



# NUEVOS ESCENARIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA CONTRATACIÓN

*Dirección*

**PILAR JIMÉNEZ BLANCO**  
**Y**  
**ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ**



**tirant  
lo blanch**

homenajes  
& congresos



Universidad de Oviedo  
*Universidá d'Uviéu*  
*University of Oviedo*



**FIQYT**  
FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO EN ASTURIAS  
DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA APLICADA  
Y LA TECNOLOGÍA





**NUEVOS ESCENARIOS DEL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO DE LA  
CONTRATACIÓN**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**

*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**

*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**

*Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**

*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**

*Catedrática de Derecho Constitucional e Internacional en la Universidad de Colonia (Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia.*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# **NUEVOS ESCENARIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA CONTRATACIÓN**

PILAR JIMÉNEZ BLANCO y ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ  
*DIRECTORES*

MINECO DER2017-86017  
EURODERUNIOVI (IDI/2018/000187)

**tirant lo blanch**

Valencia, 2021

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© PILAR JIMÉNEZ BLANCO y  
ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ  
*DIRECTORES*

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com) [www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1378-713-8

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

# ÍNDICE

PRÓLOGO.....	11
--------------	----

## EL ESCENARIO GENERAL: 40 AÑOS DEL CONVENIO DE ROMA DE 1980

### PONENCIA

Los Reglamentos de la UE 593/2008 (Roma I) y 1215/12 (Bruselas I-bis) y el día a día de la práctica jurisdiccional.....	17
<i>Miguel-Álvaro Artola Fernández</i>	

### COMUNICACIONES

Armonización y autorregulación en los contratos internacionales de transferencia de tecnología.....	52
<i>Guillermo Palao Moreno</i>	

La inaplicación del Reglamento Roma I para la determinación de la ley aplicable a los contratos de transporte de cabotaje en la UE.....	92
<i>Unai Belintxon Martin</i>	

Los puntos de fricción entre el concurso de acreedores y la cláusula arbitral internacional (a propósito de la sentencia del juzgado de lo mercantil de Santander de 30 de septiembre de 2019).....	123
<i>María Dolores Martínez Melón</i>	

## EL ESCENARIO GEOGRÁFICO Y GEOPOLÍTICO

### PONENCIAS

La ley aplicable a las obligaciones contractuales tras Brexit .....151  
*Manuel Penadés Fons*

La “puerta trasera” de la Ley Helms-Burton. ¿Es posible  
demandar en España a particulares por los daños  
derivados de la nacionalización de bienes en Cuba?.....182  
*Iván Heredia Cervantes*

Pluralidad normativa en materia de obligaciones  
contractuales: el sistema de Derecho interregional a prueba.....235  
*Albert Font i Segura*

### COMUNICACIONES

El alcance de las normas imperativas internacionales en  
el Reglamento Roma I: una visión desde su efecto en la  
contratación laboral.....294  
*Carmen Parra Rodríguez*

Efectos colaterales de la ley Helms-Burton en España.  
reflexiones en torno al asunto Central Santa Lucía contra  
Meliá Hoteles.....338  
*Aurora Hernández Rodríguez*



# EL ESCENARIO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LOS MODELOS LOW COST

## PONENCIAS

Plataformas digitales y actividades transfronterizas .....379

*Pedro Alberto De Miguel Asensio*

La economía colaborativa y las nuevas iniciativas europeas en el ámbito de la contratación a través de plataformas digitales de intermediación: la transformación del modelo de protección internacional de la parte débil .....412

*Fernando Esteban de la Rosa*

Transporte aéreo *low cost* y protección de los trabajadores: ¿el Derecho internacional privado come herramienta de política social?.....458

*Caterina Fratea*

## COMUNICACIONES

Normas imperativas españolas en los contratos internacionales de alojamiento de vivienda de uso turístico en la economía “colaborativa” de plataformas digitales.....498

*Maria Font-Mas*

El regimen de ley aplicable a los trabajadores desplazados con carácter temporal tras la Directiva 2018/957/CE.....529

*Nerea Magallón Elósegui*

## EL ESCENARIO DIGITAL

### PONENCIAS

- Soluciones jurídicas ante los retos de la innovación: los  
*Smart Contracts* y el Derecho internacional privado.....557  
*Alfonso Ortega Giménez*
- Registros de la propiedad y cadenas de bloques.....587  
*Fernando P. Méndez González*

### COMUNICACIONES

- Derecho aplicable al contrato de suministro de  
contenidos y servicios digitales.....652  
*Irati Basoredo-Otzerinjauregi*
- Los Smart Contracts y la tecnología *blockchain* en el  
ámbito del Derecho internacional privado.....683  
*Josep Gunnar Horrach Armo*

# PRÓLOGO

Organizar un Seminario de Derecho internacional privado, el V de la serie de Seminarios de actualidad de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), y que en el medio sobrevenga una pandemia, ha sido sin duda algo tan extraordinario como imprevisible. La fecha inicial señalada para poder celebrar el evento de manera presencial, el 19 de junio de 2020, tenía un fuerte carácter simbólico: el cuarenta aniversario de la firma del Convenio de Roma 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Las circunstancias sanitarias impidieron la fecha y también el formato, que finalmente se desarrolló de manera virtual el 24 de septiembre. Ha sido la primera actividad de la Asociación tras el estado de alarma, con un mensaje optimista de que la academia no se detiene, sino que se adapta a la nueva realidad. Estos cambios no alteraron la esencia del programa, que se mantuvo en sus términos gracias a la disponibilidad y generosidad de los ponentes invitados y de los comunicantes. Fruto de aquel programa, y del alto nivel del Seminario, son las contribuciones que aquí se presentan, que incorporan estudios e ideas de enorme calado sobre cuestiones muy variadas, unas de carácter más general y otras sobre problemas más concretos.

La selección de la contratación internacional como eje temático tenía que ver con el citado aniversario de nuestro Convenio de Roma, pero no solo con ello. Es un momento propicio para hacer balance de un instrumento que, aunque haya cambiado de forma y de base jurídica, sigue respondiendo en esencia a una sólida estructura fijada hace cuatro décadas. Responde a un modelo de normativa desgraciadamente desaparecido: normas pensadas, sistematizadas y fundamentadas. Normas que, además, contaban

con aquellos informes de insustituible valor, como ha sido el de M. Giuliano y P. Lagarde, como instrumento hermenéutico esencial para el análisis de cada disposición.

En todo balance no solo se trata de realizar una mirada retrospectiva hacia lo que se ha hecho, sino también a lo que está por venir. De ahí la confluencia transversal de escenarios que permitan, con cierta unidad de criterio, integrar contenidos sobre diversas cuestiones presentes y futuras en el sector de la contratación transfronteriza. Desde una perspectiva general, la visión de la práctica española manifiesta, por una parte, la progresiva sensibilización judicial hacia los instrumentos europeos de Derecho internacional privado. Por otra parte, también muestra el “vértigo judicial” hacia reglas de textura abierta y amplios márgenes de discrecionalidad, como es la regla de los vínculos estrechos como criterio objetivo rector en la contratación internacional.

Después de ese escenario general, viene el escenario geográfico y geopolítico, que evidencia problemas actuales en los diversos espacios: el europeo y el Brexit; el transoceánico y las leyes de policía; y el interregional y la pluralidad normativa. Los dos primeros no son sino una lucha de egos estatales. En el Brexit, el irremediable protagonismo del Reino Unido, que ni antes estaba tan “dentro” de la UE ni ahora quizá se quede tan “fuera”. Los beneficios económicos y jurídicos asociados al Derecho inglés (y a sus tribunales) son demasiados elevados como para perderlos de un plumazo. En la Ley Helms-Burton y el papel de EEUU, encontramos el exponente de la utilización del Derecho internacional privado como norma de retorsión, con vocación de aplicación extraterritorial, pero también con respuestas europeas de defensa y antibloqueo. En el espacio interregional, el progresivo desarrollo del Derecho patrimonial

—señaladamente la Ley catalana 3/2017— avalada por la STC de 132/2019, ofrece un terreno casi inédito hasta la fecha para un nuevo sector de problemas en la determinación de la ley de la unidad territorial aplicable a los contratos. Pero las dificultades no solo se presentan en la denominada “dimensión interna”; también surgen en relación con las situaciones transfronterizas en las que exista una remisión a la ley española. La denominada “solución directa” en la que cada unidad territorial se considera un país deja de ser efectiva si estamos ante una cláusula genérica de elección del “Derecho español”. Roma I no lo resuelve todo y quizá, de manera sorprendente, haya que revitalizar el viejo y denostado art. 10.5 C.c.

