113-148.

CODIFICACIÓN INTERNA E INTERNACIONAL

ANCEL, B.: "Départements et collectivités territoriales françaises dans l'espace caraïbe", *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 49-62.

BORRÁS, A.: "¿Qué ha significado 2014 para la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado?", *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 697-720.

Vid. resumen, *supra*, p. 697.

BOUZA VIDAL, N.: "Unidroit: Antecedentes, propuestas y realizaciones de sus programas de trabajo trianuales (2011-2013 y 2014-2016)", *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 737-752.

Vid. resumen, *supra*, p. 737.

DEL RIO VILLO, J.M., SALIM, R. y WHITE, J.: "Private International Law in the Commonwealth Caribbean and British Overseas Territories", *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 29-48.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: "El Derecho internacional privado de Puerto Rico: un modelo de americanización malgré lui", *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L'harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 175-228.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Pourquoi la République Dominicaine a-t-elle besoin d’une loi de droit international privé?”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L’harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 229–245.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Le nouveau droit international privé de la République dominicaine”, *Revue critique de droit international privé*, 2015, n° 2, pp. 303–329.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (coord.), ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ANCEL, B., DÁVALOS FERNÁNDEZ y DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (dirs.), *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L’harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean*, Madrid, Iprolex, 2015, 686 pp. ISBN 978–84–941055–2–4.

La preparación de la Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado, aprobada en Pointe-à-Pitre (Guadalupe) en 22 septiembre 2015 constituye el objeto central del presente libro. Esta iniciativa se llevó a cabo a partir de una colaboración entre ACP Legal, con sede en Guadalupe (Francia), y la entidad Iprolex, S.L., de Madrid, financiada por fondos europeos del proyecto INTERREG para realizar acciones en el ámbito de la armonización del Derecho mercantil en El Caribe y se inició con la constitución de un equipo dirigido por los siguientes especialistas: Prof. Dr. Santiago Álvarez González, Catedrático de DIPr de la Universidad de Santiago de Compostela, Prof. Dr. Bertrand Ancel, Catedrático de DIPr de la Universidad París II–Assas, Prof. Dr. Pedro A. De Miguel Asensio, Catedrático de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid, Prof. Dr. Rodolfo Dávalos Fernández, Profesor Principal de la Universidad de La Habana y Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid. En la realización de este ambicioso proyecto Iprolex, S.L. Dicho equipo contó también con el concurso de un nutrido grupo de expertos que han trabajado a lo largo de tres etapas bien definidas por un periodo de más de un año.

El punto de partida del proyecto consistió en la confección de un cuestionario destinado a conocer la situación legal y convencional en los 43 territorios y 29 Estados que integran la OHADAC en lo que concierne a las soluciones concretas que mantienen en materia de Derecho internacional privado. Dicha encuesta fue preparada, inmediatamente después del encargo de ACP Legal, por los cinco integrantes del equipo de redacción y remitida a un grupo reducido, pero especializado y de acreditada solvencia, para su respuesta con carácter de urgencia. La selección de sus componentes estuvo en función, principalmente, de los modelos legislativos utilizados en la zona acotada, insistiéndose en aquellos más alejados del conocimiento habitual de los profesionales dedicados a esta materia pues, no cabe duda, que algunos de los sistemas vigentes en el área eran suficientemente conocidos (v.gr., México o Venezuela).

En términos generales, tras una breve descripción de la situación política, social y económica del territorio o Estado concernido, la encuesta buscaba respuesta a dos cuestiones condicionantes del marco regulador. De un parte, su pertenencia del a un sistema de integración económica regional o a un Tratado de Libre Comercio; y, de otra, la vinculación de su modelo normativo con una determinada familia jurídica, tanto desde la perspectiva del Derecho material como desde la perspectiva del DIPr.

La información así obtenida ofreció de una utilidad inapreciable a la hora de construir el texto de la Ley Modelo y optar por una de las solución concreta en la regulación de las distintas materias que van a ser objeto de consideración. Asimismo, el examen del régimen convencional permitió cubrir dos sectores esenciales, en primer lugar, la observancia del nivel de aceptación en el territorio considerado de las normas convencionales a los efectos de que pudiesen servir de inspiración de la Ley Modelo que se proyectaba redactar; y, en segundo lugar, la evidencia de las contradicciones que estos instrumentos pudieran suscitar a una moderna reglamentación del DIPr, advirtiendo de las bondades de su eventual renuncia caso de que el proyecto de Ley Modelo fuese aprobado, total o parcialmente, por los destinatarios de la misma.

La metodología adoptada en esta etapa se basó en la recopilación, análisis y selección de la información disponible sobre el DIPr de los Estados de la zona acotada a partir de estudios sectoriales, unos basados en un sistema estatal concreto y otros centrados en el denominador común de pertenencia actual a una orientación jurídica. Es el caso de los territorios que rigen de alguna manera por los modelos británico, francés, holandés y estadounidense. Esta metodología permitió procesar información cuantitativa y cualitativa para proporcionar una visión sistemática y multidimensional de las regulaciones en presencia en el área concernida.

El presente libro abarca, en este contexto, los estudios preparatorios de la Ley modelo, comenzando por la referencia a los territorios ultramarinos de la Unión Europea. El examen de los territorios británicos de ultramar fue realizado por José María del Río Villo, Rhonson Salim y James White (pp. 29-48); por su parte, un estudio del profesor de la Universidad de París II-Assas Bertrand Ancel pone de relieve la solidez actual de la soberanía francesa en el espacio de la OHADAC, en particular sobre cuatro grupos insulares y un territorio continental, habitados por una población de más de un millón cien mil habitantes (pp. 49-62); por último, Lukas Rass-Masson, investigador de la Université Paris II-Assas en otro documentado informe evidencia la vitalidad de la influencia holandesa en un contexto de diversidad de modelos de emancipación (63-87).

Pasando al estudio de los sistemas nacionales el libro incluye un estudio global, sobre las normas de DIPr de Colombia a cargo de José Luis Marín Fuentes Docente a tiempo Completo de la Universidad de Medellín (Colombia) (pp. 89-117) y de Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Profesora titular de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid (pp. 119-134); la profesora Ana Fernández Pérez de la Universidad de Castilla la Mancha prestó atención a los sistemas de Costa Rica y Puerto Rico, este último de extraordinario interés por dos razones, de un lado, por constituir la confluencia de dos modelos tradicionalmente enfrentados (*civil law* y *common law*) y, de otro lado, por existir una importante iniciativa de reforma a partir de un texto en el que fue relator especial el profesor Symeon C. Symeonides de la Universidad de Willamette (pp. 175-228); los profesores José Carlos Fernández Rozas y Rodolfo Dávalos Fernández estudiaron el sistema cubano (pp. 229-245) y el primero de estos profesores, también abordó el sistema vigente en la República Dominicana junto con el análisis detallado del Proyecto de Ley de DIPr presentado al Parlamento en 2014 (que más tarde se convertiría en Ley) en el que participó como miembro de su comisión redactora (pp. 229-245). Volviendo a centroamérica, las normas nicaragüenses fueron examinadas por Enrique Linares, becario de investigación de la Universidad Complutense de Madrid (pp. 157-173); por último, el completo modelo venezolano contó con un examen exhaustivo por parte de la Dra. Claudia Madrid Martínez, Profesora Asociada en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello (pp. 247-273).

Tras estos estudios preliminares el libro incluye en una Segunda Parte una amplia presentación del Proyecto de Ley Modelo (pp. 277-379) que parte de la utilidad de la iniciativa en los procesos de integración y de cooperación económica en el área OHADAC, examina la heterogeneidad y diversidad jurídica en los territorios acotados y explica, por último, el diseño del texto final con especial hincapié en las cuestiones de técnica legislativa, la metodología codificadora, y en las principales orientaciones de la Ley modelo. La Tercera Parte del libro incluye un amplio comentario individualizado de los artículos de la Ley a cargo, de los directores de la obra y de los profesores Rafael Arenas García y Pilar Jiménez Blanco.

A través de los materiales incluidos en el presente volumen, entendidos como conjunto estructurado de reflexiones y propuestas generales, se pretenden, a juicio de sus autores, dos cosas, principalmente. De un lado, mostrar de forma coherente una serie de datos cuantitativos e información cualitativa que permita una valoración de los instrumentos actuales, de sus potencialidades y de sus demandas, lo que puede ser de utilidad para la optimización de la codificación del DIPr en el marco geográfico caribeño; para ello se ofrece al respecto un conjunto de recursos y procedimientos esenciales para elaborar un proyecto de regulación a partir de una justificación y de la redacción del contenido material, de manera accesible a los sujetos a los que está destinado. De otro lado, concretar la necesidad, demanda social o institucional que se quiere satisfacer mediante la regulación que se va a abordar y delimitación del ámbi-

to regulado con estimación sobre viabilidad jurídica y material y los trámites e informes que se estimen procedentes.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DÁVALOS FERNÁNDEZ, R.: “El Derecho internacional privado de Cuba”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L’harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 135–156.

LINARES RODRÍGUEZ, E.: “Le droit international privé du Nicaragua et le projet de loi modèle de l’Ohadac”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L’harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 157–173.

MADRID MARTÍNEZ, C.: “Características generales del sistema de Derecho internacional privado venezolano”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L’harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 247–273.

MARÍN FUENTES, J.L.: “Caracteres generales del sistema de Derecho internacional privado colombiano”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L’harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 117.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Le droit international privé colombien et le projet de Loi modèle de l’Ohadac”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L’harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 119–134.

RASS-MASSON, L.: “Enquête sur le droit international privé des territoires de l’Ohadac – l’héritage des Pays-Bas”, *Armonización del Derecho internacional privado en el Caribe / L’harmonisation du droit international privé dans le Caraïbe / Harmonisation of Private International Law in the Caribbean* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, Iprolex, 2015, pp. 63–87.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

ARENAS GARCÍA, R.: “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro un cruce de caminos”, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, 2015, pp. 35–45.

CAMPUZANO DÍAZ, B.: “Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE Análisis de la reforma”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 28, 2014, 35 pp.

CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Acciones colectivas transfronterizas: problemas de Derecho internacional privado”, *Los servicios en el Derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP, Porto Alegre, 30–31 octubre* (J. A. Moreno Rodríguez, C. Lima Marques, coord.), Asunción, CEDEP, 2014, pp. 101–149.

FURNISH, D.B.: “El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*. Apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 321–358.

Vid. resumen, *supra*, p. 321.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “El Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro autonomía privada y competencia judicial internacional”, *Diario La Ley*, n° 8423, 2014.

HERRANZ BALLESTEROS, M.: “Anteproyecto de LOPJ: normas de competencia judicial internacional en el orden civil y social”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. LXVI, 2014, pp. 338–345.

MANSILLA Y MEJÍA, M.E.: “Convención sobre los acuerdos de elección de foro de 2005”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 721–736.

Vid. resumen, *supra*, p. 721.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (Análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley: Unión Europea*, n° 21, 2014, pp. 5–22.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Lugar de producción del hecho dañoso cuando el demandado no ha actuado en el estado del foro el caso de las acciones por infracción de derechos de autor”, *La Ley: Unión Europea*, n° 18, 2014, pp. 28–36.

PERTEGÁS SENDER, M.: “Nuevas reglas internacionales sobre las cláusulas de elección de foro en contratos internacionales: el Convenio de La Haya y el Reglamento Bruselas I bis”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 111–126.

Vid. resumen, *supra*, p. 111.

CONSUMIDORES

CASTELLANOS RUIZ, E.: “Contrato internacional de consumo voluntad de dirigir la actividad profesional al estado miembro del consumidor”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 34, 2014, pp. 135–175.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE–Terceros Estados”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 277–303.

Vid. resumen, *supra*, p. 277.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿una condición para el olvido?”, *La Ley: Unión Europea*, n° 11, 2014, pp. 5–17.

Estudio del impacto sobre el sistema de competencia judicial internacional de los contratos de consumo de la STJUE, Sala Tercera, de 17 octubre 2013 dictada en el asunto *Lokman Emrek/Vlado Sambranovic*, que viene a unirse a las precisiones hechas por las sentencias de 7 diciembre 2010 (*Pammer/Alpenhof*) y de 6 septiembre 2012 (*Daniela Mühlleitner/ Ahmad Yusufi , Wadat Yusufi*). Con arreglo a la solución ofrecida se permite al consumidor demandar al comerciante con el que celebró un contrato ante los tribunales nacionales cuando se acredita que el segundo dirigió sus actividades al Estado del consumidor, sin que sea necesario que el medio utilizado para dirigir allí sus actividades haya dado lugar a la celebración del contrato. Se trata de una decisión desafortunada, cuya lectura revela una argumentación muy frágil y un fallo que ni es consistente con la fundamentación ni guarda plena rela-

ción con la cuestión prejudicial planteada. Con todo, su defecto fundamental radica en no afrontar el problema de fondo, a saber, la necesidad de dar sentido a la conexión que exige el inciso final del art. 15.1º c) RB I entre el contrato celebrado y la actividad del empresario dirigida al país del consumidor. Este trabajo contiene propuestas con la finalidad de conseguir una construcción más coherente del sistema de competencia judicial internacional de los contratos de consumo

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “The Treatment of Unfair Terms in the Process of Foreclosure in Spain. Mortgage Enforcement Proceedings in the Aftermath of the ECJ's ‘Ruling of the Evicted’”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2015, pp. 2015 pp. 366–388.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. (ed.): *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva de Derecho internacional, europeo y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, 1.152 pp. ISBN 978–84–9086–61–84.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L.: “La (des) protección del consumidor transfronterizo: tres hitos en el Derecho latinoamericano contemporáneo”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 779–809.

Vid. resumen, *supra*, p. 779.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: “Nulidad de las cláusulas de jurisdicción y ley aplicable a la luz de La ley 3/2014 por la que se modifica el texto refundido de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 29, 2015, 36 pp.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: “Consumidor, domiciliado en un Estado miembro, que ha adquirido títulos, emitidos por un banco establecido en otro Estado miembro, a través de un intermediario establecido en un tercer Estado miembro (Nota STJ 28 enero 2015)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 931–936.

LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M.: “El concepto de consumidor en el marco del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados: Comentario a la STJ de 5 diciembre 2013 (Vapenik)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 13, 2015, pp. 27–30.

PAREDES PÉREZ, I.: “La internacionalidad del contrato de consumo en el Reglamento de Bruselas I: Comentario a la STJUE de 14 noviembre 2013, Asunto C–478/2012, Maletic lastminute.com GmbH”, *La Ley: Unión Europea*, nº 17, 2014, pp. 28–40.

TORRALBA MENDIOLA, E.C.: “Las reglas de Derecho internacional privado en la reforma de la LGDCU”, *La Ley mercantil*, nº 3, 2014, pp. 88–93.

ZURITA MARTÍN, I.: “La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745, 2014, pp. 2347–2394.

CONTRATOS

AGUILAR GRIEDER, H.: “La intervención de las ‘leyes de policía’ como límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales de agencia comercial un nuevo paso en la comprensión del sistema”, *Diario La Ley*, nº 8232.

AGUILAR, GRIEDER, H.: “Alcance de los controvertidos Arts. 3 y 4 del Reglamento (CE) nº 593/2008: perspectiva de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 45–67.

El objetivo de este estudio es analizar, tanto desde una perspectiva de *lege lata* como de *lege ferenda*, dos de los preceptos más polémicos del Reglamento “Roma I”. Por un lado, el verdadero alcance de la elección de ley consagrada por el art. 3 del Reglamento. Y, por otro lado, los diversos problemas planteados por el art. 4 del Reglamento en los supuestos de ausencia de elección de ley por las partes. De dicho precepto se desprende, por un lado, la voluntad del legislador de la UE de potenciar la previsibilidad del resultado y la especialización de las soluciones en materia de ley aplicable a los contratos internacionales. Y, por otro lado, la voluntad de reducir o limitar, aunque no de suprimir, el alcance del principio de los vínculos más estrechos en el marco del art. 4 del Reglamento. Ello justifica la mera intervención del susodicho principio como conexión de cierre del sistema, así como el alcance particularmente restrictivo de la cláusula de excepción consagrada por el referido precepto.

BARRADA ORELLANA, R.: “El pago del precio en el instrumento opcional de la normativa común de compraventa europea”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 114, 2015, nº 2, pp. 329–354.

BELINTXON MARTÍN, U.: “Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección: la interpretación del art. 4 del Convenio de Roma y su proyección sobre el Reglamento Roma I Comentario a la STJ, Sala 3ª, de 23 octubre 2014, asunto C–305/13”, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, 2015, pp. 55–60.

FERRARI, F.: “De Roma a Roma vía Bruselas: comentarios sobre la ley aplicable a obligaciones contractuales en ausencia de elección de las partes (art. 4 RR I)”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 127–140.

Vid. resumen, *supra*, p. 127.

FONTANELLAS MORELL, J.: “Ámbito de aplicación del proyectado Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea: cuestiones controvertidas”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 447–487.

Vid. resumen, *supra*, p. 447.

GIL ALEGRÍA, M.E.: “La uniformización a nivel internacional de la contratación”, *Actualidad Civil*, nº 1, 2015.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Los contratos internacionales de construcción ‘llave en mano’”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 161–235.

MORALES MORENO, A.M.: “Los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos un debate abierto sobre las grandes cuestiones jurídicas de la contratación”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 67, nº 1, 2014, pp. 227–254.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 3, 204, pp. 37–66.

PABLO-ROMERO GIL-DELGADO, M.C.: “Avances en la aplicación de los principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales: Cláusulas modelo para los contratantes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 253–268.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: “Suspensión del cumplimiento de las obligaciones de los contratantes en la propuesta de reglamento de normativa común de compraventa europea”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 92–93, 2014–2015, pp. 329–362.

VAQUER ALOY, A.: “La indemnización de daños contractuales en la propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la compraventa (CESL)”, *Revista de Derecho Civil*, t. 2, nº 1, 2015, pp. 1–24.

COOPERACIÓN INTERNACIONAL

ARRIBAS LÓPEZ, E.: “Función pública y cooperación internacional algunos comentarios”, *Diario La Ley*, nº 8347, 2014.

BONILLO GARRIDO, L.: “Comentarios relativos al Anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional”, *Diario La Ley*, nº 8486, 2015.

DERECHO APLICABLE

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Funciones de las cláusulas de excepción en el proceso de localización de la norma de conflicto”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. LXVII, 2015, pp. 83–109.

Una importante faceta de la flexibilización es aquella que, sin abandonar el proceso de localización, hace frente a la rigidez de las conexiones de la norma de conflicto, que en determinadas circunstancias pueden designar un ordenamiento jurídico con escasa vinculación con el supuesto produciendo situaciones indeseables. En su consecución ciertos textos de la codificación interna e internacional de Derecho internacional privado han recurrido a la denominada “cláusula de excepción” a partir de la cual el juez cuenta con una potestad institucionalizada para determinar la ley aplicable, siempre que la situación presente inequívocamente “vínculos más estrechos” con otro orden jurídico del designado por la norma de conflicto. Las cláusulas de excepción proyectadas a situaciones concretas han demostrado su operatividad, de ahí su acogida favorable como importante elemento corrector y mecanismo óptimo de especialización en razón del grado de heterogeneidad. Su empleo contribuye a afianzar la certeza y previsibilidad necesarias de las normas de conflicto y con ello, la satisfacción del principio de proximidad. Ahora bien, esta localización debe entenderse en clave material. La cláusula de excepción funcionará con toda eficacia si actúa como una técnica localizadora, dentro del mecanismo conflictual, que busca la respuesta justa teniendo en cuenta los objetivos materiales que se pretenden en la solución del caso concreto.

DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “La internacionalización de los emprendedores”, *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, nº 27, 2014, pp. 151–169.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Desarrollo y eficacia de reglas transnacionales con participación de actores no estatales”, *La Gobernanza del interés público global (XXV Jornadas de la Asociación española de Derecho internacional y relaciones internacionales)*, N. Bouza, C. García y A.J. Rodrigo (dirs.), Madrid, Tecnos, 2015, ISBN: 978–84–309–6504–5, pp. 333–360

DERECHO DEL TRABAJO

CARBALLO PIÑEIRO, L.: “La Convención sobre el Derecho del Mar y la ley aplicable a la relación laboral marítima”, *La contribution de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer à la bonne gouvernance des mer et océans. La contribución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos. The contribution of the United Nations Conference of the Law of the Sea to good governance of the oceans and seas* (J.M. Sobrino Heredia, dir.), 2 vols., Nápoles, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 33-54. ISBN 978-88-6342-638-0).

PARADELA AREÁN, P.: “Ley aplicable al contrato individual de trabajo y determinación de los vínculos más estrechos: (Comentario a la STJ de 12 septiembre 2013)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 14, 2014, pp. 41-46.

SERRANO GARCÍA, M.J.: “La individualización de la ley aplicable a la cuantía del salario mínimo en los desplazamientos transnacionales de trabajadores”, *La Ley: Unión Europea*, nº 27, 2014, pp. 4 ss.

DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL

DIAGO DIAGO, P.: “Los diamantes de conflicto y el comercio internacional necesaria evolución del sistema de certificación del proceso Kimberley (PK)”, *Diario La Ley*, nº 8364, 2014.

GARCÍA LÓPEZ, J.A.: “El acuerdo de asociación transatlántico sobre comercio e inversiones aproximación desde el Derecho del comercio internacional”, *La Ley: Unión Europea*, nº 17, 2014, pp. 11-18.

GINER PARREÑO, C.A.: “Hacia un mercado común transatlántico”, *La Ley mercantil*, nº 3, 2014, pp. 60-87.

MEDINA ORTEGA, M.: “La solución de controversias en la Asociación Transatlántica sobre Comercio e Inversiones”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 633-673.

Vid. resumen, supra, p. 633.

MONTAÑA MORA, M.: “Lo que dijo, y acaso más importante, lo que no dijo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 julio 2013 sobre el acuerdo ADPIC y las patentes farmacéuticas”, *Diario La Ley*, nº 8252, 2014.

RAMÓN SAURI, O.: “Los arts. 27 y 70 del Acuerdo sobre los ADPIC un derecho de la UE que no pretende modificar la protección conferida por una patente según la STJUE de 18 julio 2013, confirmada por dos autos de 30 enero 2014”, *Diario La Ley*, nº 8302, 2014.

RIERA DIAZ, S.: “Medio ambiente y comercio internacional el caso de los productos derivados de las focas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 30, 2014, pp. 179-200.

Tradicionalmente la protección del medio ambiente no ha supuesto una preocupación en el seno de las organizaciones comerciales internacionales. Por lo general, las medidas comerciales que buscaban salvaguardar el medio ambiente eran consideradas como tapaderas para restringir el comercio. En esta situación, ha surgido un conflicto comercial que enfrenta a Canadá con la Unión Europea a raíz del veto

de esta última a la importación de productos de foca. La solución dada por el Grupo Especial de la OMC a esta controversia ha supuesto un importante avance en materia de protección del medio ambiente en el sistema comercial internacional, ya que permite que el art. XX del GATT de 1994 sea aplicado de forma que pueda justificar una restricción comercial en base a consideraciones morales de bienestar animal.

URREA SALAZAR, M.J.: “La internacionalización de la actividad contractual de las Administraciones Públicas en España origen y evolución”, *Actualidad Administrativa*, nº 12, 2014.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 146–181.

ESPINAR VICENTE, J.M.: *Doce reflexiones sobre el Derecho internacional privado español*, Madrid, Liceus, 2014, 192 pp. ISBN: 9788497140454

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho internacional privado (Textos y Materiales)*, 4ª edición, Cizur Menor (Navarra), Civitas – Thomson – Reuters, 2015, 939 pp. ISBN 978–84–470–5052–9.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*, 8ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas–Thomson–Reuters, 2015, 778 pp. ISBN 978–84–470–5185–4,

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Cizur Menor, Civitas – Thomson – Reuters, 2014, 529. pp. ISBN 978–84–470–4786–4.

RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.): *Manual de Derecho internacional privado*, Madrid, Tecnos, 2014, 295 pp. ISBN 978-84-309-6269-3.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

CARRILLO LERMA, C.: “Competencia externa exclusiva de la Unión Europea y Derecho internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 1, 2015, pp. 46–55.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: “Las actividades de la Comisión Europea en materia de Derecho internacional privado en el periodo mayo 2014– mayo 2015”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 675–695.

Vid. resumen, supra, p. 675.

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “Obligaciones contractuales y extracontractuales la internacionalización de la relación a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad en los Reglamentos Roma I y Roma II”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2014, nº 2, pp. 273–312.

DERECHO INTERTERRITORIAL

FONT I SEGURA, A.: “La utilització del dret internacional privat com a criteri d'aplicabilitat del dret civil català a Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15, nº 1, 2015, pp. 77–86.

FOSSAS ESPADALER, E.: “La competència sobre les bases de les obligacions contractuals. Una aproximació constitucional”, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 113, 2014, nº 2, pp. 355–372.

DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL

ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J.M.: “El Prestige aún ¿por qué no estamos preparados?”, *Diario La Ley*, nº 8244, 2014.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J.: “La dimensión procesal internacional en la Ley de Navegación Marítima”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 159–203.

Vid. resumen, *supra*, p. 159.

ARENAS GARCÍA, R.: “La aplicación de la regulación de la Ley de Navegación Marítima sobre los contratos de utilización del buque y de los contratos auxiliares de la navegación en los supuestos internacionales”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 205–241.

Vid. resumen, *supra*, p. 205.

DÍAZ RIBES, S.: “El embargo preventivo de buques y el salvamento marítimo en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *Diario La Ley*, nº 8388, 2014.

GÓMEZ JENE, M.: “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 112–129.

GONZÁLEZ PELLICER, J.M.: “Sobre el art. 468 del Proyecto de Ley de Navegación Marítima y la nulidad de las cláusulas de elección de foro en los conocimientos de embarque”, *Diario La Ley*, nº 8354, 2014.

GOÑI ETCHEVENS, J.L. y FUENTES CAMACHO, V.: “Otro punto de vista sobre el caso *Odyssey*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 28, 2014, 16 pp.

El análisis de los problemas jurídicos suscitados por el caso *Odyssey* puede ser abordado desde distintas perspectivas: frente a su más radical enfoque en términos de conflicto de intereses, nos parece más adecuado adoptar como punto de partida una posición conciliadora, inspirada en la idea de que el acceso y la difusión de la cultura y la arqueología subacuática son plenamente compatibles con la existencia de patrimonios históricos nacionales y la preservación de la identidad cultural del Estado del pabellón. Dentro de tales problemas, el de Derecho internacional privado relativo a la determinación de la ley aplicable al supuesto litigioso variará radicalmente en lo concerniente a las soluciones que le serían dispensadas por un tribunal español según el buque y la carga fuesen considerados como una unidad o por separado. Las significativas diferencias que presenta el caso *Odyssey* con otros asuntos nos llevan a rechazar la tesis que contempla el cargamento como integrante de una unidad con el buque transportador y a considerar el primero con carácter independiente. Descartada su calificación como bienes objeto de especial protección en el sentido del art. 40.1º LPHE, su ley rectora debería determinarse en virtud de la norma de conflicto general que se enuncia en el art. 10.1º Cc; pero al resultar impracticable la *lex rei sitae* designada por tal precepto, se impone el recurso a los criterios generales que suministra la ley española a título de *lex fori*, que reconocería el derecho a la propiedad del descubridor de bienes abandonado.

GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A.E.: “El embargo preventivo de buques en la Ley de Navegación Marítima”, *Diario La Ley*, nº 8383, 2014.

La reciente publicación de la Ley de Navegación Marítima en materia de embargo preventivo de buques ha optado por una regulación simplificada que en la mayoría de los casos se limita a hacer un reenvío de su régimen jurídico en función de la nacionalidad del pabellón del buque y de la naturaleza del crédito que es objeto de reclamación. Se analizan las dificultades procesales que esto puede representar atendida la parquedad de las previsiones propiamente procedimentales respecto de las cuales el Convenio de Ginebra remite en principio a la legislación estatal y que ahora quedan vacías de contenido.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

BLANCO MORALES LIMONES, P.: “La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género”, *Diario La Ley*, nº 8427, 2014.

TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J.A.: “Algunas consideraciones acerca de la nueva reforma española de la jurisdicción universal”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 38, 2015, pp. 5–50.

DERECHOS FUNDAMENTALES

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: “Movilidad de estudiantes y ciudadanía de la Unión un análisis a través de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27–28, 2014–2015, pp. 231–258.

ARENAS GARCÍA, R. y FERNÁNDEZ AMOR, J.A.: “Los métodos de resolución de la doble imposición interna e internacional a la luz de los principios de libertad de establecimiento y libertad de circulación de capitales. Comentario a la STJUE (sala Primera) de 11 septiembre 2014, Asunto C–47/12, Kronos International Inc. y Finanzamt Leverkusen”, *La Ley: Unión Europea*, nº 20, 2014, pp. 32–43.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Quinta) de 5 noviembre 2014, asunto C–311/13, O. Tümer”, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, 2015, pp. 46–54.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La inclusión de la igualdad de género en el Derecho internacional privado”, *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (M.T. Martín López y J.M. Velasco Retamosa), Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 366–383. ISBN 9788447047772.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley: Unión Europea*, nº 23, 2015, pp. 40–56.

Desde hace años se viene propugnando que la adhesión de la UE al CEDH implicaría un paso importante en el progresivo proceso de perfeccionamiento competencial, por la inserción de un mecanismo de control judicial externo en materia de derechos fundamentales. Un control proyectado tanto en el quehacer de la propia UE como en el de los Estados miembros a la hora de aplicar Derecho de la Unión. El Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia ha contrariado las expectativas de los defensores de la adhesión. El Tribunal de Justicia, tras examinar el Proyecto de acuerdo negociado entre representantes de la Comisión y del Comité de Ministros del Consejo de Europa, consideró que este acuerdo no había tenido en cuenta las características específicas del Derecho de la Unión; por consiguiente, y habida cuenta de los problemas identificados, concluyó afirmando que dicho Proyecto no era compatible con las disposiciones del Derecho de la Unión y que la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de cualquier

litigio entre Estados miembros y entre éstos y la Unión relacionado con el cumplimiento del CEDH no permitía un parecer contrario

HESS, B.: “La influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho Procesal civil europeo”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 35–53.

Vid. resumen, supra, p. 35.

JIMÉNEZ BLANCO, M.P.: “Derecho de residencia en la Unión Europea y turismo social”, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, 2015, pp. 5–16.

La Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014 (asunto C-333/13: Elisabeta Dano, Florin Dano y Jobcenter Leipzig) vuelve a plantear el problema del acceso a las prestaciones sociales del Estado de acogida por parte de los ciudadanos de la Unión Europea. No obstante, el verdadero problema se encuentra en el limitado derecho de residencia de los ciudadanos europeos cuando no son económicamente activos y carecen manifiestamente de recursos económicos. En tales casos, la ciudadanía europea del art. 20 TFUE no legitima una residencia en el Estado de acogida basada en el “turismo social”.

REQUEJO ISIDRO, M.: “El Derecho internacional privado y el Derecho procesal civil europeo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 55–89.

Vid. resumen, supra, p. 55.

REQUEJO ISIDRO, M.: “La protección del interés público global a través de la litigación civil internacional”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 490–513.

SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. y SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “Sumisión tácita, derechos de defensa y competencia judicial internacional en las redes de la cuestión de inconstitucionalidad y de la cuestión prejudicial”, *La Ley: Unión Europea*, nº 20, 2014, pp. 5–14.

ZAMORA CABOT, F.J.: “Las empresas multinacionales y su responsabilidad en materia de derechos humanos: una visión de conjunto”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 744–769.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

ÁLVAREZ DE TOLEDO, L.: “Lo material y lo procesal en el Reglamento de Separación y Divorcio 1259/2010”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, vol. 26, nº 2, 2014, pp. 205–242.

ESPINOSA CALABUIG, R.: “Elección de una ley por las partes al divorcio y separación judicial: la solución limitada del Reglamento Roma III”, en I. Queirolo, A.M. Benedetti y L. Carpaneto (dirs.), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali. Scritti di diritto privato europeo ed internazionale*, Roma, Aracne, 2014, pp. 213–239. ISBN 978–88–548–6664–5.

MORENO SÁNCHEZ.MORALEDA, A.: “La autonomía de la voluntad en el Reglamento europeo sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial”, *Diario La Ley*, nº 8271, 2014.

ORTIZ VIDAL, M.D.: “El repudio en el Código de Familia de Marruecos y la aplicación del Derecho Marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 201–244.

ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

GARCÍA RODRÍGUEZ, M.: “Nuevos progresos para garantizar la protección de las víctimas de delitos y sus derechos en el espacio judicial europeo”, *La Ley: Unión Europea*, nº 14, 2014, pp. 47–58.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

ARENAS GARCÍA, R.: “Orden conminatoria dictada por un Tribunal dirigida a impedir la incoación o la continuación de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro de la UE (Nota STJ 13 mayo 2015)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 909–913.

DE GÖTZEN, E.: “La propuesta de Reglamento relativa a la libre circulación de documentos públicos en la Unión Europea: ¿es el camino a seguir para mejorar la vida de los ciudadanos?”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 417–445.

Vid. resumen, *supra*, p. 417.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L.: “La orden europea de retención de cuentas”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, nº 4, 2014, pp. 243–256.

DUTTA, A.: “Medidas de protección transfronterizas en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 141–157.

Vid. resumen, *supra*, p. 141.

ELVIRA BENAYAS, M.J.: “Diligencias preliminares, medidas de aseguramiento de pruebas y Reglamento Bruselas I ¿Una cuestión cerrada?”, *La Ley: Unión Europea*, nº 19, 2014, pp. 29–38.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La orden europea de retención de cuentas: avances y limitaciones”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 243–275.

Vid. resumen, *supra*, p. 243.

JIMENO BULNES, M. (coord.): *Nuevas aportaciones al espacio de libertad, seguridad y justicia. Hacia un Derecho procesal europeo de naturaleza civil y penal*, Granada, Comares, 2014, 280 págs., ISBN: 978–84–9045–176–2

GASCÓN INCHÁUSTI, F.: “El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 91–111,

LÓPEZ RODRÍGUEZ, A.M.: “El contrato de distribución exclusiva o concesión comercial como contrato de prestación de servicios a efectos de la aplicación del foro conflictual del Reglamento Bruselas I: Comentario a la STJ de 19 diciembre 2013 (Corman–Collins S.A.)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 13, 2014, pp. 37–44.

MARCHAL ESCALONA, N.: “Los límites de lo ‘real’ y de lo ‘personal’ en el sistema europeo de competencia judicial”, *La Ley: Unión Europea*, nº 12, 2014, pp. 7–17.

El presente estudio analiza la decisión del TJ de 3 octubre 2013, dictada en el ss. C-386/2012: Siegfried János Schneider, que versa sobre la aplicación del art. 22.1º del Reglamento Bruselas I a un procedimiento de jurisdicción voluntaria entablado ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro (Bulgaria) por un ciudadano de otro Estado miembro (Hungria), que ha sido parcialmente incapacitado, y mediante el cual solicita autorización para vender su cuota indivisa en la propiedad de un inmueble sito en el Estado en el que insta el procedimiento. El fallo del tribunal es previsible y se ajusta a la jurisprudencia comunitaria. Para el TJ, no hay duda de que un procedimiento de esa naturaleza tiene relación con una materia que está excluida del ámbito de aplicación material del Reglamento. En esta sentencia se ponen de manifiesto los problemas inherentes a la protección transfronteriza de los bienes de un adulto declarado incapaz en otro Estado miembro, así como la necesidad de ratificar el Convenio de La Haya de 13 enero 2000 sobre protección internacional de adultos.