El escenario de la economía colaborativa y los modelos *low cost* constituyen uno de los campos donde debe mostrarse la resiliencia o capacidad de adaptación de Roma I—y de las normas correspondientes de Bruselas I— a estas nuevas realidades, en particular, su impacto en el consumo internacional y en el trabajo transfronterizo. Los alquileres vacacionales entre particulares o el régimen de la tripulación de las compañías aéreas son claros ejemplos. La clásica delimitación consumidor activo-pasivo que contrata con un profesional no ofrece en todos los casos una respuesta evidente ante esos nuevos fenómenos en los que, además, resulta incluso difícil su calificación previa como consumo. Lo propio cabe decir en el ámbito de las relaciones laborales que tienen a desdibujarse con nuevas formulaciones que, en realidad, camuflan tradicionales relaciones de dependencia.

Finalmente, el escenario digital muestra la irreversible implantación de las tecnologías en la contratación. Los *smart contracts* y la tecnología *blockchain* son evidencia de ello. No se trata necesariamente de tener que revertir o reformular las reglas de los instrumentos normativos vigentes, sino de adaptarlas en su

interpretación y aplicación. Las reglas de validez formal de los contratos y de inscripción registral están llamadas a revisarse. Con ello, la obligada redefinición del papel de notarios y encargados de los registros. En otros casos, la ingeniería contractual incide en el establecimiento de nuevas reglas interpretativas sobre el lugar de celebración de un contrato, el lugar de su ejecución o la propia prestación del consentimiento contractual.

Todo cuando aquí decimos no es sino una brevísima presentación, necesariamente genérica, que muestra la complejidad y variedad de temas abordados en este libro colectivo. Los verdaderos artífices de las ideas y propuestas que aquí se contienen son sus autores, a quienes queremos agradecer su trabajo y esfuerzo en estos tiempos tan difíciles para todos, como también queremos destacar todo el apoyo de la AEPDIRI. Si tuviéramos que hacer una valoración final sobre el Convenio de Roma y su sucesor, el Reglamento “Roma I”, podemos decir que han demostrado ser buenos instrumentos, pero, como diría Mario Benedetti, cuando creíamos tener todas las respuestas, cambiaron todas las preguntas.

En Oviedo, a 23 de noviembre de 2020

Pilar Jiménez Blanco y Ángel Espiniella Menéndez

**EL ESCENARIO GENERAL:  
40 AÑOS DEL CONVENIO DE  
ROMA DE 1980**

**PONENCIA**



# **LOS REGLAMENTOS DE LA UE 593/2008 (ROMA I) Y 1215/12 (BRUSELAS I-BIS) Y EL DÍA A DÍA DE LA PRÁCTICA JURISDICCIONAL**

*MIGUEL-ÁLVARO ARTOLA FERNÁNDEZ*

PRESIDENTE SECC. 3ª AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES. MIEMBRO DE LA RED  
JUDICIAL EUROPEA (EJN-REJUE). PROFESOR-TUTOR, DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO, UNED

Sumario: INTRODUCCIÓN. 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL: 2.1. El concepto autónomo “civil y mercantil” y su acoplamiento al Derecho interno. 2.2 Sobre qué se entiende por “obligaciones contractuales. 3. DE LA COHERENCIA Y CONTINUISMO EN LA UE ENTRE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS PREVIOS, LOS CONEXOS Y LOS POSTERIORES, ASÍ COMO EN RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA QUE LOS HA VENIDO INTERPRETANDO Y DESARROLLANDO. 4. MARCO DE ACTUACIÓN DEL REGLAMENTO “ROMA I”. 5. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR “ROMA I”. 6. PROTAGONISMO DECISIVO DE “ROMA I”. 7. APLICACIÓN “UNIVERSAL” DE “ROMA I”. 8. RÉGIMEN GENERAL DE LOS LLAMADOS “PUNTOS DE CONEXIÓN” Y ESPECIAL PROTAGONISMO DEL PACTO DE DETERMINACIÓN CONSENSUADA DE LA LEY APLICABLE: 8.1. La prueba de la elección de la Ley aplicable. 8.2. La interpretación finalista del Reglamento y las “buenas prácticas”. 8.3. La forma de otorgamiento del contrato. 8.4. Disyuntiva juez nacional & juez de la Unión Europea. 8.5. Los límites a la libertad de elección. 9. RÉGIMEN SUBSIDIARIO,

EN DEFECTO DE PACTO SOBRE LEY APLICABLE: 9.1. Cuando el supuesto no esté comprendido entre los “8 contratos”. 9.2. La “cláusula de escape”. 9.3. La “cláusula de cierre”. 10. EL ANÁLISIS DE LOS “VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS” Y DE LA “PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA” DEL CONTRATO. LA LEY APLICABLE A ALGUNOS CONTRATOS SINGULARIZADOS EN “ROMA I”: 10. 1. El contrato de transporte de mercancías -art. 5.1 “Roma I”-. 10. 2. Los vínculos más estrechos. 10.3. La prestación característica del contrato. 10.4. Los contratos de consumo y la actividad dirigida (art. 6 “Roma I”). 10.5. Los contratos individuales de trabajo (art. 8 “Roma I”).

## **INTRODUCCIÓN**

Siendo, el leitmotiv del presente seminario de la Asociación Española de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) sobre temas de actualidad de Derecho Internacional Privado, el balance de la aplicación, por la práctica europea y española, del Convenio de Roma de 1980 y de su sucesor, el Reglamento UE 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales “Roma I”, en conmemoración de los 40 años del citado Convenio, la presente ponencia se centrará en dicho Reglamento, sin que, sin embargo, se haya querido obviar del todo, y de ahí su cita en el encabezamiento y en algunas de las sentencias comentadas, el Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido en los ambientes jurídicos como “Bruselas I-bis”, y ello dada la trascendencia que, en la aplicación de “Roma I”, tiene aquel por ser el “buque insignia” de todos los Reglamentos de la UE en materia civil y mercantil al constituir el punto de arranque de todo proceso transfronterizo, en el que la competencia del Tribunal

la establecerá “Bruselas I-bis”; siendo solo después, cuando esta esté determinada, donde entrará en juego “Roma I” en los litigios sobre obligaciones contractuales; del mismo modo que, siempre a rebufo del citado buque insignia, seguiría la aplicación de “Roma II” para la determinación de normas de conflicto en el caso de obligaciones extracontractuales; o, igualmente, “Bruselas I-bis” determinará la competencia en el procedimiento monitorio europeo, cuando tal sea el proceso seguido, o, en su caso, el procedimiento europeo de escasa cuantía, diseñados ambos para cuestiones transfronterizas de la UE.

## **1. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL**

El Reglamento 593/2008, “Roma I”, sustituyó al Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a obligaciones contractuales y entró plenamente en vigor el día 17 de diciembre de 2009, por lo que afectará a los contratos celebrados después de esta fecha (art. 28), resultando, la relación entre estos dos instrumentos, la prevista en el artículo 24 del primero, que dispone que, en la medida en que el Reglamento sustituye a las disposiciones del Convenio de Roma, se entenderá, para lo sucesivo, que toda remisión a dicho Convenio se refiere al Reglamento. Por su parte, el Reglamento n° 1215/2012, “Bruselas I-bis”, emprendió su singladura el 10 de enero de 2015 siguiendo la estela del Reglamento 44/2001, del mismo nombre y, asimismo, renombrado como “Bruselas-I” en honor al Convenio de Bruselas de 1968; convenio este que se sitúa en los orígenes del proyecto del “Espacio Europeo de Justicia”, soñado en los sucesivos Programas de Tempere, La Haya o Estocolmo, describiendo, entre las prioridades de la Unión Europea, el desarrollo de los principios de confianza y reconocimiento mutuo de resoluciones como piedra angular de la construcción de la Europa de la Justicia.