MARCHAL ESCALONA, N.: “¿Hacia un nuevo Derecho procesal europeo de protección del consumidor? La nueva iniciativa europea sobre la resolución de litigios de pequeña cuantía”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 28, 2014, 43 pp.

MORENO BLESA, L.: “Las novedades introducidas en el espacio judicial europeo con la reforma del Reglamento Bruselas (1)”, *Actualidad Civil*, nº 1, 2015.

RODRÍGUEZ LAINZ, J.L.: “Reflexiones sobre la aplicabilidad en España del Reglamento de la Unión Europea relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil”, *Revista de derecho de familia. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, nº 62, 2014, pp. 25–62.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “La simplificación del cobro transfronterizo de deudas mediante la orden europea de retención de cuentas”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 565–586.

Vid. resumen, supra, p. 565.

ROSENDE VILLAR, C.: “Principales novedades del Reglamento (UE), nº 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *Unión Europea Aranzadi*, 2014, nº 11, pp. 27–57.

EXTRANJERIA

BA SOW, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *Inmigración y cooperación internacional con África Subsahariana*, Granada, Comares, 2014, 74 pp, ISBN: 978–84–9045–173–1.

BRANDARZ GARCÍA, J.A. y MONCLÚS MASÓ, M.: *Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en los contextos latinoamericano y europeo*, Madrid, Didot, 2014, 190 pp, ISBN: 978–987–3620–08–9.

CORERA IZU, M.: “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, nº 8345, 2014.

DALLI ALMIÑANA, M.: “La violencia de género y el acceso de las víctimas extranjeras en situación administrativa irregular a los servicios sanitarios: consecuencias del RD-Ley 16/2012”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 36, 2014, pp. 39–54.

DOMÉNECH GOMIS, M. y MAGALLANES, C.: *Todos los procesos de extranjería y sus actuaciones administrativas*, Barcelona, Bosch, 2014, 372 pp. ISBN: 978–84–9090–002–4.

ELA DÍAZ, R.: “El nuevo modelo migratorio de acceso privilegiado tras la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores: hacia una inmigración selectiva de carácter económico”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 37, 2014, pp. 85–110.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías”, *Diario La Ley*, nº 8382, 2014.

GARCÍA ANDRA, P.: *La acción exterior de la Unión Europea en materia migratoria*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 936 pp. ISBN: 978–84–9053–715–2

GARCÍA COSO, E.: *La regulación de la inmigración irregular. Derechos humanos y el control de fronteras en la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, 304 pp. ISBN: 978–84–9059–314–1.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Nacionales de un Estado miembro sin actividad económica que residen en el territorio de otro Estado miembro (Nota STJ 11 noviembre 2014)”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 995–908.

LORENZO JIMÉNEZ, J. V.: “La expulsión de extranjeros que se encuentran en trámite de regularización”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 38, 2015, pp. 73–100.

MARTÍN VILLEGAS, A.: “El derecho de reagrupación familiar en España. Retos y perspectivas”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 38, 2015, pp. 39–55.

QUICIOS MOLINA, M.S.: “Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del art. 57.2º de la Ley 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 28, 20º4, pp. 311–354.

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “Todos los caminos llevan a Roma, pero las rutas difieren en gran medida: los sistemas paralelos de acceso a la asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 38, 2015, pp. 289–316.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del trabajo y la Seguridad Social*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2014, 212 pp. ISBN: 978–84–9059–733–0.

SELMA PENALVA, A.: “La expulsión de extranjeros no europeos del territorio español. Respuesta jurisprudencial ante situaciones atípicas”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 37, 2014, pp. 205–236.

TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo Reglamento de los CIE*, Madrid, Colex, 2014, 346 pp. ISBN: 978-84-8342-433-9.

1. El Reglamento de régimen interior de los Centros de internamiento de extranjeros (en adelante, Reglamento) se aprobó el pasado 2014 entre las críticas de movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales, de la abogacía, de asociaciones de fiscales y jueces e incluso de algún sindicato de la Policía Nacional. Se trata, pues, de un Reglamento claramente contestado, si bien, como es natural, se aprecian diferencias en la intensidad de esas críticas y en los motivos y la extensión de las razones que las fundamentan, incluso entre quienes han abordado la lectura de la nueva regulación con conocimiento de la realidad de estos espacios y con un claro enfoque de defensa de los derechos humanos. Y este, creo, es el caso de este estudio dedicado al Reglamento, aparecido poco tiempo después de su publicación en el BOE.

En efecto, para realizar este estudio, J.A. Tomé García no sólo se ha servido de los textos legales y los manuales, monografías y artículos doctrinales sobre la materia; también ha manejado, además de la práctica jurisprudencial y los documentos elaborados por instituciones como la Fiscalía General del Estado y la Defensoría del Pueblo, los numerosos informes redactados por las asociaciones, organizaciones y colectivos que trabajan en los CIE. Además, ha adoptado una visión declaradamente favorable a la garantía de los derechos humanos, huyendo de esa supuesta y peligrosa imparcialidad tan frecuente en los trabajos académicos. La perspectiva, por tanto, es todo lo completa que cabe y no está en absoluto alejada de la realidad. Sin embargo, a mi juicio quizás resulte en exceso optimista cuando se felicita por la aprobación del texto, confiando en que comporte una mejora en las condiciones en que se producen los internamientos de personas extranjeras en centros no penitenciarios en nuestro país. Mejorar era, ciertamente, fácil. Pero el tiempo está dando la razón a quienes pensábamos que la aprobación del Reglamento no fue sino una operación de maquillaje de un Gobierno acorralado por una opinión pública cada vez más consciente de su errada política migratoria. Cabe recordar que en los meses previos a su aprobación fallecieron personas internadas en los CIE de Madrid y Barcelona, y que también murieron, en extrañas circunstancias, quince jóvenes en la Playa del Tarajal, en Ceuta. Es en este contexto en el que se aceleró la aprobación de un texto que anuncia “una profunda reforma” (*vid.* EM), pero en realidad no hace sino sustentar el *status quo*. Meses más tarde, de hecho, nada ha cambiado; lo cual, en este caso, como en cualquier otro en que lo que debe cambiar, para cesar, es la vulneración constante de derechos humanos, comporta que la situación está peor.

2. En cualquier caso, la pertinencia del objeto de estudio resulta incuestionable, máxime porque el autor lo ha abordado de forma amplia. La monografía resulta particularmente útil porque, pese a lo que el título pueda sugerir, no se limita a estudiar el Reglamento, sino que proporciona una visión completa de toda la regulación referente a los internamientos. De hecho, de los siete capítulos que lo conforman, sólo el último se dedica al análisis de la normativa referida a los CIE en sí, y por tanto, del Reglamento que regula su régimen interno. El Capítulo I abre con “Cuestiones generales”, que ilustran sobre los antecedentes, las características y los presupuestos generales internamiento como medida cautelar. El Capítulo II se centra en los requisitos establecidos para autorizar un internamiento, esto es, los supuestos en que cabe y las circunstancias que deben concurrir. El Capítulo III analiza la detención cautelar previa a la solicitud de internamiento, diferenciando entre la detención que se produce cuando no se ha tramitado aún un procedimiento sancionador y la detención que se ordena cuando sobre el extranjero ya ha recaído la sanción de expulsión. El Capítulo IV desgrana las principales cuestiones relativas al procedimiento para autorizar el internamiento: solicitud, competencia, sustantación, resolución del procedimiento y recursos frente al auto. Los Capítulos V y VI se refieren a dos situaciones específicas de internamiento: respectivamente, la de menores extranjeros y la de los extranjeros cuya expulsión no es gubernativa, sino judicial. Y finalmente, como ya antes se indicó, es el capítulo final, esto es, el VII, el que se dedica específicamente al estudio de los CIE, analizando sucesivamente algunas cuestiones generales, la estructura y organización de los centros, el estatuto jurídico de los internos, los procedimientos de actuación y los mecanismos de control e inspección.

Siendo la amplitud del objeto una de las múltiples virtudes del estudio, también comporta un elemento de riesgo. El Derecho de extranjería es particularmente inestable, ya no sólo por el empleo que de él vienen haciendo los partidos políticos que se vienen alternado en el gobierno de este país, sino también porque debe adecuarse a la normativa de la UE, en lo que ésta le afecte. Lógicamente, cuantos más aspectos se tratan en cualquier estudio sobre Extranjería, más posibilidades hay de que una reforma legislativa o una sentencia del TJUE puedan afectar lo analizado. Y han ocurrido ambas cosas, de forma que algunos desarrollos pueden no resultar ya válidos, y deben actualizarse por parte del lector (o en una segunda edición del libro). Así, por una parte, tras la STJUE (Sala Cuarta) 23 abril 2015 resulta incierto si en lo sucesivo la mera estancia irregular puede ser sancionada o no con multa (y obligación de abandonar el territorio nacional), por lo que, en espera de una aclaración más definitiva del asunto, se impone una lectura precavida de las menciones que puedan hallarse a este respecto en Internamiento preventivo... (v.gr., p. 65). Por otra parte, también se han producido reformas legislativas con posterioridad a la publicación del trabajo. Una de ellas ya había sido advertida como posible por parte del autor: se trata de la referida a las “devoluciones en caliente” (p. 85), cuya “legalización” por el Gobierno, tal y como se anotó que podría ocurrir (nota 43), fue finalmente acometida, en concreto por medio de la Ley de Seguridad Ciudadana (DF 1ª de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, BOE, 31-III-2015). Otra reforma, introducida también a través de esta norma, ha pasado más desapercibida, quizás por no haber sido anunciada: se trata de su art. 13, que dispone que “los extranjeros no podrán ser privados de su documentación de origen salvo en el curso de investigaciones judiciales de carácter penal”. Así, desde la entrada en vigor de esta Ley, no cabe entender que la autoridad policial, en calidad de instructora de un expediente de expulsión, pueda retener, como medida cautelar, el pasaporte de la persona extranjera (tal y como, entonces correctamente, se proponía en p. 201). Además, como quiera que el libro también aborda la regulación del internamiento, interesa advertir que, después de su aparición, se publicó una interesante Circular de la Policía Nacional (Circular 6/2014, de 11 de julio) sobre los “criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento”.

3. Por otra parte, es preciso tener presente que con posterioridad a la publicación del libro el TS anuló algunas disposiciones del propio Reglamento, a través de su Sentencia de 10 febrero 2015. Se trata, en particular, de tres cuestiones. La primera se refiere a los arts. 7.3º y 16.2º.k) del Reglamento, relativos a las características del internamiento de unidades familiares, que, según el TS no atenderían a lo establecido en la Directiva de retorno, y en relación con los cuales la monografía apunta a la necesidad de que se realice una interpretación conforme. La segunda es el art. 21.3º, que preveía la posibilidad de un segundo internamiento por las mismas causas, cuya contrariedad con la Ley de Extranjería es puesta de manifiesto por el autor del trabajo (*vid.* pp. 193–194). Por último, sobre el art. 55.2 del Reglamento, que pretendía posibilitar desnudos integrales en los registros a las personas internas, el TS ha declarado, sintéticamente, que excede lo previsto tanto en la Ley de Extranjería como en la doctrina del TC; y a esta posibilidad también se apunta en la monografía, advirtiendo de las fuertes críticas que el precepto suscitó (p. 286).

Estos avances dan una idea acertada sobre el tipo de análisis que se hallará en la obra. A pesar de las dificultades que acarrea no haber escatimado en la elección de los aspectos a tratar, el trabajo es profundo, está realizado con evidente espíritu crítico y, como antes se puso de manifiesto, se mantiene pegado a la realidad. Buena prueba de ello son las denuncias de las múltiples irregularidades e ilegalidades que se producen en la práctica de los internamientos. Así, por ejemplo, se advierte sobre la falta de uniformidad judicial en el internamiento de nacionales de otros Estados miembros de la UE (pp. 123–126); sobre la ilegalidad de las detenciones policiales de personas extranjeras que, a pesar de estar identificadas, son trasladadas a comisaría para, una vez allí, abrir el expediente sancionador en su contra y solicitar el internamiento (pp. 130 ss); sobre el problema que plantea la ausencia de reconocimiento explícito de legitimación del letrado de guardia para planear el recurso frente a la denegación del habeas corpus (pp. 164–165); sobre la persistencia de las redadas para la identificación de personas por perfil racial (pp. 140–142); sobre la ilegalidad de la solicitud de internamiento anterior a la incoación del procedimiento preferente (pp. 169–171) y las corruptelas policiales consis-

tentes en reiterar la solicitud a distintos órganos jurisdiccionales, cuando alguno dicta auto contrario al internamiento (p. 171, nota 4), o en presentar las solicitudes ante juzgados incompetentes, por ser supuestamente más proclives a acordar el internamiento (p. 174); o sobre la falta de claridad en los recursos frente al auto de internamiento (pp. 204 ss).

4. El internamiento preventivo de personas extranjeras por su irregularidad administrativa es una medida que la propia regulación europea que lo bendice establece que ha de tener carácter excepcional, porque comporta graves implicaciones personales a quienes lo padecen, incluso cuando la normativa dispone que los centros no pueden tener carácter penitenciario, lógicamente pensando en espacios que se hallen en mejores condiciones; e incluso cuando formalmente el único derecho del que se puede privar a la persona es el derecho a la libertad de movimientos. Pero en *Internamiento preventivo...* se pone de relieve la complejidad jurídica que encierran los internamientos –diferentes órdenes jurisdiccionales, jurisprudencia y prácticas divergentes–, y lo escasamente garantista que resulta la normativa con la persona sobre la que pende el peligro de la privación de libertad (disponiendo, por ejemplo plazos en exceso breves para realizar alegaciones a la solicitud de internamiento); además, se advierte de la existencia de prácticas policiales incorrectas, cuando no ilegales; se pone de manifiesto el nefasto estado de los CIE en España, y se da cuenta de las denuncias que se vienen planteando, en relación con la vulneración de derechos humanos, tanto antes del ingreso como en el interior de los centros. Por ello, entre las escasas discrepancias que mantengo con el autor, sí me referiría a una que puede sorprender, y es su manifestación de “comprensión” con el Ministerio Fiscal, cuando critica ciertas prácticas letradas, como las consistentes en solicitar la adopción de la cautelarísima al juzgado de instrucción de guardia (pp. 102–104). Si, por más que resulte cuestionable, se ha atribuido competencia a estos juzgados, cuando los de lo contencioso-administrativo se encuentran cerrados, no es de extrañar que se prefiera presentar los recursos ante ellos, probablemente más proclives a admitirlos, explotando todas las posibilidades que puedan resultar favorables a la defensa de quienes, por lo general, salen tan perjudicados por la normativa y su aplicación. Por otra parte, tampoco estoy de acuerdo con que la inexistencia de tratado para la devolución o expulsión (se entiende, con el Estado de origen del extranjero) no sea una cuestión a plantear en las alegaciones ante el juez de lo penal que se pronunciará sobre el internamiento (nota 58, p. 96); máxime, teniendo en cuenta que el propio autor advierte que es una circunstancia a valorar (p. 110). De hecho, este es uno de los aspectos que la autoridad policial que solicita el internamiento, a tenor de la citada Circular 6/2014 de la Dirección General de la Policía (que cabe insistir en que no se había publicado cuando apareció la obra), debería justificar. Pero, en cualquier caso, estas discrepancias son menores, y quizás fruto de una mala comprensión de lo escrito. La monografía es, sin duda, una obra rigurosa, que resultará de enorme utilidad a académicos y prácticos por igual.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS *

VESTRI, G.: *Inmigración y extranjería. Amparo jurídico-legal de los menores de edad inmigrantes no acompañados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, 294 pp., ISBN 978-84-9033-772-1.

VINAIXIA I MIQUEL, M.: “El derecho de residencia de los nacionales de terceros estados, familiares de ciudadano de la UE, en el territorio del estado de origen (Comentario a la STJUE 12 marzo 2014, as. C-456/2012, O y Minister voor Immigratie, Integratie en asiel y Minister voor Immigratie, Integratie en asiel y B)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 16, 2014, pp. 54-64.

* Profesora titular de DIPr. Universidad Complutense de Madrid.

FAMILIA

GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “La regulación europea de las relaciones familiares tranfronterizas”, *Jueces para la Democracia*, nº 82, 2015, pp. 5–15

MARINO, S.: “La función de la autonomía conflictual y la regulación de las relaciones patrimoniales de familia”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 361–373.

Vid. resumen, *supra*, p. 361.

FILIACIÓN

ÁLVAREZ DE TOLEDO, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 5–49.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa”, *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado* (C. Pellisé, ed^{ra}), Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 61–74.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y CARRIZO AGUADI, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional Privado español a la luz de la STS de 6 febrero 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría (Colegi de Notaris de Catalunya)*, 2014, nº 2, pp. 59–75.

CORRAL GARCÍA, E.: “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 febrero 2014”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 744, 2014, pp. 1910–1923.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 147–174.

MORENO SÁNCHEZ–MORALED A, A.: “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrina*, 2014, nº 9, pp. 189–125.

PRESNO LENERA, M.A. y JIMÉNEZ BLANCO, P.: “Libertad, igualdad, ¿maternidad?. La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, nº 51, 2014, pp. 9–44.

Este trabajo estudia en su primera parte qué son la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y si está justificado el empleo de la dignidad humana como un límite a la libertad individual en relación con la gestación por sustitución; la segunda parte analiza las perspectivas del orden público internacional presentes en relación con la eficacia en España de filiaciones por gestación por sustitución constituidas en el extranjero, valorando la adecuación de los pronunciamientos judiciales al caso concreto.

VAQUERO LÓPEZ, C.: “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Comentario del ATS de 2 febrero 2015”, *Revista Aranzadi Doctrina*, 2015, nº 4, pp. 107–116.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español”, *Diario La Ley*, nº 8279, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución ‘pueden’ ser inscritos en el registro civil español a propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 junio 2014”, *Diario La Ley*, nº 8415, 2014.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Erre que erre, el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución a propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 febrero 2015”, *Diario La Ley*, nº 8600, 2015.

GARANTÍAS

CARRASCO PERERA, A. y TORRALBA MENDIOLA, E.C.: “El ‘Borrador’ de Anteproyecto de Ley de Garantías Mobiliarias no es congruente con el sistema de garantías sobre aeronaves diseñado por el convenio de Ciudad del Cabo”, *Diario La Ley*, nº 8365, 2014.

HEREDIA CERVANTES, I.: “La adhesión de España al Convenio de Ciudad del Cabo y sus consecuencias”, *La Ley mercantil*, nº 1, 2014, pp. 206–220.

NAVARRO CODERQUE, F. y LAFARGUE FERNANDO, C.N.: “Posibles efectos prácticos del convenio de Ciudad del Cabo sobre operaciones de financiación de elementos de equipo aeronáutico españoles”, *Diario La Ley*, nº 8472, 2015.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN Y DE EJECUCIÓN

ÁLVAREZ DE TOLEDO, L.: “La Convención de Nueva York sobre las inmunidades de los estados y de sus bienes ¿una barrera frente a los avances del Estado de derecho?”, *Diario La Ley*, nº 8386, 2014.

RODRÍGUEZ MAGDALENO, R.I.: “Inmunidad de jurisdicción: actos *iure gestionis* y *forum prorogatum*”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 1002–1005.

INSOLVENCIA

CARBALLO PIÑEIRO, L.: “Towards the Reform of the European Insolvency Regulation: Codification rather than Modification”, *Nederland Internationaal Privaatrecht*, junio 2014, pp. 207–215.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Impugnación de actos perjudiciales en procedimientos de insolvencia cuestiones de Derecho aplicable”, *La Ley: Unión Europea*, nº 26, 2015, pp. 39–40.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia”, *La Ley: Unión Europea*, nº 28, 2015, pp. 5 ss.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Competencia judicial internacional para acciones de responsabilidad por deudas sociales (comentario a la STJUE de 18 julio 2013, AS. C-147/12, ÓFAB)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 31, 2014, pp. 453-476.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “Órdenes de pago transfronterizas emitidas por el concursado: Comentario a la STJUE de 19 septiembre 2013, Asunto C-251/2012, Dexia Banque Internationale à Luxembourg”, *La Ley: Unión Europea*, nº 12, 2014, pp. 25-31.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “La apertura de procedimientos secundarios de insolvencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera) de 4 septiembre 2014, As. C-327/13, Burgo Group c. Illochroma y Theetten”, *La Ley: Unión Europea*, nº 20, 2014, pp. 23-31.

FURNISH, D.B.: “Globalización y crisis: ¿Cómo se gestiona una insolvencia internacional?”, *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2014*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 29-97.

GARCÍA GUTIÉRREZ, L.: “Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades de la Unión Europea”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 31, 2015, pp. 205-226.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Resolución de entidades de crédito, contratos de derivados y garantías financieras regreso a los principios concursales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 136, 2014, pp. 105-125.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento europeo de insolvencia apuntes sobre el nuevo régimen”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 22, 2015, pp. 95-103.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: “Las acciones de reintegración en el Reglamento europeo de insolvencia: a propósito de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia (AS. C-328/12 y otras)”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 33, 2014, pp. 419-431.

GÓMEZ BERNARDO, N.: “Centro de intereses principales, Reglamento del Consejo sobre procedimientos de insolvencia y aplicación judicial”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 21, 2014, pp. 265-275.

ORTEGA RUEDA, J.D.: “Normas de competencia del Reglamento europeo de insolvencia y demandados domiciliados en terceros Estados: Comentario a la STJUE de 16 enero 2014, asunto C-328/2012, ‘Schmid contra Hertel’”, *La Ley: Unión Europea*, nº 15, 2014, pp. 30-38.

ORTEGA RUEDA, J.D.: “Acción revocatoria por insolvencia contra un demandado domiciliado en un tercer Estado (Nota STJ 16 enero 2014)”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 1015-1018.

PENADÉS FONS, M.A.: “Concursos y sucesiones internacionales”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 35, 2014, pp. 127-144.

La coexistencia de procedimientos concursales y sucesiones mortis causa con elementos internacionales produce importantes interrogantes desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Sin embargo, esta problemática ha permanecido tradicionalmente olvidada desde un punto de vista legislativo.

vo y ha carecido de ningún estudio especializado. La inminente entrada en aplicación del Reglamento Europeo de Sucesiones va a cambiar este panorama pues el art. 76 de esta norma introduce una norma específica dirigida a esta cuestión. Tomando esta novedad legislativa como punto de partida, el presente artículo analiza las complejidades conflictuales que surgen como consecuencia del fallecimiento del concursado y como resultado de la imposibilidad de la herencia de hacer frente a sus obligaciones exigibles, y concluye que la regla de prevalencia prevista en el art. 76 del Reglamento de Sucesiones resulta insuficiente en ambos casos para resolver las cuestiones plantadas. Frente ello, el estudio propone gestionar los problemas de coordinación entre estas dos disciplinas a través de la delimitación de los ámbitos regulatorios de la *lex concursus* y la *lex successionis*, y se detiene en las dificultades específicas que surgen en materia de acciones de reintegración.

RODRÍGUEZ PINAU, I.: “La acción rescisoria concursal desarrollos en la Unión Europea”, *La Ley mercantil*, nº 9, 2014, pp. 70–81.

RODRÍGUEZ RODRIGO, I.: “El centro de intereses principales, como foro de competencia internacional en el Reglamento 1346/2000, en el caso de un grupo de sociedades”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 33, 2014, pp. 501–533.

El Reglamento 1346/2000 no contiene ninguna norma en relación con los grupos de sociedades. Ante este silencio, la jurisprudencia europea ha interpretado que las empresas que forman parte del grupo deben ser tratadas como entidades independientes a estos efectos. Sin embargo, los tribunales nacionales de los Estados miembros, escapando de la presunción del art. 3.1 in fine del Reglamento de insolvencia, están consiguiendo acumular, ante la jurisdicción de la sede de la sociedad matriz, los procedimientos de insolvencia de las distintas sociedades del grupo, alegando que el centro de intereses principales de todas las entidades se encuentra en ese lugar. De esta manera, se está desvirtuando la aplicación del Reglamento 1346/2000 para conseguir un objetivo no perseguido por el mismo.

TORRALBA MENDIOLA, E.C.: “El reconocimiento de concursos extranjeros en España algunas cuestiones sobre el procedimiento”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 33, 2014, pp. 231–251.

El reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras de apertura de un procedimiento de insolvencia no comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000 se obtiene, de acuerdo con lo previsto en el art. 220 de la Ley Concursal, a través de un procedimiento a título principal (execuatur), mientras que el de cualquier resolución posterior dictada en el marco del procedimiento y que tenga su fundamento en la legislación concursal se produce de manera automática, siempre que se haya reconocido la declaración de apertura (art. 222). La exigencia de un procedimiento a título principal no se adecua a las necesidades de una efectiva gestión de las insolvencias transfronterizas porque impide actuar con la celeridad que en la mayor parte de los casos sería exigible. Por otra parte, el procedimiento para obtener el reconocimiento, regulado en la LEC/1881, está pensado para resoluciones dictadas en un procedimiento contencioso y deja abiertos interrogantes sobre quiénes son los legitimados activos y pasivos cuando en la resolución que se pretende reconocer no cabe hablar propiamente de “partes”.

TORRALBA MENDIOLA, E.C.: “La calificación en un concurso territorial sus efectos fuera del estado de apertura del procedimiento”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 35, 2014, pp. 103–126.

La posibilidad de abrir la pieza de calificación en un concurso territorial, o de imponer por cualquier otra vía establecida en los ordenamientos de los Estados miembros sanciones patrimoniales o personales a quienes actúen de manera dolorosa o culpable en el marco de dichos concursos no puede excluirse si se atiende al tenor literal del Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia e incluso se admite expresamente en el Considerando 44 del texto que resulta de su reforma. No obstante, las sanciones impuestas en estos casos por el juez del concurso territorial no producen efectos en los demás Estados miembros de la Unión Europea y no pueden hacerse efectivas sobre bienes situados fuera del Estado de apertura, ni alcanzar a comportamientos que se produzcan en otros Estados. La justificación de esta

afirmación se encuentra en el fundamento del sistema de atribución de competencias a los jueces de los concursos universales o territoriales, establecido en el Reglamento sobre Procedimientos de Insolvencia, en virtud del cual las facultades de los segundos nacen “autolimitadas” porque se justifican en una lógica de liquidación–ejecución, con independencia de la finalidad que persigan en el caso concreto.

INTERNET Y COMERCIO ELECTRÓNICO

CARRIZO AGUADO, D. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “Determinación de la competencia judicial internacional en aquellos contratos con condiciones generales celebrados vía on line Análisis de la validez formal del pacto de sumisión expresa materializado con un “clic” en página web”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 7, 2015, pp. 73–88.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Tribunales competentes en materia de infracciones de derechos patrimoniales de autor cometidas a través de Internet”, *La Ley: Unión Europea*, nº 11, 2014, pp. 26–38.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Incautación por las autoridades aduaneras de mercancías falsificadas comercializadas en Internet”, *La Ley: Unión Europea*, nº 13, 2014, pp. 15–18.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “El tratamiento de datos personales por buscadores de Internet tras la sentencia Google Spain del Tribunal de Justicia”, *La Ley: Unión Europea*, nº 17, 2014, pp. 5–10.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “La litigación sobre derechos de autor en Internet”, *La Ley: Unión Europea*, nº 24, 2015, pp. 19–21.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: *Derecho privado de Internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas – Thomson – Reuters, 2015, 1150 pp. ISBN 978–84–470–4770–3.

DIAGO DIAGO, M.P.: “La residencia digital como nuevo factor de vinculación en el Derecho internacional Privado del Ciberespacio ¿posible conexión de futuro?”, *Diario La Ley*, nº 8432, 2014.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales: eficacia del ‘click–wrapping’ (Comentario a la STJUE de 21 mayo 2015, Asunto C–322/14, Jaouad El Majdoub y CarsOnTheWeb GmbH)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 28, 2015.

INVERSIONES

CREMADES ROMÁN, B.: “Nuevas perspectivas de la protección de inversiones en América Latina: Análisis de la situación en Bolivia”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 3, 2014, pp. 679–706.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 369–397.

El Estado español tiene tres frentes abiertos al arbitraje de inversiones debido a los cambios normativos retroactivos en las renovables y especialmente en las instalaciones solares fotovoltaicas. Dichos cambios pusieron de manifiesto que nuestro país no estaba preparado para prevenir y solucionar oportunamente y eficazmente las posibles controversias pues, en la práctica, salvo los casos *Maffetini* e *Inversión y*

Gestión de Bienes, que tuvieron un carácter más bien anecdótico, nunca había sido demandado por la vía de este mecanismo. En los nuevos contenciosos abiertos aparecen a primera vista dos cuestiones a dilucidar: si ha existido discriminación o no y si se ha producido un perjuicio derivado de la ruptura del principio de la confianza legítima de los inversores. Ello hace necesario la puesta en marcha de los ajustes pertinentes no sólo para la defensa eficaz del Estado, sino para ahorrar los considerables costes que una defensa privada de estos contenciosos conlleva.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “La confusa actuación de la Comisión Europea en el cambio del arquetipo regulador de la protección de inversiones transnacionales”, *La Ley: Unión Europea*, nº 28, 2015, pp. 2 ss.

La posición de la UE tras el Tratado de Lisboa ha sido de rechazo hacia el todavía vigente de arreglo de controversias en materia de inversiones previsto tanto en los APPRIS como en el Tratado sobre la Carta de la Energía, sin reparar en su utilidad y sus aportaciones. Dicha posición ha estado condicionada por dos circunstancias: de un lado, cierta recepción del movimiento de radical oposición procedente de ciertos colectivos, que ha tenido la virtud de politizar la cuestión cuando, precisamente el arbitraje de inversiones nació con la pretensión de despolitizar este tipo de contenciosos; de otro lado, las negociaciones de la UE con los EE UU tendentes a la consecución de un Acuerdo Transatlántico de Comercio y de Inversiones. En este último caso, al tener que fijar posiciones frente a los rígidos planteamientos de la contraparte, la Comisión se ha visto obligada a adoptar algunos criterios sobre transparencia, eventual creación de tribunal de apelación, aplicación de laudos arbitrales y futuros posibles mecanismos de apelación, pero para esta operación no ha contado con una documentación de partida bien estructurada.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: “Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento núm. 912/2014”, *La Ley: Unión Europea*, nº 18, 2014, pp. 5-27.

Antes del Tratado de Lisboa, la inversión era un ámbito en el que la UE compartía la competencia con los Estados miembros. La comunitarización de este sector se ha desarrollado de forma gradual y con el genérico argumento de dotar de un mayor atractivo a la UE para nuevas inversiones de terceros países con la estandarización del sistema de protección de inversiones en todo el territorio de la Unión en detrimento de las tradicionales competencias de los Estados miembros. La Comisión ha procedido a perfilar aspectos concretos de la nueva política de inversiones de la UE concretada en varias iniciativas: en primer lugar, el Reglamento 1219/2012, que regula la compatibilidad de los actualmente en vigor Acuerdos de Inversión de los Estados Miembros con el Derecho de la Unión; en segundo lugar, por medio de una extensión material en los recientes Acuerdos de Libre Comercio que afectan señaladamente al capítulo de protección de inversiones; por último, a través de un instrumento que determina quién será el demandado (el Estado Miembro o la Unión Europea) y quién el responsable financiero en los contenciosos en materia de inversiones. Este instrumento se ha concretado en el Reglamento 912/2014 objeto esencial de este estudio.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico-administrativo, el ejemplo de la energía energía renovable, instalaciones fotovoltaicas”, *Diario La Ley*, nº 8385, 2014.

Este trabajo introduce una línea de investigación que puede tener futuro, relativa al Derecho administrativo internacional, es decir, en este caso, asuntos litigiosos internacionales, de la mano del arbitraje, que tienen una problemática pura de Derecho administrativo, pese a que tales arbitrajes se resuelvan sin expertos en esta materia generalmente. Asimismo esta publicación es un buen ejemplo de los límites con que han de entenderse según el TS español los principios de Derecho administrativo de confianza legítima y de seguridad jurídica.

HERMIDA, R.C.: “El alcance de las Cláusulas de Nación más Favorecida en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: *vexata quæstio* o ‘una tierra de nadie ferozmente disputada en el Derecho internacional’”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 459–494.

LINARES RODRÍGUEZ, E.: “La inmunidad estatal como obstáculo a la ejecución de los laudos en materia de inversión”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, nº 1, 2015, pp. 49–96.

MEJÍA GARCÍA, S.: “Procedimientos arbitrales contra el Reino de España por los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables”, *La Ley mercantil*, nº 3, 2014, pp. 94–100.

ÓSCAR MORENO, L. y PÉREZ IBÁÑEZ, C.: “La nueva política de la Unión Europea de protección de inversiones”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 35–60.

SALA MERCADO, J.P.: “La actualidad de la inversión extranjera en Argentina. Una realidad que despierta”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 449–458.

SORIANO HINOJOSA, A. “El Estado y demás personas jurídicas de Derecho público ante el arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, pp.439–448.

USHAKOVA, T.: “El caso *Yukos* desde una óptica multidimensional, con especial referencia a los problemas de competencia”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VIII, nº 1, 2015, pp. 123–170.

VIRGÓS SORIANO, M.: “La eficacia de la protección internacional de las inversiones extranjeras”. *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 3, 2014, pp. 655–677.

LIBRE COMPETENCIA Y COMPETENCIA DESLEAL

ANTÓN JUÁREZ, I.: *La distribución y el comercio paralelo en la Unión Europea*, Madrid, La Ley, 2015, 476 pp. (ISBN 978–84–9020–396–5)

1. 476 páginas, 1.203 notas a pie de texto y una perspectiva eminentemente transversal son la meritosa carta de presentación de esta monografía, fruto de la tesis doctoral de I. Antón Juárez, que analiza los aspectos jurídicos del comercio paralelo en la UE. Por tal se entiende las reventas e importaciones de productos de un proveedor al margen de la red oficial de distribución. A tal fin, la obra se divide en seis capítulos, que el lector intuitivamente agrupará en tres partes: una introductoria o de presentación, otra de tratamiento general del comercio paralelo desde los distintos sectores del ordenamiento, y una última, digamos de especialidades en el comercio electrónico y de medicamentos.

La parte introductoria de la obra engloba los dos primeros capítulos. En el capítulo I se presentan los acuerdos de distribución, tanto desde la perspectiva del Derecho de los contratos como desde la óptica del Derecho de la competencia. A lo largo de 70 páginas se hace un breve recorrido por todo el Derecho de la competencia y por contratos como el de distribución exclusiva o concesión, distribución selectiva, franquicia y agencia. En el capítulo II, probablemente con un título demasiado parecido al de la obra, se trata el comercio paralelo en la UE y en él se abordan su justificación teórica y los intereses de las partes, incluyendo al importador paralelo, al distribuidor oficial, a los consumidores y a los Estados –tal vez se

eche en falta una mención al proveedor o fabricante-. El capítulo concluye con la presentación de la regulación internacional y europea más relevante, enfatizando en la figura del agotamiento de los derechos de propiedad industrial, tal y como se recoge en el ADPIC, y se deriva de la libre circulación de mercancías del TFUE. Esta parte introductoria funciona como una presentación de cierta utilidad para el lector, por lo que podría haberse prescindido de otras consideraciones introductorias más adelante, especialmente, de la definición de los derechos de propiedad industrial e intelectual y su aportación a la sociedad (pp. 146 ss).