## **2. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL**

Desde el punto de vista material, “Roma I” se remite, desde su propio nombre, no al ámbito de “los contratos” sino a las “obligaciones contractuales”, término más amplio y que, a su vez, se ha de enmarcar en el concepto autónomo “civil y mercantil” dispuesto en el art. 1 de “Bruselas I-bis” y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que lo desarrolla. Bien entendido que, en el caso de “Roma I”, este se centra en el ámbito contractual del concepto “civil y mercantil” (art. 1), quedando el extracontractual fuera al existir el homólogo “Roma II” (Reglamento 864/2007), destinado a esta materia. Asimismo, “Roma I” y “Bruselas I-bis” dejan fuera diferentes ámbitos considerados civiles en el Derecho español, ya sea porque tienen su Reglamento propio en la UE, ya porque son materia ajena al marco reglamentario europeo (así sucede, respectivamente y, por ejemplo, sin ser exhaustivo, con el régimen económico matrimonial o los alimentos, por un lado, y con el arbitraje por otro). Paralelamente, se incluyen en el concepto civil y mercantil de la UE aspectos tradicionalmente ajenos al derecho civil nacional, como lo son, por ejemplo, los contratos individuales de trabajo (art. 8 de “Roma I” y 20 y ss. del “Bruselas I-bis”). Es significativo, no obstante, que el protagonismo del concepto “civil y mercantil” de la UE ha empezado a trascender al derecho nacional español, pues está ya presente en una norma interna: la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC), que, a pesar del nombre, incluye en su artículo 1, como objeto de dicha Ley, tanto la responsabilidad civil derivada de delito (también incorporada al concepto civil y mercantil UE) como los contratos de trabajo.

## **2.1. El concepto autónomo “civil y mercantil” y su acoplamiento al Derecho interno**

Un buen ejemplo del alcance y de las dificultades de dicho desdoblamiento conceptual (lo que se entiende por “civil y mercantil” en la UE en contraste con el Derecho interno) se evidencia en el problema resuelto en el reciente auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo (TS) núm. 17/2019, de fecha 16/10/2019, que, ante un conflicto negativo de competencia entre un Juzgado de lo social y un Juzgado civil de primera instancia para la ejecución en España de un título judicial extranjero (sentencia de una magistratura de trabajo de un país de la UE reconociendo una indemnización derivada de un contrato laboral), concluye que: en la normativa nacional (LOPJ, LEC, LRJS, Ley 29/2015 de CJIMC) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero, no hay una atribución de competencia al orden civil con exclusión de los otros órdenes jurisdiccionales. Declarando, finalmente, competente al Juzgado de lo Social núm. 30 de Barcelona. Conclusión que, si bien resulta lógica al reconducir lo social a los tribunales laborales, parece chocar con las comunicaciones de España al art. 76 de “Bruselas I-bis” (véase Atlas judicial europeo civil), así como con las previsiones de la Disposición Final 25<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), las cuales, en orden a determinar qué tribunal es competente en España para la solicitud de reconocimiento y ejecución de resoluciones de la UE en materia civil y mercantil (es decir, tribunal donde instar el procedimiento de ejecución de un certificado -formulario- del anexo de “Bruselas I-bis” y, en su caso, presentar la oposición al mismo por la parte ejecutada), establecen los Juzgados de primera instancia. Sin embargo, en orden a relativizar dicha contradicción, hay que tener en cuenta,

por un lado, que, como se ha dicho, el concepto autónomo “civil y mercantil” debe ser interpretado siguiendo las directrices de la UE, pero ello no necesariamente conlleva la redistribución de las competencias internas de los tribunales nacionales. Por ello, como quiera que, ex art. 1 y 20 del “Bruselas I-bis”, el concepto abarca el crédito derivado del contrato individual de trabajo, el citado auto de la Sala de Conflictos del TS encauza la solución hacia la competencia del Juzgado de lo Social por razón del régimen interno de competencias, sin que ello tenga que suponer menoscabo al concepto “civil y mercantil” de la UE. Y, por otro lado, tampoco hay que entender que tal interpretación sea necesariamente contraria a las comunicaciones de España al art. 76 de “Bruselas I-bis”, pues los Juzgados de Primera instancia, en sentido amplio, pueden abarcar la Primera instancia civil y la Primera instancia social.

## **2.2. Sobre qué se entiende por “obligaciones contractuales”**

Se busca en “Roma I” una visión más amplia que la que proporcionaría el concepto “contrato” entendido “stricto sensu”, y ello al objeto de abarcar un acervo mayor de supuestos de naturaleza contractual que, en otro caso, por sus matices o diversificación de los ordenamientos jurídicos de los 26 Estados de la UE (Dinamarca no aceptó “Roma I”), pudieran plantear problemas de encuadre en el más específico término “contrato”. De ese modo, tal terminología resulta también compatible con la calificación genérica de “materia contractual” de la que habla el artículo 7, punto 1, letra “a” de “Bruselas I-bis”. Constituyendo, un ejemplo de dicha interpretación amplia, el relativo a la determinación de la naturaleza jurídica de las obligaciones inherentes a los miembros de Comunidades de Propietarios, de

natural desarrollo legislativo nacional (en nuestro caso la Ley de Propiedad Horizontal) y que, por tal razón, pudieran dar lugar a dudas sobre su naturaleza jurídica legal o contractual. Resolviéndose la cuestión al enmarcarlas, la jurisprudencia del TJUE, en el concepto reglamentario de “Bruselas I-bis” de “materia contractual”. Así se dispone, por ejemplo, en la reciente sentencia del TJUE, Sala 1<sup>a</sup>, de 8 de mayo de 2019, recaída en una cuestión prejudicial en la que se planteaba si el art. 7.1 “a” de “Bruselas I-bis”, sobre competencia especial en materia contractual, abarcaba un acuerdo de la junta general de propietarios de un inmueble en relación con la obligación de los propietarios de pagar las cuotas anuales del presupuesto de la comunidad de propietarios fijadas mediante ese acuerdo. La sentencia, en sus FJ-27 y 28, establecía que: si bien es cierto que la participación en una comunidad de propietarios viene exigida por la ley, no lo es menos que los detalles de la administración de los elementos comunes del inmueble de que se trate están, en su caso, regulados contractualmente; y que la adhesión a la comunidad se realiza mediante la adquisición voluntaria de una vivienda junto con la correspondiente cuota de participación en los elementos comunes del inmueble. De forma que una obligación de los propietarios respecto de la comunidad, como la que era objeto del litigio principal, debía ser considerada como una obligación jurídica libremente asumida, en el sentido de la jurisprudencia citada en el FJ-25 de la sentencia, donde se dispone lo que se incluía en el artículo 7, punto 1, letra a): “..., una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra y en la que se basa la acción del demandante” (en similar sentido: sentencias de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna*, C419/11, EU:C:2013:165, apartado 47; de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, C147/12, EU:C:2013:490, apartado 33, y de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C572/14, EU:C:2016:286, apartado 36). Se aprecia así que, según interpreta el TJUE, la circunstancia de que

esta obligación resulte exclusivamente de ese acto de adquisición, o que se genere como consecuencia del mismo y de un posterior acuerdo aprobado por la junta general de propietarios de dicho inmueble, carece de relevancia a efectos de considerarla efectivamente “materia contractual” (véase, por analogía, la sentencia de 22 de marzo de 1983, *Peters Bauunternehmung*, 34/82, EU:C:1983:87, apartado 18).

Ese criterio del TJUE que informa, como no puede ser de otro modo, la jurisprudencia nacional, se aprecia, por ejemplo, en el caso de la resolución de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma, la cual, en lo que respecta a qué se entiende por obligaciones contractuales, determina (sentencia núm. 147/2020, de 14/04/2020; Pte. Sra. Calado Orejas), para un supuesto en el que a una Asociación de vecinos y propietarios accionante se le había opuesto la falta de competencia por tener el demandado su domicilio en Austria, que, ex artículos 4.1, 5.1 y 7. 1. a) de “Bruselas I-bis”, existe para la actora una competencia judicial internacional alternativa entre el domicilio del demandado o el lugar de cumplimiento de la obligación; bien entendido que la materia contractual abarca las obligaciones derivadas de comunidades de propietarios, pues no se excluyen de dicho Reglamento (art. 1) y, además, tienen naturaleza contractual, pues así se pronuncia la sentencia del TJUE (Sala Primera) de 8 de mayo de 2019 (ECLI:EU:C:2019:376).