2. La segunda parte del libro se corresponde con el análisis del comercio paralelo desde los distintos sectores del ordenamiento, abarcando los capítulos III y IV. El capítulo III aborda la problemática del comercio paralelo desde la perspectiva del Derecho de marcas. Tras plantear la tensión entre un derecho de explotación exclusiva y la libre competencia (pp. 161 ss), llega uno de los pasajes más interesantes del libro: las implicaciones del agotamiento comunitario del derecho de marca para el comercio paralelo. Se analizan de forma pormenorizada los requisitos necesarios para que pueda existir un comercio paralelo por agotamiento del derecho: el requisito objetivo de que el producto haya sido comercializado por primera vez, el requisito subjetivo de que el titular haya consentido y el requisito espacial de que exista comercialización en elEEE. Y todo ello para, a continuación, analizar los supuestos en los que no procede el comercio paralelo, por ejemplo, en determinados casos de re-envasado y re-etiquetado por parte del importador paralelo o en casos en los que se lesiona la reputación de la marca (pp. 192 ss). El capítulo termina proyectando este planteamiento en el agotamiento del derecho de explotación de patentes (pp. 209 ss).

El capítulo IV analiza el efecto de las restricciones verticales de competencia en el comercio paralelo. Después de analizar los arts. 101 y 102 del TFUE, el Reglamento (UE) 330/2010 sobre restricciones verticales y el Reglamento (UE) 461/2010 sobre exenciones en la distribución de vehículos a motor –probablemente este último debería haberse tratado en la parte especial–, el lector llega a otro de los pasajes más relevantes del libro: la jurisprudencia del TJUE sobre el comercio paralelo (pp. 310 y ss.). Sumamente interesante también resulta el epígrafe en el que se analizan los posibles actos de competencia desleal del importador paralelo (pp. 329 ss) y, en particular, posibles actos de engaños, riesgos de asociación, aprovechamiento de reputación ajena, e inducción a, o aprovechamiento de, una infracción contractual. No obstante, es dudoso si este epígrafe relativo a la competencia desleal debe localizarse en un capítulo sobre restricciones verticales de competencia. También debería haberse justificado por qué y cuándo sería aplicable la normativa española sobre competencia desleal, sin mención alguna al Reglamento “Roma II” en lo que se refiere a la ley aplicable a los actos de competencia desleal del importador paralelo.

3. La tercera y última parte del libro, que englobaría los capítulos V y VI, aborda ciertas especialidades del comercio paralelo. En el capítulo V se analizan las repercusiones de internet en el comercio paralelo, dados los nuevos modelos de distribución derivados de la venta *on line* (pp. 342 ss). En este sentido, se analiza cómo no cabe restringir las ventas por internet salvo por razones de salud o seguridad, por exigencia justificada de un establecimiento físico, por el requerimiento de unos criterios mínimos de calidad o por la limitación a vender los productos a través de plataformas gestionadas por terceros que no son distribuidores oficiales.

El capítulo VI trata de una forma muy meritoria el comercio paralelo de medicamentos al margen de la red oficial de distribuidores, siendo de especial interés el papel de las autoridades europeas para evitar las prácticas restrictivas de este comercio por parte de las industrias farmacéuticas, tales como el sistema de doble precio o las cuotas de suministro o, en relación con la comercialización de medicamentos genéricos, las estrategias basadas en “marañas de patentes” o en “patentes defensivas” que buscan torpedear la actividad de los fabricantes de genéricos.

4. Probablemente el remate perfecto de la obra hubiera sido un análisis del comercio paralelo desde la perspectiva del Derecho de contratos tal y como se anunció en la introducción, porque, como la propia autora reconoce, la visión del distribuidor oficial, el concesionario en el contrato con el proveedor,

respecto del comercio paralelo es sumamente distinta a la del *free rider* (p. 127). De este modo, desde la perspectiva de la contratación internacional, habría sido importante destacar que la ley rectora del contrato de distribución no puede afectar a las normas sobre comercio paralelo y libre competencia, que tendrían la consideración de leyes de policía del Estado donde se ejecuta la distribución (art. 9 Reglamento “Roma I”). Desde una perspectiva mercantil, este análisis hubiera servido para integrar e interpretar los contratos que incluyen alguna de las cláusulas restrictivas a la libre competencia que analiza la autora. Por ejemplo, nadie duda de que las cláusulas de “no competencia” de duración indefinida están prohibidas (pp. 293–294); pero podría especularse sobre si durante los cinco primeros años de distribución cabría oponer o no esta cláusula patológica, porque tal periodo sí queda exento de la prohibición de acuerdo con el Reglamento (UE) 330/2010.

En resumen, una obra completa, exhaustiva y pormenorizada, de obligada referencia en este ámbito. Quizá se echan en falta unas conclusiones finales que honren a la tesis doctoral de la que deriva la monografía; tal vez sobren seis introducciones, una para cada capítulo, más una introducción general y algún epígrafe con su propia introducción (v.gr.: pp. 119, 192, 253 y 422). Pero nada de ello impide reconocer que se trata de una monografía imprescindible para cualquier lector interesado en el tema, ya busque una visión general y transversal sobre el comercio paralelo, ya el tratamiento en profundidad de alguno de los muchos problemas que plantea el comercio paralelo. Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ*.

BOBILLO BARBEITO, C.: “Aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia europeo. Análisis de la STGUE de 12 junio 2014, asunto T-286/2009 Intel Corp. c. Comisión”, *La Ley: Unión Europea*, nº 19, 2014, pp. 45–49.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La cooperación de la Unión Europea con terceros países en materia de defensa de prácticas anticompetitivas hacia un modelo de ‘nueva generación’”, *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 23–41.

ORÓ MARTÍNEZ, C.: “Las reclamaciones por daños derivados de una infracción del Derecho de la competencia de la UE: primeras observaciones sobre la Directiva 2014/14/UE”, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, 2014, pp. 28–34.

RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1, 2015, pp. 186–225

MATRIMONIO

ANTÓN JUÁREZ, I.: “Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº 1, 2015, pp. 5–45.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: “El proyecto de Reglamento Europeo sobre regímenes matrimoniales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 54, 2013–2014, pp. 77–150.

DIAGO DIAGO, P.: “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista Española de Derecho internacional*, vol. LXVI, 2014, pp. 49–79.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.E.: “El matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en el extranjero y su reconocimiento en Italia un debate abierto”, *Aranzadi Civil y Mercantil*, 2015, nº 9, pp. 59–90.

* Profesor titular de DIPr. Universidad de Oviedo.

MENORES

BORRÁS, A.: “La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores el Dictamen del TJUE de 14 octubre 2014”, *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 42–50.

CALAZA GÓMEZ, M.S.: “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”, *Diario La Ley*, nº 8564, 2015.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Atribución de la guarda y custodia ante la retención o traslado ilícito del menor al extranjero”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 3, 2014, pp. 63–70.

CUARTERO RUBIO, M. V.: “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, en *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (M.T. Martín López y J.M. Velasco Retamosa), Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2014, pp. 73–100. ISBN 9788447047772.

GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 29, 2015, 37 pp.

GUZMÁN PECES, M.: “Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 489–522.

Vid. resumen, *supra*, p. 489.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.: “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 130–146.

LÓPEZ JARA, M.: “El régimen de la guarda y custodia del menor cuando el progenitor custodio traslada su domicilio a otro país”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 5, 2015, pp. 86–93.

RODRÍGUEZ PINEAU, E.: “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de la Haya de 1980 (Nota A X C. Letonia)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 33, 2014.

VÁZQUEZ GARCÍA, D.: “La problemática existente en torno a los menores extranjeros no acompañados en situación irregular en España: la respuesta de la jurisdicción civil comentario a las SSTs, Sala 1.ª, de 23 septiembre 2014 (rec. 1382/2013) y de 24 septiembre 2014 (rec. 280/2013)”, *Diario La Ley*, nº 8420, 2014.

NACIONALIDAD

GUZMÁN PECES, M.: “La integración en la adquisición de la nacionalidad por residencia. Algunas reflexiones en torno a la apreciación de las cuestiones religiosas por parte de los tribunales”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 30, 2014, pp. 255–288.

MARTÍN AZCANO, E.M.: “Requisitos para la concesión de la nacionalidad por residencia suficiente grado de integración en la sociedad española”, *Actualidad Civil*, nº 6, 2014.

MARTÍN AZCANO, E.M.: “Adquisición de la nacionalidad española por opción”, *Actualidad Civil*, nº 12, 2014.

PÉREZ VERA, E.: “Ciudadanía y nacionalidad de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 27–28, 2014–2015, pp. 217–230.

SAGARRA I TRIAS, E.: “Nacionalidad catalana, nacionalidad española y ciudadanía de la Unión ¿serían compatibles?”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 36, 2014, pp. 13–37.

VARELA AUTRÁN, B.: “Denegación de la nacionalidad española a un ciudadano ecuatoriano que sufre una discapacidad intelectual del 67 % por padecer un trastorno esquizoide de la personalidad. comentario a la SAN de 12 noviembre 2013”, *Diario La Ley*, nº 8269, 2014.

PERSONA Y ESTADO CIVIL

CALLEJO RODRÍGUEZ, C.: “Los apellidos de los españoles plurinacionales especial consideración del caso de los ciudadanos comunitarios”, *Actualidad Civil*, nº 10, 2014.

PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

ADRIÁN ARNÁIZ, A.J.: “El nuevo régimen normativo de las patentes en el sistema de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 64, 2014, pp. 13–34.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “Regulation (EU) No. 542/2014 and the International Jurisdiction of the Unified Patent Court”, *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 45 nº 8, 2014, pp. 868–888.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “El lugar del daño como fundamento de la competencia internacional en los litigios sobre derechos de autor”, *Estudos de Direito Intelectual (En Homenagem ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão)*, Coimbra, Almedina, 2015, ISBN: 978-972-40-6115-3, pp. 511–530.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: “La legislación sobre derechos de autor y su ámbito de aplicación: perspectiva europea”, *Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual*, nº 2, 2015, pp. 115–154.

DESANTES REAL, M.: “El futuro de las patentes europeas farmacéuticas ¿con o sin efecto unitario?”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, nº 73, 2014, pp. 81–113.

DESANTES REAL, M.: La patente europea con efecto unitario, bendecida por el Tribunal de Justicia reflexión sobre alguna de las consecuencias para el Derecho de la UE de las Sentencias de 5 mayo 2015 (C–146/13 y C–147/13), *Diario La Ley*, nº 8692, 2015.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “La gestión colectiva obligatoria de derechos de propiedad intelectual a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y la Directiva

2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 febrero 2014”, *Diario La Ley*, n° 8313, 2014.

GONZÁLEZ NAVARRO, B.A.: “El efecto retroactivo del ADPIC sobre las patentes de producto farmacéutico en España: estado de la cuestión en los tribunales”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n° 73, 2014, pp. 5–48.

HEREDIA CERVANTES, I.: “Competencia judicial internacional y derechos morales de propiedad intelectual”, *Diario La Ley*, n° 8386, 2014.

OTERO GARCÍA CASTRILLÓN, C.: “De fronteras y patentes farmacéuticas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 18, 2014, pp. 185–213.

PARADELA AREÁN, P.: “El monopolio territorial de las entidades de gestión colectiva en el marco de la libre prestación de servicios y la fragmentación del mercado: ¿problema resuelto?”, *La Ley: Unión Europea*, n° 15, 2014, pp. 39–45.

REMIRO BROTONS, A.: “¿Golpe de Jurisprudencia europea sobre las patentes de productos farmacéuticos?”, *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n° 73, 2014, pp. 49–79.

RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS

ÁNCIMOS, A.: “Denegación del reconocimiento y la ejecución en el Reglamento Bruselas I bis”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 375–393.

Vid. resumen, supra, p. 375.

D’AVOUT, L.: “La eficacia internacional de las resoluciones judiciales tras la refundición del Reglamento Bruselas I”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 91–110.

Vid. resumen, supra, p. 91.

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.: “Particularidades en materia de reconocimiento y declaración de ejecutividad en España de acuerdos de mediación dictados en el extranjero (Ley 5/1012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 395–416.

Vid. resumen, supra, p. 395.

JOYA CARRASCO, M.: “Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento (UE) 1215/2012, de Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012”, *Diario La Ley*, n° 8247, 2014.

MIQUEL SALA, R.: “Acción de regreso frente al deudor solidario y límites del efecto de cosa juzgada de sentencias extranjeras”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 305–320.

Vid. resumen, supra, p. 305.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A.: “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del reglamento Bruselas I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 330–348.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A.: “El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (‘Bruselas I bis’)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 25, 2015, pp. 5 ss.

RESPONSABILIDAD

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Los daños financieros transfronterizos”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 292, 2014, pp. 51–70.

FUENTES CAMACHO, V.: “Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil y seguros de conformidad con el Reglamento Bruselas I bis”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, nº 51, 2015, pp. 6–17

SOCIEDADES

ARENAS GARCÍA, R., GÓRRIZ LÓPEZ, C. y MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *Autonomía de la voluntad y exigencias imperativas en el Derecho internacional de sociedades y otras personas jurídicas*, Barcelona, Atelier, 2014, 208 pp. ISBN: 978–84–15690–41–2.

El Derecho mercantil, el DIPr, el Derecho fiscal y el Derecho europeo deben ser considerados conjuntamente para identificar la forma en que intereses diversos confluyen y, en cierta forma, colisionan con el principio general de autonomía de la voluntad. La libertad de los operadores económicos y jurídicos, que en el ámbito del Derecho principios generales y la práctica nos muestra que esta combinación puede verse reflejada tanto en normas imperativas como en *soft law* y en determinadas construcciones jurisprudenciales que, como sucede en el caso del Tribunal de Justicia, pueden tener las características y configuración de una regulación paralela. El enfoque de esta problemática ha de estar abierto a las contribuciones que puedan realizarse desde sectores diversos y, además, combinar diversas metodologías que consideren tanto la exégesis como la propuesta y el análisis de los intereses en presencia. En definitiva, un estudio que debe estar siempre abierto a matices sin pretender dar una respuesta definitiva que no tiene sentido en un entorno cambiante. La presente monografía permite comprobar que también en el Derecho de las personas jurídicas se identifica la vieja tensión entre autonomía de la voluntad y exigencias imperativas. A este fin responden las contribuciones del presente volumen, donde el lector encontrará diversos ejemplos de cómo la libertad de los operadores del tráfico se conjuga con la protección de distintos intereses generales que se traducen en normas imperativas y principios que condicionan y modulan el ejercicio de la autonomía de la voluntad. El análisis concreto de esta tensión se manifiesta en distintos aspectos del Derecho interno de las sociedades. Así en el régimen de gobierno de las sociedades (y ahí entra la contribución de J.R. Salelles Climent sobre “La incidencia de la crisis financiera en el buen gobierno de las sociedades”) y, en concreto, en la composición de los consejos de administración (de lo que se ocupa el estudio de C. Górriz López, “La propuesta de Directiva sobre mejora de la igualdad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas”), y la libertad de los socios para introducir en el régimen societario por vía de estatutos o pactos parasociales las estipulaciones que estimen oportunas (tema que aborda J. Miquel Rodríguez en su contribución, “La autonomía de la voluntad en las sociedades de capital: ejemplos de la reciente jurisprudencia del TS y la doctrina de la DGRN”). El tráfico internacional de las sociedades es estudiado específicamente en las contribuciones de R. Arenas García, “*Lex societatis* y derecho de establecimiento”), A. Espiniella Menéndez, “Aspectos transfronterizos de la reestructuración y resolución de entidades bancarias”), M.A. Sánchez Huete,

“Levantamiento del velo y tributación internacional” y H. Zhang, “La compatibilidad de los impuestos de salida y la libertad de establecimiento desde la perspectiva española”). El primero de ellos analiza la forma en que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha ido ampliando los límites de los operadores económicos en el ámbito europeo de integración al permitir la realización de determinadas operaciones societarias que los Derechos nacionales no permitían. A. Espiniella se ocupa de un tema tan actual como es el de la reestructuración y resolución de entidades bancarias, centrándose, precisamente en los límites que impone la normativa europea a tales operaciones y, finalmente, M.A. Sánchez Huete y H. Zhang se ocupan de ciertos aspectos fiscales en las operaciones societarias internacionales. El resultado es una obra que da cuenta de la inevitable interdisciplinariedad de la problemática societaria internacional actual.

ARENAS GARCÍA, R.: “Fusión por absorción y responsabilidad de la empresa absorbente por actuaciones de la absorbida Comentario a la STJ (Sala Quinta) de 5 marzo 2015, As. C-343/13, Modelo Continente Hipermercados SA y Autoridade para as Condições de Trabalho – Centro Local do Lis (ACT)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 28, 2015.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “La competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, en J.M. Zugaldía Espinar y E.B. Marín de Espinosa Ceballos, *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 377-402. ISBN 978-84-9059-082-9.

Al establecer la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, el legislador español no ha establecido normas especiales para determinar en qué supuestos internacionales podrán conocer los jueces españoles de los delitos cometidos por las personas jurídicas. La falta de estas normas provoca impunidad y falta de cumplimiento del principio de legalidad que impera en el ámbito penal. Por resultar insuficientes los criterios contemplados en el art. 23 LOPJ, el trabajo contiene propuestas legislativas a fin de proporcionar una regulación satisfactoria a la determinación de los casos internacionales en que podrán conocer los jueces españoles de delitos cometidos por personas jurídicas.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Sociedades fantasma y Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27, 2014, 54 pp.

MICHAVIDA NÚÑEZ, A.: “La joint venture contractual en el ámbito internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 27, 2014, 62 pp.

RODAS PAREDES, P.: “La movilidad societaria internacional en el anteproyecto de Código Mercantil”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 43, 2014, pp. 119-174.

SUCESIONES

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público? “, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García* (A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio, dirs.), Madrid, La Ley, 2014, pp. 117-141.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Adjudicación de la herencia de nacionalidad británica. Reenvío”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 1233.1236.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “La ley aplicable a la sucesión por causa de muerte en el Reglamento 650/2012: algunos temas seleccionados”, *El nuevo marco de las sucesiones en la Unión Europea*, I.A. Calvo Vidal coord., Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 43–74.

BLANCO MORALES LIMONES, P.: “No se puede exigir el certificado sucesorio para inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes heredados de un causante alemán”, *Diario La Ley*, nº 8262, 2014.

BLANCO MORALES LIMONES, P.: “La competencia internacional en el Reglamento sucesorio europeo”, *Diario La Ley*, nº 8590, 2015.

BONOMI, A. y WAUTELET, P.: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012*, Versión traducida y adaptada al Derecho español por S. Álvarez González, M. Álvarez Torné, A. Font i Segura, J.Mª. Gómez-Riesco Tabernero de Paz, J. Gómez-Riesco Tabernero de Paz y M. Requejo Isidro, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 781 pp. ISBN 978-84-9098-403-1.

CALATAYUD SIERRA, A.: “Dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje”, *El nuevo marco de las sucesiones en la Unión Europea* (I.A. Calvo Vidal, coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 123–149.

CALVO VIDAL, I.A.: *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, 263 pp. ISBN:9788495176936.

CALVO VIDAL, I.A.: “La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 54, 2013–2044, pp. 169–202.

CALVO VIDAL, I.A.: “El certificado sucesorio europeo”, *El nuevo marco de las sucesiones en la Unión Europea* (I.A. Calvo Vidal coord., Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 203–240.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 5–44.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P.: “Los documentos públicos y el certificado sucesorio europeo en el Reglamento 650/2012”, *La Notaría (Colegi de Notaris de Catalunya)*, 2015, nº 1, pp. 127–139.

CHIKOC BARREDA, N.: “Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 julio 2012”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2014, pp. 121–146.

DÍAZ FRAILE, J.M.: “El Reglamento sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la “lex rei sitae”. Especial referencia al certificado sucesorio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 741, 2014, pp. 67–112.

FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A.: “El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo: actos de ejecución y derecho patrimonial”, *El nuevo marco de las sucesiones en la Unión Europea* (I.A. Calvo Vidal coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 241–263.

FONT I SEGURA, A.: “La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones”, *El nuevo marco de las sucesiones en la Unión Europea* (I.A. Calvo Vidal coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 75–121.

GARCÍA CUETO, E.: “Una aproximación al Reglamento 650/2012 (I): ‘la professio iuris’ (y II): ley aplicable, residencia habitual y certificado sucesorio”, *La Notaría (Colegi de Notaris de Catalunya)*, 2014, n^{os} 2 y 3, pp. 104–115 y 101–110.

GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J.L.: “El certificado sucesorio europeo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n^o 741, 2014, pp. 113–151.

HIDALGO GARCÍA, S.: “Las llamadas sucesiones vacantes en el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 julio 2012”, *Revista de Derecho Civil*, n^o 2, 2014, pp. 41–72.

HIDALGO GARCÍA, S.: “Las herencias vacantes: la sucesión de la Generalitat Valenciana, el Reglamento europeo 650/2012 y a vueltas con el art. 149.1.8 CE”, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García* (A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, dirs.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 657–683.

INFANTE RUÍZ, F.: “La conmorienencia en el Reglamento europeo de sucesiones. Un análisis a la luz de algunos sistemas jurídicos”, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García* (A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, dirs.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 685–706.

LAFUENTE SÁNCHEZ, R.: “Cuestiones actuales sobre los trusts testamentarios y el Derecho internacional privado”, *Anuario Español de Derecho internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 523–561.

Vid. resumen, *supra*, p. 523.

LARA AGUADO, A.: “Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n^o 28, 2014, 68 pp.

El incremento de los desplazamientos transfronterizos ha provocado un aumento de las relaciones sucesorias hispano-marroquíes: son frecuentes los fallecimientos de marroquíes en España que dejan patrimonio en nuestro país o en Marruecos; de españoles residentes en Marruecos y con patrimonio en los dos países; o de marroquíes que adquieren la nacionalidad española y tienen familia en ambos países. Estas relaciones sucesorias son reguladas de manera muy distinta en España y en Marruecos. Las reglas del Reglamento 650/2012 de 4 julio 2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo serán aplicables a partir del día 17 agosto 2015, lo que introducirá cambios importantes en la normativa sucesoria española y afectará a las relaciones hispano-marroquíes. ¿Aumentan o disminuyen las posibilidades de que se aplique a la sucesión hispano-marroquí el Derecho nacional? ¿El reenvío amplía las posibilidades de que se aplique el Derecho del foro de manera igualitaria? Estos interrogantes justifican la oportunidad de abordar esta temática para intentar analizar la viabilidad de la continuidad de las relaciones sucesorias hispano-marroquíes en el espacio.

LORENTE MARTÍNEZ, I.: “Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho internacional Privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2014”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n° 1, 2015, pp. 256–268

MORENO SANCHEZ-MORALEDA, A.: “Ley aplicable a la sucesión y Ley reguladora de los efectos del matrimonio comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, sala primera, de lo civil Sentencia de 28 abril 2014”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n° 35, 2014, pp. 415–438.

PASQUALIS, P.: “El desafío de la circulación de los documentos notariales en el espacio jurídico europeo y el Reglamento sobre las sucesiones”, *El nuevo marco de las sucesiones en la Unión Europea* (I.A. Calvo Vidal, coord.) Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 181–201.

QUESAD PÁEZ, A.: “Comentarios al Reglamento Europeo de Sucesiones”, *Actualidad Civil*, n° 2, 2015.

REQUEJO ISIDRO, M.: “La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho procesal europeo de la familia (sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)”, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García* (A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, dirs.), La Ley, Madrid, 2014, pp. 1195–1217.

RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 27, 2014, 59 pp.

RODRÍGUEZ-URIA SUÁREZ, I.: *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2014, 429 pp. ISBN 978–84–15876–75–5.

1. Título honesto y sin ambages el de esta monografía. Así es, el objeto de trabajo está perfectamente delimitado y anunciado desde el principio. El título no esconde pues que en la obra se lleva a cabo un estudio de ley aplicable. Puede parecer un artificio pero la verdad es que uno se siente a gusto con obras que se presentan como lo que son: un trabajo de Derecho internacional privado, en este caso. Ante la abundancia de presentaciones y títulos que emplean adjetivos más modernos –por decirlo de alguna forma–, aunque no por ello menos acertados, como “global”, “transnacional”, “plural” o “multidoméstico”, es de agradecer que la monografía advierta ya con el encabezamiento que el suyo va a ser un análisis conflictual, método con frecuencia tan denostado, por otra parte. Se puede argüir que el título no podía ser otro. Si se atiende a su contenido, en efecto, no cabe duda de que se analiza lo que se dice analizar. Aun así, a mi me gusta pensar que este título también es reflejo de lo que podríamos llamar como una vuelta a los clásicos. En realidad no solo del contenido, sino también del planteamiento y de la estructura elegida –y, por lo tanto, del camino trazado– se desprende un respeto por los fundamentos del Derecho internacional privado contruidos por el aluvión doctrinal. Sin miedos y sin cita de meros argumentos de autoridad –al contrario–, la autora acude a los clásicos para explicarse o para rebatir, para apoyarse y para dialogar, para entender y para criticar, para deruir y para construir. Sin duda alguna el pensamiento internacionalprivatista está reflejado –quizá mejor decir, reflexionado– en este trabajo. Santiago Álvarez en su prólogo a la obra que ahora se reseña así lo subraya.

Hay otro elemento que recuerda a los clásicos y no es otro que el lenguaje utilizado. En efecto, mediante un castellano limpio, conciso, preciso, incisivo y directo, se refuerza la capacidad expositiva y argumentativa de la autora. El dominio de la lengua permite ofrecer un relato ágil y claro que de forma casi liviana va desgranando lo que hubieran podido ser auténticos mazacotes difíciles de digerir. Hay que añadir además que la claridad no se riñe con la profundidad. Muy al contrario, la monografía permite leer sin dificultad acerca de un tema realmente difícil. Hay claridad expositiva porque hay claridad mental.

Naturalmente decir que la obra evoca a los clásicos no se desprende solo de que se sepa leer, entender y sacar provecho de la doctrina, ni de que se muestre una agudeza intelectual encomiable por medio del lenguaje, aspectos por lo demás exigibles en un trabajo de esta naturaleza, fruto de una tesis doctoral; se trata también del poso sobre el que descansa la obra. Su lectura pone de manifiesto el cuidado con el que se ha construido, atendiendo a los fundamentos materiales de la institución. En este sentido, el buen uso de los principios y fundamentos del Derecho privado a lo largo de todo el recorrido permiten articular un discurso coherente frente a una figura, los pactos sucesorios, cuya naturaleza híbrida y compleja encarna la tensión entre los principios del Derecho de sucesiones y el Derecho de las obligaciones y contratos. Un estudio de la ley aplicable a los pactos sucesorios exigía un profundo conocimiento de los resortes de la institución, pero también de los principios y fundamentos del Derecho privado, del Derecho de sucesiones y del Derecho contractual. La autora es consciente de que el Derecho internacional privado no es una isla en el océano, ni un oasis en el desierto, es una cordillera que da continuidad a los valles, que sin ellos no se explica. Así, una máxima parece vertebrar el trabajo: el Derecho internacional privado es deudor del Derecho material, es su proyección. En suma, la obra no olvida que una disciplina no es más que un instrumento para analizar el ordenamiento jurídico en su conjunto. De este modo, aunque el objeto de estudio sea el tratamiento conflictual de los pactos sucesorios, puede afirmarse que esta es una de aquellas monografías en las que se brinda al lector la posibilidad de explorar las entrañas del Derecho privado.

Todo ello lleva a calificar esta monografía como una obra clásica. En un doble sentido, en el del enfoque y el tratamiento, y también en el de ser una obra que, apuesto por ello, va a pervivir como obra de referencia.

2. Merece la pena apuntar que se aborda un tema que hasta ahora no había sido tratado en profundidad, entrando en todos los recovecos que presenta esta figura tan compleja. Ciertamente, había algún artículo que se había paseado por el tema o desde el que se había oteado el asunto, pero debe subrayarse que no se había publicado ninguna obra que tratara de modo monográfico la cuestión de la ley aplicable a los pactos sucesorios. Podría decirse, por tanto, que la obra es original. Sin embargo, con ello no basta porque cuando ningún autor ha tratado a fondo una materia, cuando solo hay referencias indirectas o aproximaciones a vista de prismáticos, la tarea emprendida por la autora supone un riesgo evidente. No obstante, se sortean todos los obstáculos y se emplean todos los instrumentos para llevar a buen término la investigación realizada. En efecto, siguiendo un acercamiento progresivo en el que se emplea desde el telescopio al microscopio, la monografía nos va llevando al punto neurálgico del objeto de estudio.

En este sentido, la monografía está estructurada en cuatro capítulos. En el primero se lleva a cabo un análisis material de la institución que, como se ha dicho, está presente ya sea de forma evidente o latente en toda la monografía. Los tres capítulos que vienen a continuación ya son propiamente de Derecho internacional privado. No obstante, coherente con el planteamiento deductivo que la autora lleva a cabo, el primero de estos tres capítulos consiste en un análisis valorativo de los modelos positivos con que se regula la ley aplicable. Puede considerarse pues que hay dos bloques temáticos y metodológicos en la monografía. En el primero, capítulos primero y segundo, se realiza un despliegue de los principios y fundamentos de la figura con un análisis de los intereses en juego, tanto desde una perspectiva material como conflictual. En el que a mi juicio es el segundo bloque, capítulos segundo y tercero, se desciende ya a un pormenorizado estudio de las conexiones que permitirán determinar la ley aplicable, distinguiendo en todo momento entre la ley que rige la admisibilidad del pacto, la que rige la validez material, y, finalmente, la que proporciona el régimen jurídico. El examen de los puntos de conexión se efectúa valorando en cada caso las ventajas e inconvenientes que comportan. Así, en el tercer capítulo se examina la autonomía de la voluntad, mientras que en el cuarto y último capítulo se abordan las conexiones objetivas que operan en defecto de elección. La monografía se cierra con unas conclusiones que constituyen la precipitación de las reflexiones que se han ido presentando a lo largo del trabajo.

Apoyada en una cuidada y seleccionada bibliografía, la obra está salpicada de numerosos ejemplos que contribuyen a aclarar y profundizar las cuestiones tratadas, sin romper en ningún momento el hilo argumental. Debe destacarse también que los ejemplos son verdaderas hipótesis de trabajo, poniendo de

manifiesto además que se conoce con precisión las disposiciones materiales de Derecho comparado. Las normas que regulan los pactos sucesorios en Alemania, Austria o Suiza, o, con reservas, en Italia o Francia, son puestas al servicio de la voluntad expositiva de la autora, que no olvida tampoco la rica variedad substantiva existente en los distintos Derechos españoles. Todo ello hace que, aparte del valor académico, la monografía pueda ser utilizada a nivel práctico para cotejar los distintos regímenes y valorar la oportunidad de su aplicación en un contexto, el del Reglamento 650/2012, en el que la autonomía de la voluntad ha sido ya plenamente acogida.

3. Ciertamente no estamos ante un tratado de Derecho privado. No es este el objeto de la obra sino la ley aplicable a los pactos sucesorios, pero como se dijo la autora parte en el capítulo primero de un análisis material en el que no solo no olvida los fundamentos constitucionales del Derecho de sucesiones ni el Derecho comparado sino que nos lleva a los orígenes y raíz de la institución. En un exhaustivo examen el capítulo efectúa un repaso en profundidad de la institución hasta llevarnos al momento de efervescencia actual en el que de algún modo la figura se ha introducido en el Derecho francés e italiano, en el que ha habido importantes reformas en algunos Derechos españoles que conocen secularmente la institución, en el que la UE ha tomado partido por los pactos sucesorios auspiciando su introducción material en los Derechos de sucesiones de los Estados miembros y en el que, por fin, se ha adoptado el Reglamento 650/2012. Con todo, un aspecto que creo relevante subrayar es que el análisis material que se lleva a cabo supera el marco estrictamente normativo. En efecto, aun con el despliegue expositivo para mostrar la heterogeneidad de sistemas de pactos sucesorios en Derecho comparado, lo que a la autora le preocupa es poner de manifiesto los intereses materiales que subyacen en la institución. Esta aproximación, que está presente en este primer capítulo, se mantiene a lo largo de todos los capítulos permitiendo sacar partido al análisis conflictual que posteriormente se realiza.

4. El capítulo segundo bebe del anterior y demuestra la interrelación entre principios materiales y Derecho internacional privado. En un examen comparado de los distintos modelos positivos la autora valora las aproximaciones conflictuales a la figura, que van desde la calificación contractual a la calificación sucesoria y, en ésta, desde la calificación sucesoria y singularizada de los pactos sucesorios a aquélla en la que no hay un tratamiento diferenciado de los pactos sucesorios. Es sumamente significativo comprobar cómo el desconocimiento o el conocimiento de los pactos sucesorios en un determinado ordenamiento condiciona la respuesta normativa en el ámbito del Derecho internacional privado. Existe una interesante correlación entre uno y otro ámbito. El capítulo culmina de forma brillante con un “Balance de los sistemas de regulación de la ley aplicable a los pactos sucesorios en términos de intereses” en el que se ponderan los intereses, contractuales y sucesorios, existentes en los pactos sucesorios para considerar los puntos de conexión que mejor funcionan para determinar la ley aplicable a los pactos sucesorios. Se constata pues un cierre del círculo que, al mismo tiempo, nos lleva al tercer capítulo en el que entra en juego la autonomía de la voluntad.

5. La tensión existente entre los rasgos contractuales y los sucesorios alcanza su punto culminante en el capítulo tercero donde se constatan los conflictos de intereses que subyacen en la ley que rige la sucesión y la que rige el pacto sucesorio. Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad está presente en la determinación de la ley sucesoria por medio de la autora incide en la diferencia que debe efectuarse con respecto a los pactos *de lege utenda* debido al carácter unilateral de la *professio iuris*, con las consecuencias que ello comporta. Ello obliga a un tratamiento específico y autónomo de la elección de la ley aplicable a los pactos sucesorios. El lector asiste a un interesante debate en relación a la pugna entre la ley sucesoria y la protección del pacto y de los intervinientes en el mismo. En suma, los conflictos de intereses que se suscitan por la elección de ley aplicable a la sucesión, en la que no resultan ignorados los derechos de terceros ajenos al pacto, y la ley elegida para regir el pacto, en la que están presentes los intereses de los contratantes y la protección de la integridad, coherencia e inteligencia del pacto sucesorio. La eventual afectación que pueda tener para el pacto sucesorio el cambio de la ley sucesoria como consecuencia una *professio iuris* es tratada con sumo cuidado al concluir el capítulo.

6. Las conexiones objetivas merecen un minucioso examen en el que se van desgranando los distintos criterios susceptibles de ser empleados, sea la nacionalidad, el domicilio, la residencia habitual o la ley más estrechamente vinculada, y las distintas opciones que se pueden barajar para potenciar o limitar la validez de los pactos sucesorios. El análisis se efectúa atendiendo a aquellos pactos sucesorios que afectan a una sola sucesión, por una parte, y a aquellos pactos que afectan a más de una sucesión. Es en este capítulo donde la distinción entre la ley aplicable a la admisibilidad, a la validez material y al régimen jurídico encuentra mayor eco. En particular por lo que se refiere a los pactos sucesorios que afectan a más de una sucesión, donde contempla las consecuencias que puede tener el optar por una aplicación distributiva, alternativa o cumulativa de las conexiones que configuran la ley aplicable. Ponderando los intereses subyacentes de los particulares, sean o no intervinientes en el pacto, como del ordenamiento en sí mismo, en la medida en que se incline por una protección mayor o menor de los derechos legítimos.