En similar sentido se pronuncia también el auto de la AP de Madrid, Sección 10ª, núm. 50/2020, de 06/02/2020 (Pte. Sra. Fernández del Prado), que revocaba un auto de inadmisión de un procedimiento de Monitorio europeo formulado por una comunidad propietarios. Recordando la Sala que el Reglamento 1896/2006 por el que se establece proceso monitorio europeo, dispone en su art. 6.1 que “A efectos de la aplicación del presente



Reglamento, la competencia judicial se determinará con arreglo a las normas de Derecho comunitario aplicables en materia, en particular el Reglamento (CE) n° 44/2001”, que ha sido modificado por el Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre de 2012”. Y, seguidamente, cita el auto la ya referida sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-25/18), en orden a determinar la naturaleza contractual de la obligación.

### **3. DE LA COHERENCIA Y CONTINUISMO EN LA UE ENTRE LOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS PREVIOS, LOS CONEXOS Y LOS POSTERIORES, ASÍ COMO EN RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA QUE LOS HA VENIDO INTERPRETANDO Y DESARROLLANDO**

Todo lo dicho sobre “Roma I”, a su vez, presenta coherencia con el Reglamento “Bruselas I” (44/2001), tal y como se desprende de la referencia hecha en el considerando núm. 7 del primero. Referencia que se realiza al Reglamento 44/2001 por estar a la sazón vigente y que, hoy día, habiendo sido sustituido por el Reglamento 1215/12, “Bruselas I-bis”, nos hemos de remitir al considerando núm. 34 de este, donde se refiere la necesidad de garantizar la continuidad entre el Convenio de Bruselas de 1968, el Reglamento n° 44/2001 y del nuevo Reglamento 1215/12: razón por la cual este último establece disposiciones transitorias con tal objeto. Recordando, dicho considerando núm. 34, asimismo la necesidad de garantizar la continuidad “por lo que respecta a la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 y de los Reglamentos que lo sustituyen por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Esta continuidad interpretativa, que encadena así los tres referidos instrumentos, sirve, en consecuencia, para

aplicar la anterior jurisprudencia del TJUE a esos nuevos instrumentos que van sustituyendo a los anteriores, en lo que no hayan sido objeto de modificación reglamentaria. Ocurriendo lo propio, “mutatis mutandis”, entre el nuevo Reglamento “Roma I” y el anterior Convenio de Roma de 1980, del que trae causa y al que sustituye (art. 24.2). Recordatorio que nos sirve para dar continuidad, no solo a la anterior jurisprudencia del TJUE, sino también a la de nuestro Tribunal Supremo siguiendo aquella, de modo que la interpretación hecha del Convenio o de los Reglamentos ya derogados, es aplicable a los nuevos instrumentos que los suceden en aquellos aspectos, que suelen ser mayoritarios, en los que no ha habido evolución del espíritu normativo correspondiente. Nótese, en dicho sentido, que tanto “Roma I”, de entrada en vigor en 2009, como “Bruselas I-bis”, cuya vigencia data de 10 de enero de 2015, son relativamente recientes en términos de desarrollo jurisprudencial concreto, por lo que aún se sigue hallando más jurisprudencia de los instrumentos anteriores, que continúa siendo referencia interpretativa para la mayor parte de los nuevos preceptos. Todo ello, bien entendido que, de la misma manera que el considerando núm. 7 de “Roma I” busca esa coherencia con “Bruselas I” (hoy Bruselas I-bis), también la busca con el Reglamento 864/2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), que viene a abarcar el otro gran ámbito del concepto “civil y mercantil” de la UE: los casos en los que la obligación no tienen naturaleza contractual sino extracontractual.

#### **4. MARCO DE ACTUACIÓN DEL REGLAMENTO “ROMA I”**

Al igual que ocurre en general en los instrumentos derecho internacional privado que regulan ley aplicable, “Roma I” pretende

resolver los supuestos en los que existe un conflicto de leyes; es decir, en los que nos hallamos ante una relación obligacional derivada del ámbito contractual en la que los elementos que la conforman se hallan dispersos en dos o más Estados distintos, provocando una cuestión transfronteriza. Se trata de supuestos en los que siempre subyace la pregunta: ¿qué derecho hay que aplicar? Este tipo de litigios, cada vez más presentes en el Espacio Europeo de Justicia, en el que, precisamente, se trata de potenciar las relaciones civiles y comerciales de todo tipo, no son tampoco ajenos, en su expansión, al ámbito internacional general, en el que la llamada “globalización” nos sitúa a todos, cada vez más frecuentemente, frente a problemas en los que subyacen elementos transnacionales que traen a menudo a colación la antedicha pregunta: ¿qué derecho hay que aplicar? Por lo tanto, en el deseo de regular eficazmente dichos supuestos, se describen los objetivos de “Roma I”, los cuales, como veremos, buscan una proyección universal.

## **5. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR “ROMA I”**

Aparecen ilustrados en sus considerandos núms. 6 y 16, buscando la mejora en el funcionamiento del Espacio Judicial Europeo, en el que se pretende dar una uniformidad de respuesta en caso de conflicto de leyes, subyaciendo siempre la conveniencia de la evitación del “forum shopping”. Siendo, por lo tanto, sus principales objetivos: la búsqueda de seguridad jurídica con un alto grado de previsibilidad en la respuesta, pero sin dejar de preservar un margen para la apreciación judicial, el cual resulta concordante con la enorme casuística de supuestos susceptibles de producción internacional que, sin dicho margen al arbitrio judicial, resultarían inabarcables y, por lo tanto, sin él se dificultaría la consecución del buen fin de los objetivos reglamentarios, que

tienden a buscar la proximidad entre el conflicto y la ley aplicable. De modo que el legislador de la UE sacrifica ocasionalmente la seguridad jurídica propia de una norma de conflicto taxativa, cuando el supuesto presenta claros vínculos más estrechos con otro Estado distinto del inicialmente llamado; los cuales deberán, en su caso, ser valorados y determinados por el juez siguiendo las pautas generales marcadas por el TJUE.

## **6. PROTAGONISMO DECISIVO DE “ROMA I”**

Ciertamente, el Reglamento se convierte en el eje del ámbito contractual transfronterizo, desplazando a la normativa interna sobre conflicto de leyes, como veremos, y presentando una naturaleza de “*ius cogens*” que determina, entre otras cosas, su aplicabilidad de oficio; no es, por lo tanto, un ámbito dispositivo sino de orden público procesal: así se prevé en el art. 12.6 del Código Civil (CC) y así se deriva, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup>, núm. 477/2017, de fecha 20/07/2017 (Pte: Sr. Saraza Jimena), de la que se desprenden que los criterios de prueba del derecho extranjero (entendido como derecho sustantivo) no se extienden a la aplicación de las normas de conflicto. Dice el TS, en tal sentido, que: “...el informe del experto inglés sobre el contenido del Derecho inglés solo puede tomarse en consideración con relación al contenido de este Derecho extranjero en caso de que el tribunal español considere que la norma de conflicto remite a la aplicación de ese Derecho extranjero.” Concluyendo que la aplicación de las normas de conflicto, sean las de Derecho interno, las de Derecho convencional o las de Derecho europeo, no son Derecho extranjero.

Nótese, en dicho sentido, que si bien hemos referido la naturaleza de “*ius cogens*” u orden público procesal de “Roma

I”, lo que determina, entre otras cosas, su aplicabilidad de oficio, sin embargo, “Roma I” regula normas de conflicto, sin incluir Derecho sustantivo aplicable al fondo, de donde se deriva que lo alcanzado por el art. 12.6 del CC y, en definitiva, por el principio “iura novit curia” es la determinación de qué Derecho es el aplicable, sea nacional o extranjero, pero, de ser este último el que proceda aplicar, la prueba del Derecho sustantivo extranjero sigue estando regulada por los artículos 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC- y 33.3 de la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional en materia civil.

Esta polémica cuestión de la carga de la prueba del Derecho extranjero, que es atribuida a la parte en dicha regulación legal, tanto en su contenido como en su vigencia, sin perjuicio de que el tribunal pueda valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, ha sido recientemente encauzada de modo reiterado por el Tribunal Supremo, en concreto en las sentencias núm. 198/2015, de fecha 17/04/2015 (Pte. Sr. Saraza Jimena) y la núm. 287/2015, de fecha 20/05/2015 (Pte. Sr. Orduña Moreno), estableciendo esta última, con remisión a la primera, varias consecuencias que, en mi opinión, son especialmente relevantes y que, en resumen, considero que pueden ser concretadas en las siguientes:

- 1) El Derecho extranjero no es un simple hecho, por lo que la infracción del Derecho extranjero es apta para fundar un recurso de casación;
- 2) El tribunal no queda constreñido “al resultado de las pruebas propuestas por las partes”, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación; pero, en consecuencia, la prueba la ha tenido que proponer la parte (en este sentido, es relevante la previsión del artículo 8 de la

Ley 29/2015 LCJIMC, que, entre las funciones de la autoridad central española –Ministerio de Justicia-, sitúa las de prestar auxilio y colaboración a las autoridades judiciales en este campo (en concreto arts. 8 “e”, 34 y 35).