7. Esta obra constituye una valiosa aportación para la reflexión. Se suministran todos los instrumentos para un acercamiento en profundidad a la realidad de los pactos sucesorios cuya ley rectora debe ser determinada. La preparación de la autora, de la que no es ajena la Universidad y el grupo de investigación pluridisciplinar al que pertenece, redunda pues en una contribución que va a permitir la apertura de un diálogo fecundo que tenga presentes las distintas facetas e intereses existentes en un pacto sucesorio vinculado a distintos ordenamientos. Un diálogo que proviene del compromiso por aportar soluciones, como puedan ser los remedios propuestos con respecto a los pactos sucesorios afectados por una *professio iuris* que incide deliberadamente en su contenido o el alcance de la aplicación de la ley sucesoria sobre la legítima cuando deje sin efecto las previsiones del pacto sucesorio, por citar algunos ejemplos. En definitiva, se trata de una excelente obra que va a ser preciso utilizar con asiduidad por todos aquellos que en el futuro trabajen el ámbito de las sucesiones internacionales y, más en particular, los pactos sucesorios vinculados a varios ordenamientos. Albert FONT I SEGURA*.

RUÍZ SUTIL, C.: “Las relaciones sucesorias iberoamericanas a la luz de las soluciones conflictuales del reglamento europeo (650/2012)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 29, 2015, 32 pp.

SILLERO CROVETTO, B.: “Las sucesiones de extranjeros fallecidos en España a partir del Reglamento (UE) 650/2012”, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 36, 2015, pp. 351–374.

TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J.A.: “El Reglamento Europeo sobre sucesiones y testamentos breves reflexiones (y algunas digresiones) desde una perspectiva española”, *Revista Jurídica de Asturias*, nº 37, 2014, pp. 97–127.

XIOL RÍOS, J.A.: “La aplicación judicial del Derecho extranjero y el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en el marco del Reglamento sobre sucesiones”, *El nuevo marco de las sucesiones en la Unión Europea* (I.A. Calvo Vidal, coord.), Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, pp. 151–179.

YBARRA BORES, A.: “La sucesión mortis causa de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 1, 2015, pp. 226–254.

TÍTULOS VALORES

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S.: “Oferta de valores negociables en el marco de una venta ejecutiva y obligación de publicar folleto (Comentario a la STJUE, Sala Segunda, de 17 septiembre 2014,

* Profesor titular de DIPr. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.

asunto C-441/12, *Almer Beheer BV, Daedalus Holding BV y Van den Dungen Vastgoed BV, Oosterhout II BVBA*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 51-56.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, S.: *El folleto en las ofertas públicas de venta de valores negociables (OPV) y responsabilidad civil ley aplicable*, Madrid, *La Ley*, 2015, ISBN: 78-84-9020-4184.

Una sociedad española, con valores admitidos a negociación en los mercados españoles y de otros Estados miembros, atraviesa dificultades económicas y decide lanzar una oferta pública de venta de valores negociables (OPV) en esos países para obtener financiación. Para ello, elabora el preceptivo folleto informativo de forma previa al lanzamiento de la oferta, lo somete a aprobación por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y lo publica. La sociedad emisora, consciente de las dificultades que tendrá para captar ahorro de saberse las dificultades que atraviesa, falsea en el folleto la imagen sobre su situación financiera. Se lanza la oferta en aquellos países e inversores tanto españoles como de terceros países adquieren los valores sobre la base de ese folleto engañoso. Pasado un tiempo, se sabe de la verdadera situación de la sociedad emisora y el precio de cotización de los valores se hunde. Como consecuencia de ello, los inversores padecen un daño patrimonial. Estos solicitan la indemnización de los daños sufridos frente al emisor y a los otros sujetos que participan en la operación.

Este es el supuesto tipo que se estudia en el presente trabajo: aquel en el que surge la responsabilidad civil derivada del folleto en OPV transfronterizas y en el que se plantea cuál es la ley aplicable a esta.

La obra consta de dos partes. En la primera parte se analiza el régimen sustantivo de las OPV desde la perspectiva contractual y del Derecho del mercado de valores. Para ello se presenta una “radiografía” de la operativa de las OPV en la que se individualizan los sujetos participantes y las relaciones entre ellos. A continuación se analiza las OPV desde el punto de vista de la disciplina del mercado de valores, tanto de conformidad con sus normas regulatorias, el denominado régimen del folleto, como de conformidad con las normas jurídico-privadas asociadas a su incumplimiento, en especial la responsabilidad civil derivada del folleto.

La Segunda Parte está dedicada a los problemas de ley aplicable que se plantean en las OPV transfronterizas. Tras definir el modelo normativo en la determinación de la ley aplicable y abordar los problemas de interpretación y calificación que se plantean, se examinan las posibles soluciones a las que se puede llegar en aplicación del Reglamento “Roma II” para la determinación del daño relevante, institucional o puramente financiero, y la localización de este.

TRANSPORTES

BELINTXON MARTÍN, U.: *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Cizur Menor, Thomson – Reuter– Aranzadi, 2015, 360 pp. ISBN 978-84-9098-047-7.

1. La obra recensionado es la tesis doctoral de Unai Belintxon Martín, profesor de Derecho internacional Privado en la Universidad Pública de Navarra. A pesar de la adscripción académica del autor, su monografía no presenta un enfoque internacionalprivatista, al menos conforme a la concepción tradicional de la asignatura, sino multidisciplinar. La razón de esta aproximación caleidoscópica reside en la diversidad normativa del objeto de la investigación: el transporte internacional de mercancías por carretera. Esta actividad está disciplinada por normas de naturaleza mercantil, administrativa, laboral y procesal, tanto de origen internacional y europeo como nacional. A pesar de la complejidad inherente a esta aproximación, que no era frecuente en la doctrina española, el resultado final es excelente.

El libro se divide en dos partes. En la primera el autor examina el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, aprobado en Ginebra el 19 mayo 1956, más conocido como Convenio CMR. Empieza recordando su historia, las competencias de la Unión Europea al respecto y la influencia que ha tenido en los Derechos nacionales de los Estados miembros. A continuación analiza su ámbito de aplicación. Dedicar una atención especial a la posibilidad de privarle de eficacia cuando el acarreo discurre por países fronterizos. Igualmente, destaca la ausencia de una definición

de contrato de transporte en el Convenio CMR, aunque no se pronuncia sobre la posibilidad de aplicar la norma uniforme a la intermediación del transporte.

Después aborda la carta de porte, documento por excelencia del acarreo terrestre de mercancías. Explica que no es un título representativo, a diferencia del conocimiento de embarque, analiza la incidencia que tiene el Reglamento 1702/2009 sobre él, así como las menciones que debe contener. Se detiene en la polémica que existe sobre la necesidad de expedir la carta de porte, analizando con rigor las posiciones existentes en el Italia, Francia y España (pp. 68 ss). Dedicar un epígrafe a las operaciones conexas al transporte, entre las que destaca la carga y la descarga. Recuerda que el Convenio CMR no se pronuncia sobre el particular y acertadamente subraya que la normativa de ordenación y la laboral pueden condicionar el régimen iusprivatista (pp. 99 ss). En cambio, la Ley de Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías de 2009 sí disciplina esta cuestión y también regula la puesta del vehículo a disposición del cargador y las paralizaciones. Igualmente comenta el régimen de responsabilidad del porteador en el Convenio CMR. Empieza recordando su relación con el deber de custodia. Respecto de los hechos ilícitos, centra su atención en el retraso, dedicando menos espacio a la pérdida y a la avería. Examina las diversas causas de exoneración de las que puede valerse el transportista y termina con el régimen de la indemnización por daños y perjuicios.

El último capítulo de la primera parte tiene por objeto los medios de resolución de conflictos que prevé el Convenio CMR. Su art. 31 regula la competencia judicial. El profesor de la Universidad Pública de Navarra pone en relación este precepto con la normativa europea sobre la materia; en particular, con los Reglamentos 1072/2009 y 1215/2012. Destaca sobre todo dos aspectos. El primero es el límite previsto por el primer ap. del art. 31: exige que el foro elegido por las partes pertenezca a un Estado miembro. No se predica el mismo condicionante en los foros objetivos alternativos del apartado segundo. Por otra parte, analiza el debate doctrinal acerca de si el acuerdo atributivo de jurisdicción excluye el recurso a los foros objetivos alternativos (pp. 176 ss.). Acertadamente el autor otorga gran importancia a la jurisprudencia europea en este ámbito. El art. 33 del Convenio CMR regula el arbitraje. El autor analiza esta disposición y la pone en relación con el régimen de las juntas arbitrales de transporte previstas en el Derecho español. Asimismo critica la falta de previsión en los Reglamentos 44/2001 (RB I) y 1215/2012 (RB I bis).

La segunda parte de la monografía tiene por objeto la legislación europea aplicable al transporte internacional de mercancías por carretera. Esencialmente se trata de una normativa de ordenación, que regula el acceso y el ejercicio de la profesión en el mercado. A lo largo de dos capítulos el autor analiza cuatro temas. El primero es la relación entre el Convenio CMR y la regulación comunitaria. Explica la necesidad que ha tenido la Unión Europea de regular el transporte de mercancías por carretera para conseguir sus objetivos y los ámbitos en los que se ha centrado. Destaca cómo esta disciplina afecta a aspectos sustantivos de esta actividad que son también gobernados por el Convenio CMR (pp. 222 ss). Igualmente examina el principio de especialidad que rige la relación entre la normativa uniforme y la europea, así como los límites que le afectan a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia. Considera que la Unión Europea debería profundizar en este sector para crear condiciones de competencia. El segundo centro de atención es la normativa que regula el acceso y el ejercicio de la actividad del operador terrestre. Examina los Reglamentos 1071/2009 y 1072/2009, así como la Directiva 2006/123 relativa a los servicios en el mercado interior. Critica las exigencias que imponen y el seguidismo que ha hecho el legislador español. Esencialmente considera que estas disposiciones fomentan la concentración empresarial en el sector y perjudican a las pequeñas y medianas empresas, que representan la mayor parte de los intereses españoles en el sector. En tercer lugar estudia la disciplina europea sobre la competencia judicial internacional y su impacto en el transporte de mercancías por carretera. Centra su atención en los Reglamentos 593/2008, 1072/2009 y, sobre todo, 1215/2012 glosando su relación con el Convenio CMR. De ahí que vuelva a traer a colación el principio de especialidad y examine su eficacia en la materia de acuerdo con la doctrina de la alta autoridad judicial europea. Así, recuerda que la Unión no está incondicionadamente vinculada por las normas sobre competencia judicial y reconocimiento de sentencias de un convenio internacional como el CMR (p. 292). El último tema investigado es la política estratégica de los Estados miembros y de la Unión Europea en el mercado del transporte nacional e

internacional de mercancías por carretera. Explica que apuestan por la concentración empresarial, lo cual considera un error, y alude a las normas de defensa de la competencia que se aplican en el sector. La monografía termina con las pertinentes y debidas conclusiones.

2. La nota más destacada del libro es la originalidad del planteamiento. El profesor Belintxon huye de los prismas clásicos centrados en un ámbito académico y realiza un análisis transversal del transporte internacional de mercancías por carretera. Así, examina e interpreta la normativa uniforme a la luz del Derecho europeo derivado. Cabe aplaudir la valentía del autor por adherirse a este enfoque moderno y sugerente del objeto de estudio. No obstante, no estaría de más una mayor fundamentación metodológica dado que –conviene no olvidar– los dos ámbitos normativos tiene por objeto relaciones diversas. Mientras que el Convenio CMR se ocupa de una relación entre iguales –las partes del contrato de transporte– las normas de ordenación disciplinan esencialmente la relación de subordinación que vincula a los transportistas con la Administración.

Una consideración similar merece la apuesta por la necesidad de una mayor desregulación y por la autonomía de la voluntad en la materia objeto de estudio. Resulta encomiable la defensa que hace el autor de ambos principios. Con todo, el hecho de que constituyan dos puntos cardinales de la obra parecería exigir un mayor esfuerzo de fundamentación.

Otra de las notas que caracteriza la monografía es el rigor y exhaustividad. Merece destacarse un adecuado manejo de la jurisprudencia, tanto nacional como europea, que otorga a la obra valor práctico. Igualmente, la bibliografía resulta también acertada, habiendo manejado el autor las fuentes nacionales y comparadas más destacadas. No obstante, se echa de menos alguna obra, como los dos tomos dirigidos por el profesor Pablo Menéndez titulados *Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril* y publicados por Thomson Reuter Aranzadi en 2014. Probablemente razones cronológicas expliquen la omisión.

En resumen, se trata de una monografía totalmente recomendable en la que destacan la originalidad del planteamiento, el rigor y la seriedad del análisis así como la agilidad de la lectura. Carlos GÓRRIZ LÓPEZ*.

BELINTXON MARTIN, U.: “Jurisdicción / arbitraje en el transporte de mercancías por carretera: ¿comunitarización frente a internacionalización?”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 3, 2014, pp. 707–743.

NAVARRO JIMÉNEZ, S. y ALTABLE GAVILÁN, C.: “Precauciones en un transporte multimodal entre la UE y los EE.UU.”, *Diario La Ley*, nº 8467, 2015.

* Profesor titular de Derecho mercantil. Universidad Autónoma de Barcelona.

BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

BERGÉ, J.S., FRANQ, S. Y GARDEÑES SANTIAGO, M. (eds.): *Boundaries of European Private International Law– Les frontières du droit international privé européen– Las fronteras del Derecho internacional privado europeo*, Bruselas, Bruylant, 2015, 718 pp. ISBN 978–2–8027–4697–3.

La obra objeto de reseña recoge los resultados de un programa de investigación, financiado por la UE, obtenido por el Centre de recherche sur le droit international privé (CREDIP) y la Red universitaria europea “Derecho del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, y llevado a buen fin en estrecha colaboración con las Universidades Autónoma de Barcelona y Católica de Lovaina. En ella se recogen las contribuciones (nada menos que 35) de dos seminarios organizados en Barcelona y en Lovaina en marzo y junio de 2014, respectivamente. Rica en contenidos, plural en perspectivas, la obra es punto de encuentro entre autores con una trayectoria académica asentada y jóvenes investigadores. La reunión se produce en torno a lo que J.S. Bergé llama en la Introducción general “Preguntas abiertas en torno a las fronteras del Derecho internacional privado europeo”; las cuestiones, que sin pretensión de exhaustividad alcanzan ya la cifra de 17, se reproducen en la Introducción misma, y desde ella interpelan al lector para que él mismo reflexione.

El material acumulado en el libro se reparte en dos grandes bloques, a su vez subdivididos en dos títulos atendiendo a la veteranía del autor: el título primero en cada parte se reserva a los mayores; el segundo, a los más jóvenes.

El primero de los bloques analiza la articulación del Derecho internacional privado europeo con el Derecho nacional (sustantivo y procesal), y con el Derecho internacional privado aplicable en relación con terceros Estados. Aborda, por tanto, las fronteras “externas” de aquel cuerpo normativo, y las pautas que rigen su convivencia, ineludible, con estos otros instrumentos y marcos jurídicos; unas pautas y fronteras que deciden, por lo que a la parte europea respecta, tanto el legislador como el Tribunal de Justicia. Su colaboración produce delimitaciones de contornos a veces claros, a veces difusos; en todo caso, según la experiencia de estos últimos años, inestables. Concluye M. Gardeñes, en la Introducción a esta primera parte de la obra, que “el Derecho internacional privado europeo se halla en pleno proceso de construcción”, y que al construirse va sentando sus fronteras, en un proceso dinámico que obliga a mantenerse alerta y volver a identificarlas cada poco.

El segundo bloque se ocupa de la relación entre los diversos textos que integran el Derecho internacional privado europeo, y entre ellos y otros textos europeos. Se trata aquí de las fronteras “internas”, que separan los reglamentos vigentes entre sí y organizan sus relaciones recíprocas; y de las que existen entre el Derecho primario y derivado del mercado interior, por una parte, y el Derecho internacional privado, por otra. Se ponen de manifiesto de nuevo problemas de delimitación, y de falta de relación armoniosa entre los diversos instrumentos: lo que S. Franq, que abre este bloque, sugerentemente llama trabajos de “carácter cartográfico” (para identificar las fronteras) y de “ingeniería” (para idear puentes y calzadas).