- 3) Ahora bien, el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero es, en la consideración del TS, una facultad, pero no una obligación del tribunal. Por lo que no puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la LEC porque el tribunal no haya hecho tales averiguaciones.
- 4) Y, tal y como autoriza el art. 33 de la citada Ley 29/2015, la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español (TC, sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva).

Cabe concluir que, una de las consecuencias de tal regulación es que, finalmente, el Derecho llamado por las normas de conflicto de “Roma I”, a menudo no llega a ser aplicado por falta de prueba del mismo, nacionalizándose así litigios que, sin embargo, eran originalmente transfronterizos.

## **7. APLICACIÓN “UNIVERSAL” DE “ROMA I”**

Como se avanzaba, la aplicación del Reglamento, ex artículo 2, de similar redacción al precedente art. 2 del Convenio de Roma de 1980, desplaza –no solo en los conflictos de leyes con

Estados de la UE- a la normativa interna (Código Civil) en cuanto a los preceptos que regulaban el conflicto de leyes en las materias hoy propias de “Roma I”. Téngase en cuenta, no obstante, que para esa interpretación amplia del concepto “universal” o efecto “erga omnes”, la dicción del citado artículo 2, en su literalidad, podría dar lugar a equívocos cuando afirma: “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.”. Lo que ha llevado en determinadas ocasiones a una interpretación restrictiva, como es el caso de la Audiencia Provincial de Vizcaya cuando, en sentencia de 11.10.06 dictada en un asunto transnacional: Costa Rica - España, venía a interpretar que, tal art. 2 del Convenio de Roma servía para “... remitir en virtud del mismo a las partes adheridas al Convenio ante normas de conflicto a la normativa de un tercer Estado que no sea parte del contrato.”. Sin embargo, la interpretación amplia es la tradicionalmente acogida, como se aprecia, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Secc. 12<sup>a</sup>, Civil, de fecha 3.3.04, la cual, en una cuestión transnacional: República Dominicana - España, se planteaba ante la Sala, como primer motivo de apelación, el supuesto error en la aplicación del derecho sustantivo extranjero. Cuestión que la Audiencia provincial acogió explicando que: “En igual sentido hay que aplicar otras Normas de Derecho Internacional Privado, al que nuestro Ordenamiento se remite. Nos referimos al Tratado Internacional del Convenio de Montevideo de 8 de Mayo de 1979, suscrito por España y Colombia (sobre prueba e información del Derecho Extranjero aplicable), y sobre todo al Convenio de 19 de Junio de 1980, denominado Convenio de Roma, con su declaración de “carácter universal” relativa a que la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, se aplicarán incluso a un Estado no contratante (art. 2).”. Ese carácter “universal” también se aprecia en la reciente resolución dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia núm. 23/2019,

de fecha 18/03/2019 (Pte. Sr. Seguí Puntas), que, resolviendo un recurso de casación, refiere que “Roma I” regula la ley aplicable a las obligaciones contractuales con carácter universal: de modo que, de hecho, las normas de derecho internacional privado del Título Preliminar de Código español, que hacen referencia a las obligaciones contractuales (principalmente artículos 10 y 11) adquieren un carácter residual, atendida la regulación global de la materia que hace esa norma comunitaria. Interpretación amplia igualmente presente en el **ámbito laboral**, que, como hemos visto, para el contrato individual de trabajo está dentro de la aplicación del concepto autónomo “civil y mercantil” de la UE derivado de “Bruselas I-bis” y acogido en “Roma I”; donde la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, Sala 4<sup>a</sup>, expone, en sentencia de 29-9-1998, rec. 4796/1997 (en el mismo sentido se pronuncia después la misma Sala en sentencia de fecha 20-11-1998, rec. 940/1998), dictada con ocasión a un recurso casación para la unificación de doctrina interpuesto en un asunto transnacional: Argentina - España, que: “Segundo. - Como se ha dicho, existe un error de partida. El Convenio de Roma -vigente en España, a partir de su publicación en el BOE de 19 de julio de 1993- regula con carácter universal y 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 artículo 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. 1.1) y los contratos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor.”.



Corolario de lo anterior es que, el Convenio de Roma de 1980 y, hoy día, el Reglamento “Roma I”, desplazan la aplicación de las normas nacionales de Derecho Internacional Privado; no obstante, dicho desplazamiento no es total pues tales normas del CC siguen teniendo protagonismo para resolver conflictos en determinados supuestos excluidos de “Roma I” (art. 1.2), así como en conflictos interregionales (ex art. 22.2 del Reglamento).

## **8. RÉGIMEN GENERAL DE LOS LLAMADOS “PUNTOS DE CONEXIÓN” Y ESPECIAL PROTAGONISMO DEL PACTO DE DETERMINACIÓN CONSENSUADA DE LA LEY APLICABLE**

Siendo, ciertamente, el principal criterio informador de la determinación de la ley aplicable el del principio de la libre elección de las partes (considerando nº 11 y artículo 3 de “Roma I”), sin embargo, para formular tal elección, como no podría ser de otro modo, se exigen una serie de formalidades, destacando la necesidad de una referencia expresa e inequívoca a la determinación de la Ley aplicable, al disponer el art. 3.1: “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.”.

### **8.1. La prueba de la elección de la Ley aplicable**

El rigor que se exige para tal acreditación se aprecia, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, núm. 477/2017, de fecha 20/07/2017 (Pte: Sr. Saraza Jimena), sobre resolución contractual de la adquisición de estructurado emitido

por Morgan Stanley Int y comercializado por su sucursal en España (luego Caixabank), por incumplimiento de los deberes de información y subsidiaria imposibilidad sobrevenida. Considerando el TS que la aplicación del art. 3 del Convenio de Roma, basado en la autonomía de la voluntad y de similar redacción al actual art. 3 de “Roma I” (transcrito en el párrafo precedente), que exige que conste con claridad la elección por ambas partes de la ley aplicable al contrato, no se cumplía en el caso enjuiciado. Y ello porque, en la consideración del TS, la sumisión al derecho inglés no constaba en el contrato, aunque los documentos en los que se recoge la sumisión a la ley inglesa se encontraran disponibles en la página web de la Bolsa de Luxemburgo o en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

## **8.2. La interpretación finalista del Reglamento y las “buenas prácticas”**

Sin perjuicio del precedente expuesto en el punto anterior, ello no resta a la posibilidad de apreciar cierta flexibilización en aquellos casos en los que, aunque sea eventualmente discutible el estricto cumplimiento de las formalidades, se concluya que no concurre de ello perjuicio para la contraparte. En definitiva, dicho rigor en la forma escrita de aceptación no ha de ser tal que no permita alguna relatividad siempre que, de los autos, se derive la ausencia de verdadera indefensión. Lo cual posibilita una interpretación finalista de la norma en orden a alcanzar el buen fin de los Reglamentos, que, al ser aplicables en un marco de tanta diversidad de Estados y ordenamientos jurídicos, un exceso de formalismo podría mermar notablemente su eficacia. Así podemos citar, por ejemplo, un juicio monitorio de reclamación del precio de una compraventa internacional de mercancías en

el que sucedió que, en el contrato, las partes se habían sometido por escrito al derecho italiano, de modo que este sería el derecho aplicable en virtud del principio de libertad de elección del fuero y conforme a “Roma I”. Pero, dándose la circunstancia de que se invocó, por la parte requerida de pago, la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por la falta de traducción de los documentos que incluían las condiciones generales de venta y la sumisión al derecho italiano (documentos que estaban redactados en inglés y francés); la sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño otorgó, no obstante, validez de la sumisión a tal derecho. Se trata de la sentencia núm. 252/2014 de fecha 13/10/2014 (Pte. Sra. Araujo García), que, en el Fundamento jurídico tercero, decía: “Ahora bien, la compradora-demandada consintió la emisión de los documentos sin objetar su redacción en inglés y francés, lenguas habituales del comercio internacional, hasta el acto del juicio verbal, celebrado dos años después. Por tanto, no cabe estimar producida indefensión alguna para la demandada-apelante. En este sentido la STS de 24 de marzo de 2008, concede eficacia probatoria a una carta de porte redactada en italiano en vista de que la compradora española había consentido la emisión del documento en dicho idioma.”.

### **8.3. La forma de otorgamiento del contrato**

Más allá de la elección de la Ley aplicable, y ya en cuanto a la perspectiva de la forma que deberá respetar el contrato para que este tenga validez, el art. 11 de “Roma I” evidencia un criterio amplio en la propia redacción plural del precepto, acertadamente inspirado en el principio de conservación del contrato (“favor contractus”). De tal vocación, que obligará muchas veces al análisis del caso concreto, es buen ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª Pleno, de 19-6-2012, nº 998/2011 (Pte: Sr.

Salas Carceller), relativa a la eficacia registral en España de una escritura pública otorgada ante fedatario extranjero. Sentencia en la que se analizaba la validez del título en relación con la venta de una mitad indivisa de un apartamento sito en Tenerife, la cual fue realizada por el copropietario en Alemania. Sucediendo que, finalmente, el Pleno de la Sala confirmó la decisión de instancia favorable a la inscripción en el Registro de la Propiedad español de tal escritura notarial de venta de finca ubicada en España, pese a que fue formalizada ante un notario alemán, ratificando así la validez en España de dicho título de conformidad con las normas de derecho internacional privado aplicables, y su aptitud para generar la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad. Concluyendo el Alto Tribunal que la escritura de compraventa autorizada por un notario alemán era integrable en el concepto de “escritura pública” a que se refiere el artículo 1.462 del Código Civil respecto de la “traditio ficta”. Nótese cómo, en el caso antedicho, el Tribunal Supremo ha homologado la forma llevada a cabo ante el fedatario público extranjero, sin dejar de velar por el respeto de la norma imperativa interna de la “traditio ficta”, que exige de escritura pública, acomodándose así al art. 11.1 de “Roma I”, lo que permite destacar que el Pleno de la Sala 1ª del TS evidencia, en la citada sentencia, la necesidad de interpretar la norma nacional, en este caso el Código Civil, bajo el prisma de los Reglamentos y de la vocación de estos de acomodación u homologación de institutos equivalentes (en este caso: escritura pública extranjera - escritura pública española), así como de propiciar la integración de la normativa nacional en la normativa de la UE. Cabe subrayar, en dicho sentido, que la conclusión del TS en orden a promover la integración u homologación de institutos jurídicos equivalentes, es concordante, no solo con los Reglamentos UE y las “buenas prácticas” que han de inspirar la interpretación de estos, sino también con el espíritu de las normas de Derecho Internacional Privado nacionales. Así, cabe

citar el llamamiento que hace la exposición de motivos de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (y que luego llevará a su articulado), en orden a la integración de títulos extranjeros que contemplen medidas o incorporen instituciones o derechos que resulten incluso desconocidos en Derecho español, en cuyo caso, dice la citada exposición de motivos: “La ley prevé la adaptación de los títulos extranjeros .../... , en lo posible, a una medida u orden prevista o conocida en el ordenamiento jurídico español que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, ...”.

#### **8.4. Disyuntiva juez nacional & juez de la Unión Europea**

La precitada sentencia del Pleno de la Sala 1<sup>a</sup> del TS de 19-6-2012, sugiere la oportunidad de abrir este apartado, pues podríamos considerar que, en la misma, se cumplimenta correctamente la doctrina del TJUE esgrimida, por ejemplo, en la sentencia de su Sala 2<sup>a</sup> de 15 de julio de 2010, resolviendo una petición de decisión prejudicial de Bundesgerichtshof–Alemania; sentencia en cuya fundamentación jurídica se hace el siguiente llamamiento a los tribunales nacionales: “99. Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate...”. En definitiva, y tal y como se expone también en las sentencias del TJUE que se nombrarán: las normas internas de los Estados no pueden “...frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos

y fines pretendidos por las normas europeas...” (sentencias del Tribunal de Justicia números 119/1984, 388/1992 o 185/2007).

En todo lo cual subyace una conclusión obvia que no siempre es recordada: el Juez nacional, cuando aplica los Reglamentos de la UE, no actúa propiamente como Juez nacional sino como Juez de la UE, por lo que su visión debe trascender de los más estrechos márgenes de lo habitual y perseguir una mayor latitud, incluso asumiendo que la interpretación de sus leyes nacionales debe permitir que en ellas tengan cabida las expectativas de los Reglamentos de la UE. De modo que, sin detrimento del respeto de las inexcusables garantías individuales, los objetivos de la UE no pueden estar siempre acechados por el hecho de que el procedimiento interno del Estado, en el que el Reglamento correspondiente acaba siempre recalando para ver llevados sus objetivos a término, es más estrecho en sus miras que las que se contienen en los Reglamentos, pues es la Ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés.

### **8.5. Los límites a la libertad de elección**

Además del respeto al principio “lex fori regit processum”, deducible a “contrario sensu” del art. 1.3 de “Roma I”, cuando afirma que: “El presente Reglamento no se aplicará a la prueba ni al proceso, sin perjuicio del artículo 18” (artículo éste que contempla las presunciones legales, la carga de la prueba y la prueba del contrato o acto jurídico), también “Roma I” sigue las pautas generales de respeto al orden público del Estado del foro, tanto durante la fase declarativa del litigio como, igualmente, durante el trámite de una ejecución transfronteriza. Resultando, en dicho sentido, vinculantes las llamadas “leyes de policía” (art. 3 núm. 3 y 4 y art. 9 del Reglamento) frente a la ley propiamente aplicable

al contrato, por estar aquellas establecidas para salvaguardar los intereses públicos de un Estado concreto y, por lo tanto, la aplicación del Reglamento no las restringirá (art. 9.2). Pudiéndose citar, como ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 3ª, de 17-10-2013, nº C-184/2012; *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV* contra *Navigation Maritime Bulgare*. Donde se estudiaba la petición de decisión prejudicial “Hof van Cassatie - Bélgica”, en la que el TJUE resuelve sobre la interpretación de los arts. 3 y 7, apartado 2, del Convenio de Roma de 1980 en relación con la Dir. 86/653/CEE, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes y respecto del pago de varias indemnizaciones presuntamente adeudadas, y ello a raíz de la resolución, por parte de la entidad búlgara, del contrato de agencia comercial que vinculaba a ambas sociedades. La Sala declara que los artículos antes mencionados deben interpretarse en el sentido de que la ley, elegida por las partes, de un Estado miembro de la UE que garantiza la protección mínima prescrita en la Directiva señalada: “..., podrá dejar de ser aplicada por el tribunal que conoce del asunto, radicado en otro Estado miembro, para aplicar en su lugar la *lex fori*, basándose a tal efecto en el carácter imperativo que, en el ordenamiento jurídico de este último Estado miembro, tienen las normas que regulan la situación de los agentes comerciales independientes, pero ello únicamente si dicho tribunal comprueba de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas.”

## **9. RÉGIMEN SUBSIDIARIO, EN DEFECTO DE PACTO SOBRE LEY APLICABLE**

Para el caso en que no haya elección de Ley, o cuando la elección no se acomode a los requisitos antedichos (del art. 3), en tal supuesto se establecen los siguientes criterios subsidiarios, que vienen a disponer una normativa taxativa para los conocidos como los “8 contratos” referidos en el art. 4.1 de “Roma I”, los cuales se regirán por el lugar de residencia habitual, o de localización, siguiente:

- a. Compraventa de mercancías (residencia habitual del vendedor)
- b. Prestación servicios (del prestador)
- c. Derechos reales (de situación del bien)
- d. Arrendamiento temporal hasta 6 meses (del propietario y arrendatario).
- e. Franquicia (del franquiciado).
- f. Distribución (del distribuidor).
- g. Venta por subasta (de celebración).
- h. Sistema multilateral financiero (según ley reguladora).