Organizadas en los dos bloques aludidos, cada uno con su Introducción explicativa, las contribuciones a los seminarios de Barcelona y Lovaina presentan al lector un conjunto en la que la heterogeneidad del contenido no implica la ausencia de un hilo conductor. Por el contrario, lo que encontramos es una (considerable) muestra representativa de las dificultades y problemas ligados a la multiplicidad de sistemas de Derecho internacional privado, más o menos completos, coexistentes en un tiempo y un espacio; y un análisis científico riguroso de concretos aspectos seleccionados. En relación con este último punto, y ante la imposibilidad de reseñar uno a uno los capítulos singulares en que se abordan tales aspectos, nos limitaremos a subrayar la oportunidad en la elección de los temas. No parece causal que a la hora de examinar la relación entre el Derecho internacional privado europeo y los ordenamientos nacionales se

preste atención especial al reglamento nº 650/2012 y los sistemas plurilegislativos (A. Font); o que varios de los capítulos se aborden desde la perspectiva del Reino Unido (V. Tió, J. Holliday) o de la tradición del *common law* (N. Kyriakides, C. Pellegrini). Tampoco, que al tratar de las fronteras con el mundo exterior (lo que no es la UE) China sea uno de los países considerados (H. Zhang), o reaparezca la cuestión de la discriminación de los demandados de terceros Estados en el marco de las relaciones de familia (C. Camara). Lo mismo cabe decir, en el ap. de las relaciones de los instrumentos de Derecho internacional privado europeo entre sí y con el Derecho europeo, del tratamiento de la insolvencia transfronteriza (F. Bellil); del acuerdo unificado de patentes (M.A. Gandía Sellens); o del abordaje de los vacíos normativos (aspectos no regulados por el legislador europeo que, inasequible al desaliento, crea procedimientos armonizados como alternativa a los nacionales, pero se queda a medio camino en su diseño: E. De Duve/K. Raffelsiepper). Cada uno de estos tópicos, como el resto, tiene una justificación propia: en lo reciente y novedoso del instrumento de Derecho internacional privado estudiado (es el caso del reglamento de sucesiones y del reglamento Bruselas I bis), o en el dato de que el mismo se encuentre a las puertas de una revisión (como ocurre con el reglamento de insolvencia – ahora ya modificado –, o el Reglamento Bruselas II bis); en la posición particular del ordenamiento nacional elegido en el seno de la UE (el Reino Unido), o del país seleccionado, por los intereses económicos que despierta (China); en el planteamiento reciente de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia por parte de un juez local que no acaba de encontrar en el texto europeo la respuesta para un elevado número de supuestos ante él, pero que tampoco la halla en el Derecho del foro (es lo que ha sucedido en relación con el reglamento nº 1896/2006: *vid.* los as. C–119/13 y 120/13).

Más allá del valor de cada capítulo individual la obra merece una calificación en conjunto, como sigue: acertada por el objeto de estudio, y oportuna por el momento en que lo aborda; equilibrada en su volumen (extensa, sí, pero desde la conciencia de que queda mucho por decir); seria por sus desarrollos; fresca por el entusiasmo con que los autores (los jóvenes, que son la mayoría, pero también los de carrera académica reconocida) afrontan cada uno de los temas con que concurrieron a los seminarios de Barcelona y Lovaina; y loable por haber sabido conjugar el potencial de instituciones e investigadores de distinta formación y nacionalidades. Finalmente, hay algo que este libro no es: no es cerrado. Por el contrario, desde el comienzo anuncia su vocación de llegar al lector para provocar su reflexión y comentario; y lo recuerda en otros momentos del texto. Pero esto no es, desde luego, un defecto de esta obra: antes bien, ahí se encuentra una de sus mayores virtudes. Marta REQUEJO ISIDRO*.

GUINCHARD, E. (dir.): *Le nouveau Règlement Bruxelles I bis*, Bruselas, Bruylant, 2014, 560 pp. ISBN 978–2–8027–4232–6.

La obra dirigida por Emmanuel Guinchard recoge un conjunto de contribuciones a las modificaciones introducidas por el Reglamento “Bruselas I bis”, que se enriquece, como señala el propio director, de la formación diversa y “sensibilidad europea variable” de sus autores, compuesto por un plantel efectivamente variado desde el punto de vista geográfico y académico. Se trata de una fórmula muy interesante, que es asimismo perceptible, por ejemplo, en la crónica de jurisprudencia de Derecho internacional privado que dirige Louis D’Avout para el *Annuaire de droit de l’Union Européenne*.

Las contribuciones se dividen, de forma original, en perspectivas y prospectivas. En el ap. de “perspectivas” se contiene un análisis sistemático y crítico de las aportaciones del nuevo texto en materias como el arbitraje (S. Ménetrey y J.–B. Racine), donde no faltan las necesarias propuestas de clarificación; el nuevo *forum rei sitae* en materia de acciones de restitución de bienes culturales (M.–C. Lambert–Autrand); las cláusulas de elección de fuero, cuya apreciación no olvida el efecto reflejo, su refuerzo a través de las reglas de la litispendencia y su interacción con el Convenio de La Haya de 2005; el afinamiento de las reglas de conexidad y litispendencia (V. Egea); las modificaciones sobre competencia judicial y reconocimiento de medidas cautelares (J. F. Drooghenbroeck y C. De Boe).

* Senior Research Fellow. Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

Mención especial merece el tratamiento el ámbito de aplicación del Reglamento, analizado en un denso estudio de P. Franzina, que gráficamente califica el sistema resultante como de “universalidad parcial”. La polémica cuestión de la universalización del Reglamento encuentra en esta aportación claves muy interesantes, particularmente a partir de la opción entre una alternativa unilateral de extensión, o más bien interactiva (en consonancia con otros textos internacionales), donde no falta una refrescante referencia crítica a las bases legales de las competencias europeas, a menudo olvidadas por el integrismo académico europeísta.

F. Gascón Inchausti representa, finalmente, la contribución española al crucial tema del reconocimiento y ejecución de decisiones, perfectamente diseccionado, y que justifica una conclusión final sintetizada en el adagio “mucho ruido y pocas nueces”. Esta visión general se complementa con los análisis de la eficacia transfronteriza de las *astreintes* u órdenes conminatorias (G. Payan) y los documentos públicos (C. Nourissat). En esta última contribución, la conclusión acerca de que nada ha cambiado sobre el reconocimiento de los documentos públicos extranjeros es discutible. Si es así respecto de las condiciones, no está tan claro que las modificaciones sobre el reconocimiento no hayan afectado subrepticamente al procedimiento de reconocimiento, al menos registral, de estos documentos públicos, eliminando el control por parte de las autoridades no judiciales.

El ap. de prospectivas complementa el estudio con un análisis de las consecuencias exógenas del Reglamento Bruselas I bis. Así, se aborda su impacto en otros reglamentos, como los relativos al título ejecutivo europeo, el proceso monitorio o de escasa cuantía (A. Berthe), o en convenios internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (J. S. Bergé). También se analiza su valor ejemplificativo de cara a una reforma del Reglamento Bruselas II bis (M. Duchy-Oudot), del Reglamento sobre insolvencia (F. Melin) o del Convenio de Lugano (S. Giroud, N. Meier y R. Rodríguez).

También se aborda desde este ángulo prospectivo las propuestas de lege ferenda, que podrían ser infinitas. En este capítulo de ocasiones pérdidas, no falta el estudio crítico sobre el foro especial en materia de obligaciones contractuales (F. Cornette). Otras contribuciones, como la relativa a las anti-suit injunctions (A. Fiorini) o la teoría del abuso de derecho (L. Usinier) tal vez hubieran tenido mejor cabida en el ap. de “perspectivas”.

Debe destacarse, en general, tanto la calidad de los estudios como la concepción general de la obra. No se trata de una exposición sistemática de novedades legislativas, sino una aproximación crítica de indudable valor científico, presente en la síntesis conclusiva de E. Guinchard, que nos advierte no solo de las renovaciones aportadas en el nuevo texto, sino también de los factores que permiten calificarlo como un texto superado en muchos aspectos. A destacar una advertencia nada baladí: el Reglamento, como los demás textos en materia procesal, no parece percatarse de los retos que se anuncian en la deslocalización geográfica del proceso a través de las nuevas tecnologías. Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO*.

MITSDÖRFFER, S. *Sicherungsrechte an Schutzrechten*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, XIX + 278 pp. ISBN-13: 978-3161531125.

Gran parte del valor de las empresas se encuentra en la propiedad industrial e intelectual de las mismas, especialmente en la industria de la música, cinematográfica y del ámbito de las nuevas tecnologías. Debido a las necesidades de financiación de éstas para acometer nuevos proyectos, una de las posibilidades de obtener mejores condiciones en los créditos bancarios se realiza haciendo aflorar su propiedad industrial e intelectual como garantías en las operaciones de créditos. El interés del estudio se vincula con el progresivo desarrollo de los grupos de trabajo internacionales, concretamente el Grupo de Trabajo VI de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), que ha elaborado hasta la fecha la Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas (2007) y un Suplemento de esta guía sobre las operaciones garantizadas

* Catedrático de DIPr. Universidad de Granada.

referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual (2010). Sven Mitsdörffer lleva a cabo en este libro un completo y riguroso estudio del régimen de las garantías reales en materia de propiedad industrial e intelectual en el Derecho alemán, comparando sus disposiciones con la Guía Legislativa de la CNUDMI relevantes para las operaciones de crédito garantizado con activos inmateriales.

La trascendencia de la Guía y el Suplemento explica que el autor la tome como referencia incluso para delimitar el objeto de su trabajo, pues opta por concretar los términos de los “derechos de propiedad intelectual” incluyendo los derechos de propiedad industrial, y de las “garantías reales” definidas como derechos de propiedad sobre bienes muebles que se constituyen mediante un acuerdo y que garanticen el pago u otro tipo de cumplimiento de una obligación.

En la breve presentación del comienzo, el autor resalta que garantizar préstamos con propiedad industrial e intelectual no ha sido común en la década anterior y especula sobre diversos motivos que puedan explicar este hecho. Entre ellos, cabe destacar las singulares características de estos derechos y la dificultad añadida de precisar el valor real de los mismos.

Formalmente el libro se divide en 14 Capítulos. El primero lo dedica a los motivos de fondo y objetivos de la Guía y el Suplemento de CNUDMI, pero es especialmente en el segundo capítulo donde el autor trata la estructura básica de los instrumentos de garantía, de forma uniforme en todas sus fases, desde la constitución de la garantía hasta la ejecución de la misma, haciendo una valoración muy interesante sobre las reglas examinadas. Posteriormente en el tercer capítulo el autor esclarece la naturaleza jurídica de los derechos exclusivos y los no exclusivos, cuyos efectos reales y contractuales han hecho correr ríos de tinta, ya desde el siglo XIX por parte de la doctrina.

En el capítulo cuarto discute la situación general de los posibles derechos gravables, dentro de los mismos divide el capítulo en tres partes: los derechos de propiedad intelectual e industrial, los derechos de uso, licencias y sublicencias y por último, los derechos de remuneración tanto legales como contractuales. El capítulo quinto versa sobre la cuestión de la determinación y la accesoriedad de la garantía cuando ésta se constituye. Especialmente en Derecho alemán, distingue entre el derecho de prenda y la cesión de una propiedad a título de garantía, ya que ésta última no es accesorio de la operación principal. El autor se pregunta si es necesario mantener esa diferencia o si sería mejor uniformizar los derechos de garantía. Se muestra bastante crítico con el hecho de que una cesión a título de garantía no sea estrictamente accesorio, puesto que entonces carecerían de sentido algunas otras reglas, tales como expresar un importe máximo garantizado. Además, merece especial atención determinar qué ocurre en el supuesto en que no existe un acuerdo contractual entre las partes relativo al alcance de los derechos que incluya la garantía, de tal forma que habrá que analizar por un lado, la situación en particular de los derechos que el otorgante o propietario concede a los licenciarios posteriores y por otro lado, si estos derechos se extienden también a los frutos de la garantía. Resulta importante la legitimidad del otorgante o propietario para disponer de los derechos de la garantía una vez realizada la operación de garantía; ya que ésta puede ser diversa en función del tipo de instrumento que garantice la operación.

De especial relevancia resulta el capítulo sexto dedicado al papel de la publicidad de la garantía. La idea principal de la Guía de CNUDMI es que la inscripción puede forjarse como uno de los requisitos para la oponibilidad a terceros, pero no constituye un requisito para la constitución de la garantía. El autor lleva a cabo un tratamiento minucioso de las particularidades sobre los distintos tipos de registro: en primer lugar, el registro general de garantías y en segundo lugar, los registros especiales de derechos de propiedad intelectual. Mitsdörffer critica que la Guía no recomiende de manera clara un tipo u otro de registro, cuando los efectos pueden resultar diferentes. A su vez, se produce un importante punto de divergencia con el Derecho alemán; ya que la inscripción en los registros especiales de las transferencias de garantía es meramente declaratoria, a diferencia de los efectos constitutivos del registro que pretende la Guía. Igualmente, entra en juego el análisis de los instrumentos comunitarios, especialmente los Reglamentos de la marca comunitaria y del diseño comunitario con el fin de comparar los efectos que tiene la inscripción en el registro de las garan-

tías sobre los derechos de propiedad intelectual. Según el autor, el Derecho de marcas comunitarias podría ser un modelo en cuanto a las normas con efectos registrales para el Derecho alemán.

La cuestión principal que aborda el capítulo séptimo se relaciona con los derechos y obligaciones de las partes de la operación garantizada en cuanto a los propios bienes de la garantía, es decir, la propiedad industrial o intelectual gravada. La presentación del tema se divide en tres partes: en primer lugar las recomendaciones de la Guía de CNUDMI, después trata específicamente el Derecho alemán respecto al derecho de aprovechamiento, el mantenimiento de la garantía y finalmente el autor concluye que en caso de existir reglas para las transferencias de garantías sobre los derechos y obligaciones de las partes, éstas deben ser dispositivas. El autor estudia si el otorgante o propietario tras la constitución del préstamo con garantía real puede volver a utilizar o volver a vender o licenciar los bienes garantizados y si el otorgante o propietario tiene la obligación de mantener los bienes garantizados a través de su defensa, en caso de infracción de tales derechos o también se le puede exigir el pago de las tasas de registro y, finalmente, en caso necesario si el acreedor garantizado debe intervenir ante el riesgo de los bienes garantizados.

A continuación, en el capítulo octavo el autor explica cuál es el destino de los derechos de garantía una vez que se han producido transferencias y/o licencias posteriores de los bienes garantizados. Analiza en especial las condiciones para que una licencia no exclusiva pueda adquirirse libre de cargas en virtud de la Guía CNUDMI. Vuelve a ser clave la comparativa con los instrumentos alemanes de garantía, ya que tras un derecho de prenda, el pignorante puede transferir u otorgar derechos de explotación una vez que ha realizado la operación de garantía; sin embargo, con la cesión a título de garantía el otorgante una vez que ha transmitido el bien en garantía, ya no puede volver a disponer de él. Este capítulo al igual que el resto del libro posee la misma estructura formal, comienza explicando la recomendación procedente de la Guía, después se centra en las normas homólogas del derecho alemán y finalmente propone una regla que declare que cuando transfieres una propiedad gravada con una prenda, estos derechos de prenda se mantienen con la transferencia, incluso si se trata de una licencia exclusiva. En este caso reflexiona sobre los requisitos necesarios para una adquisición libre de cargas y en torno al concepto del “curso ordinario de los negocios del licenciante”. El siguiente capítulo se refiere a las consecuencias que tiene una perturbación, ya sea inicial o posterior, en la cadena de derechos. Para ello el autor estudia qué efectos tiene la terminación prematura de un contrato de licencia por causa de la propia licencia o por causa de un contrato de sublicencia.

El capítulo décimo trata sobre el caso especial de los derechos de garantía en la insolvencia, ya que éstos forman parte del conjunto de bienes del deudor y por tanto, constituyen parte del estado de la masa en situación de concurso de acreedores según las recomendaciones de CNUDMI. En estos casos la decisión del administrador concursal para que continúe cumpliéndose un contrato, porque resulta beneficioso para la masa, será determinante en la subyacente cadena de acuerdos de licencia y de sublicencia. La insolvencia de una de las partes en dichos acuerdos tendría consecuencias para las partes en otros acuerdos de esa misma cadena y en sus acreedores garantizados. Las correspondientes referencias a la Guía Legislativa de la Insolvencia de CNUDMI son tenidas en cuenta para un enfoque coherente con los distintos instrumentos propuestos por el mismo organismo. En esta parte, son llamativas las críticas a la regulación alemana de insolvencia. Éstas carecen de reglas que se apliquen a la situación de insolvencia de los licenciarios, por tanto, concluye el autor con la necesidad de reforma de las mismas.

Posteriormente, los capítulos undécimo y duodécimo se dedican a aclarar el orden de prelación cuando concurren más de un derecho de garantía sobre los mismos bienes. El autor remarca los vacíos legales que la propia Guía deja sin resolver, tales como qué orden de prelación regirá las garantías reales constituidas por distintos otorgantes sobre los mismos bienes gravados. En este apartado, también se incluyen las reflexiones sobre las situaciones de los derechos futuros que son dados en garantía. En caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, tendrá lugar la ejecución de la garantía, cuyos aspectos más relevantes son explicados en el capítulo decimotercero.

El autor finaliza con el complejo tema del conflicto de leyes o la determinación del derecho aplicable a las operaciones de garantía. Parte de la división entre los aspectos contractuales trayendo a colación el Reglamento Roma I y los aspectos reales de las operaciones de garantía. Realiza un análisis a fondo de la recomendación de la Guía CNUDMI, intentando vislumbrar en cuál de las clásicas teorías alemanas se apoya. Analiza para este fin la teoría de la unidad (“*Einheitstheorie*”) y la de la división (“*Spaltungstheorie*”) de los aspectos contractuales y dispositivos de los contratos que tratan sobre propiedad industrial e intelectual. No sólo estudia las teorías sino que las aplica a las normas de conflicto que propone el grupo CLIP. Y considerando positivamente las propuestas del Grupo CLIP, las utiliza como una base sólida para forjar su propuesta normativa a introducir en la *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*.

Por estas razones, podemos afirmar que el presente estudio no sólo trata un tema complejo, como es el tema de las garantías, sino que además lo hace de forma completa, tratando todos los aspectos importantes relacionados con la materia y así mismo, creativa, porque se atreve a elaborar sus propias recomendaciones tanto de normas de conflicto como de derecho material en los respectivos casos.

En conclusión, la monografía de Sven Mitsdörffer constituye una aportación fundamental tanto en el ámbito del DIPr de la propiedad industrial e intelectual, como en el de la posible armonización del Derecho de garantías, que en los últimos años ha sido impulsada por organismos internacionales como CNUDMI en aras al fomento del comercio internacional. Briseida S. JIMÉNEZ GÓMEZ *.

* Investigadora. Departamento de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

Este Tomo del Anuario Español
de Derecho internacional
Privado se terminó de
imprimir el día 19 de
septiembre de
2015