### **9.1. Cuando el supuesto no esté comprendido entre los “8 contratos”**

En tal caso, el contrato deberá regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar “la prestación característica del contrato”. Y, en el supuesto en que se trate de un conjunto de derechos y obligaciones que



puedan catalogarse como correspondientes a más de uno de los 8 contratos, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad. Es decir, la “prestación característica” (art. 4.2) es la prestación constitutiva del eje sobre el que bascula el contrato: el centro de gravedad del contrato (considerando núm. 9), y suele ir referida a la prestación no dineraria, la cual presenta un protagonismo contractual superior a la dineraria por ser, normalmente, la prestación más compleja (por ejemplo, la realización de una obra de arte frente al pago de su precio; o el contrato de edición de una obra literaria -que suele contener las labores de impresión y distribución- frente a la obra escrita, normalmente ya ejecutada).

## 9.2. La “cláusula de escape”

Seguidamente, existe la excepción del art. 4.3 de “Roma I”, que se contempla también en su considerando núm. 20, según la cual, en caso de existencia clara de “*vínculos manifiestamente más estrechos*” con otro país distinto de los señalados en los art. 4.1 y 4.2, prevalecen dichos vínculos pese a poderse encuadrar el contrato, en principio, en alguno de los supuestos antes contemplados. Se aprecia así la presencia del principio de proximidad (informador del art. 4 del antiguo Convenio Roma 1980), así como el otorgamiento del ya referido protagonismo judicial para resolver en equidad en determinados supuestos, siendo al juez al que corresponderá la valoración de la entidad de dichos vínculos (considerando núm. 16). De este modo, la previsibilidad perseguida en el Reglamento cede, en el caso del art. 4.3, a favor de un margen de arbitrio judicial que permita, en circunstancias singulares, aplicar la Ley del lugar con el que concurren vínculos de tal entidad que sean susceptibles de desplazar la original ordenación de los artículos 4.1 y 4.2.

### **9.3. La “cláusula de cierre”**

Prevista en el art. 4.4, debe diferenciarse de la “cláusula de escape” del 4.3. La de cierre no supone escape, pues es de aplicación cuando el contrato no está contemplado entre los “8 contratos” del art. 4.1, ni existe una “*prestación característica*” del art. 4.2 (ni puede, por tanto, aplicarse el art. 4.3, cuyo fin es poder desplazar aquellos, de ser aplicables). En tal supuesto, será la ley del país con el que el contrato presente “*vínculos más estrechos*”. Y, nuevamente, volvemos al principio de proximidad y a la valoración judicial para determinar la entidad de tales vínculos (considerando núm. 21 del Reglamento).

## **10. EL ANÁLISIS DE LOS “VÍNCULOS MÁS ESTRECHOS” Y DE LA “PRESTACIÓN CARACTERÍSTICA” DEL CONTRATO. LA LEY APLICABLE A ALGUNOS CONTRATOS SINGULARIZADOS EN “ROMA I”**

### **10.1. El contrato de transporte de mercancías (art. 5.1 “Roma I”)**

Los criterios de determinación de la ley aplicable son los siguientes:

- Elección de las partes vía art. 3 “Roma I”.
- Subsidiariamente, en defecto de elección (art. 5.1):
  1. Residencia habitual del transportista, condicionada al origen o destino de la mercancía o a la residencia habitual del remitente.

2. Si no se cumplen esos requisitos, lo será la ley del lugar de entrega de la mercancía convenido por las partes.
3. La excepción está presente, nuevamente, a través de la llamada “cláusula de escape” en caso de que el contrato presente “vínculos manifiestamente más estrechos” con otro país distinto (art. 5.3). Como en el art. 4, en defecto de elección vemos que subyace siempre el principio de proximidad, correspondiendo al juez la determinación de si existen o no los eventuales vínculos más estrechos (considerando núm. 16 “Roma I”).

## **10.2. Los vínculos más estrechos**

Pero, este margen de apreciación judicial del art. 5 de “Roma I”, también contemplado, como hemos visto, en el art. 4, deberá aparecer siempre suficientemente contrastado y motivado judicialmente. Así, por ejemplo, lo expone la sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 3<sup>a</sup>, se fecha 23-10-2014, n<sup>o</sup> C-305/2013, en relación a un contrato de transporte de mercancías, en el que concreta que: en el supuesto de que se alegue que un contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto al derivado de las presunciones del art. 4 del Convenio de 1980, 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 (FJ 43-51).

### 10.3. La prestación característica del contrato

Por lo que se refiere a la interpretación de los contratos de transporte de mercancías, el considerando núm. 22 de “Roma I” explica que no se pretende ninguna modificación sustantiva con respecto al artículo 4, apartado 4, frase tercera, del Convenio de Roma de 1980 (en la que se dice: “*Para la aplicación del presente apartado, se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías*”). Disponiendo, la ya referida sentencia del Tribunal de Justicia (CE) Sala 3ª, de 23-10-2014, nº C-305/2013, en cuanto a la ley aplicable a un contrato de transporte de mercancías en relación a la interpretación del art. 4.1, 2, 4 y 5, del Convenio de 1980 (supuesto que se planteaba en el marco de un litigio entre una sociedad alemana y una sociedad francesa relativo a la reparación del perjuicio sufrido por esta última con motivo del transporte de un transformador que había adquirido para las necesidades de su actividad: FJ 17-32), en el apartado “1” del Fallo, que: “1) La última frase del artículo 4, apartado 4, del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, 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 remitente.”. Decisión judicial que enlaza con el criterio antes apuntado, con carácter general, que determina el modo de analizar la “la prestación característica” del contrato (art. 4.2 “Roma I”), donde decíamos que se deberá tratar de la prestación constitutiva del eje sobre el que bascula el contrato, es decir, el centro de gravedad de este.

#### **10.4. Los contratos de consumo y la actividad dirigida (art. 6 “Roma I”)**

Sin perjuicio de lo previsto en los artículos 5 y 7 (sobre contrato de transporte y contrato de seguro), el contrato celebrado por un consumidor presenta un régimen proteccionista en “Roma I”, tal y como viene previsto en el considerando núm. 23, en el que se afirma que, en cuanto a “los contratos celebrados con partes consideradas más débiles, es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales.”

Los requisitos para que actúe dicho proteccionismo son: que relación contractual surja entre profesional (dentro de su marco de actividad como tal) y consumidor, otorgando carácter vinculante a la ley del país de residencia habitual del consumidor (art. 6.1). No obstante, los condicionamientos de dicha norma de conflicto vienen concretados en el propio art. 6. 1 “a” y “b”, requiriendo que el profesional: a).- ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b).- por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país. Si no se dan dichas condiciones, se aplica el régimen general de los arts. 3 y 4 del Reglamento (art. 6.3).

No obstante, cabe el pacto de sumisión a otra Ley, pero el consumidor conserva la protección derivada de su fuero original (art. 6.2).

Existen excepciones para determinados casos en el art. 6.4, en el que se dispone que los apartados 1 y 2 no se aplicarán a una serie de contratos; por ejemplo, no se aplicará el citado proteccionismo en relación (apartado “a”) a los contratos de

prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor "..., exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual"; contratos de transporte distintos a un viaje combinado (apartado "b"); contratos sobre derechos reales inmobiliarios o arrendaticios; etc.

Hemos visto que el art. 6.1 "a" establece la preferencia por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual "..., o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país". Y, en este sentido, es preciso armonizar la interpretación de "Roma I" y el Reglamento 44/01 "Bruselas I" (así se dispone en el considerando n° 24 de "Roma I"), hoy sustituido por el Reglamento 1215/12 "Bruselas I-bis". Dicha referencia a la "actividad dirigida" está en relación con las técnicas de comercialización a distancia, a las que ya hacía mención el antiguo art. 15 del Reglamento 44/2001, "Bruselas I"; hoy art. 17 de "Bruselas I-bis".

Cabe señalar, en este sentido, que como recuerda el considerando n° 24 de "Roma I": "una declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento (CE) n° 44/2001 especifica que para que el artículo 15, apartado 1, letra c), sea aplicable «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades». Esta declaración recuerda también que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a

distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente”.

En este debate cabe citar la sentencia Tribunal de Justicia (CE) Gran Sala, de 7-12-2010, nº C-585/2008, relativa a un viaje combinado (art. 15 núm. 1 “c” y núm. 3 de “Bruselas I”), con reserva de hotel por Internet, en el que procedía la determinación de si existía o no esa dirección de actividades por el vendedor a otro país vía Internet. En la que se resuelve la cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 15,1 c) y 3 del Reglamento de “Bruselas I” en relación con la negativa de una sociedad a rembolsar íntegramente a un usuario el importe de un viaje en carguero, en el cual no tomó parte y cuya descripción figuraba en Internet, y, por otro lado, a la negativa de éste a pagar su factura de hotel debida por una estancia reservada por Internet. Declarando la Sala, en el punto 2º del Fallo y en orden a determinar si puede considerarse que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, “dirige” su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor en el sentido del artículo citado, que: “..., procede comprobar si, antes de la celebración del contrato desprendía que este último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos.”. Señalando seguidamente algunos indicios de que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor: el carácter internacional de la actividad, la descripción de itinerarios desde otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor, la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, etc. Pero precisando que, en cambio, el mero hecho de que pueda

accederse a la página web del vendedor o del intermediario en el Estado miembro del domicilio del consumidor es insuficiente; y lo mismo ocurre con la mención de una dirección electrónica.

### **10.5. Los contratos individuales de trabajo (art. 8 “Roma I”)**

En ellos destaca la protección de los derechos del trabajador, expresada en los considerandos núms. 34 a 37 del Reglamento. Proteccionismo que determina que la elección por las partes, que se podrá realizar de conformidad con el art. 3, está condicionada, ex art. 8.1, de modo que tal elección no puede privar al trabajador de la protección de las disposiciones no excluibles de dicha ley (la que, a falta de elección, habría sido aplicable). Tales disposiciones, que rigen en defecto de acuerdo o si este fuese nulo, son las siguientes:

- i) Ley del país en el cual o, a partir del cual, el trabajador realiza habitualmente su trabajo (art. 8.2), o, en su defecto:
- ii) Ley del país en el que esté el establecimiento a través del cual se contrató al trabajador (art. 8.3).
- iii) No obstante, aparece nuevamente la excepción al art. 8.2 y 3 cuando concurren “*vínculos más estrechos*” del contrato con otro país (art. 8.4); volviendo así a reconciliarse el Reglamento con el principio de proximidad.

En relación con el principio de proximidad y los “*vínculos más estrechos*”, cabe citar la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013 (*Antón Schlecker contra*



*Melitta Josefa Boedeker*), que analiza el concepto “vínculo más estrecho” del art. 6.2 a y b del Convenio de 1980, extensible al art. 8.4 del Reglamento “Roma I”, destacando la necesidad de búsqueda del mayor número de conexiones y, como siempre, la determinación judicial de tal vínculo (considerando 16 del Reglamento). Se trataba de un litigio entre una empresa con sede en Alemania y una trabajadora residente en dicho país y que trabaja en los Países Bajos, sobre modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empleador, y, en esas circunstancias, del Derecho aplicable al contrato de trabajo. La Sala, después de precisar que la ley aplicable al contrato de trabajo es la del país que presente los lazos más estrechos con dicho contrato, y, que, por lo tanto, el lugar en el que el trabajador realiza habitualmente sus funciones es el prioritario frente al subsidiario del lugar del domicilio del establecimiento que contrató al trabajador, declara que el artículo mencionado debe interpretarse en el sentido de que, incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo de modo habitual, durante un largo período y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar la ley del país en que se realiza habitualmente el trabajo cuando, del conjunto de las circunstancias, resulte que dicho contrato presenta un vínculo más estrecho con otro país, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo (FJ 16-44). Exponiendo la Sala, en sus FJ- 29 y 38: “29.- En efecto, como se desprende de la resolución de remisión, el Derecho alemán podría ser de aplicación dado que la totalidad de las circunstancias indican un vínculo más estrecho con Alemania, a saber, el hecho de que el empresario era una persona jurídica alemana, que la remuneración se pagaba en marcos alemanes (antes de la introducción del euro), que el seguro de jubilación estaba suscrito ante un asegurador alemán, que la Sra. Boedeker había mantenido su domicilio en Alemania donde pagaba sus cotizaciones sociales, que el contrato de trabajo hacía referencia a

disposiciones imperativas del Derecho alemán y que el empleador abonaba los gastos de desplazamiento de la Sra. Boedeker de Alemania a los Países Bajos. 38.- Esta interpretación también concuerda con el tenor de la nueva disposición sobre las reglas de conflicto relativas a los contratos de trabajo, introducida por el Reglamento Roma I, que sin embargo no es aplicable *ratione temporis* al asunto principal. En efecto, según el artículo 8, apartado 4, de dicho Reglamento, si de la totalidad de las circunstancias resulta que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del contemplado en el apartado 2 o 3, se aplicará la Ley de ese otro país (véase, por analogía, la sentencia *Koelzsch*, antes citada, apartado 46).”

# **COMUNICACIONES**

# ARMONIZACIÓN Y AUTORREGULACIÓN EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

*GUILLERMO PALAO MORENO<sup>1</sup>*

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA. 1.1. La codificación internacional de los contratos de transferencia de tecnología, entre el deseo y la realidad. 1.2. La incidencia plural de la normativa europea en la regulación de estos contratos. 1.2.1. *La importancia del Reglamento Roma I.* 1.2.2. *Incidencia de la normativa reguladora de la propiedad intelectual, libre competencia o comercio exterior.* 3. LA CRECIENTE INCIDENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN EN LA ORDENACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA. 3.1. Nuevos actores y de formas de colaboración. 3.2. Códigos de conducta, contratos modelos e importancia de la estandarización. 3.3. La proliferación global de “Principios” y su relación con los contratos internacionales de transferencia de tecnología. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

---

<sup>1</sup> Miembro del Grupo de Investigación de Excelencia MedARb GIUV2013-090 y del Proyecto MINECO DER-2016-74945-R. E-mail: Guillermo.palao@uv.es.

## 1. INTRODUCCIÓN

1. La importancia que poseen los contratos internacionales de transferencia de tecnología en el comercio internacional, ha corrido pareja a los múltiples intentos que se han sucedido, durante las últimas décadas, tendentes a dotarles de un régimen jurídico completo que, a su vez, a tienda a los dispares intereses en presencia y ofrezca a las partes un conveniente nivel de seguridad jurídica. Una transcendencia y una posición clave en la economía mundial actual que, como es sabido, trasciende de su estricto valor comercial o contable, dado que su impulso favorece un desarrollo colaborativo y sostenible; y ello, tanto desde un punto de vista tecnológico y económico, como desde una perspectiva social y medioambiental<sup>2</sup>. Sin embargo, esta nada desdeñable acción codificadora institucional que, desplegada desde las más variadas instancias (estatales, regionales e internacionales), no ha dado lugar a instrumento regulador alguno –de carácter uniforme y comprensivo- hasta la fecha, sino que se ha visto inspirada en una suerte de impresionismo legislativo heterogéneo, de carácter flexible, multinivel y altamente descentralizado.

Podría aducirse que la vigente complejidad normativa que rodea a este tipo de acuerdos trasfronterizos, además de alinearse con una clara tendencia en la ordenación del comercio internacional actual, igualmente responde a la gran variedad de formas que adoptan este tipo de contratos internacionales en la práctica<sup>3</sup>. En este sentido y como ha constatado la doctrina, a pesar de contar con una finalidad y un objeto similar –ya que

---

2 KHAN, M.R., *Changing the World by Technology Transfer. Licensing and Commercializing of Intellectual Properties*, Bloomington, Exlibris, 2011, p. 19.

3 BOGUSLAWSKIJ, M.M. (Ed.), *Internationaler Technologietransfer. Rechtliche Regelungen*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1990, pp. 17-28; BOUZA VIDAL, N., “Aspectos del Derecho internacional privado de los contratos de transferencia de tecnología”, *Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 1991, pp. 227-269, p. 233.

puede referirse a la tecnología, en sentido estricto, como a la innovación o al conocimiento<sup>4</sup>, la actividad de transferencia no sólo se lleva a cabo por medio de distintos mecanismos tanto “directos” como “indirectos” -según su nivel de formalización<sup>5</sup>, sino que los contratos por medio de los se realiza, cuentan con una variada conceptualización legal y una consideración atípica en los ordenamientos estatales<sup>6</sup>. Algo que, en definitiva, ha derivado en una variada regulación sustantiva<sup>7</sup>. Una compleja realidad que, sumado los dispares intereses –públicos y privados- que subyacen en los mismos, no han colaborado en precipitar una deseable uniformidad reguladora en relación con este tipo de operaciones transfronterizas.

- 
- 4 GUERRERO GAITÁN, M., “Tipología de los contratos de transferencia de tecnología”, *Revista de Propiedad Inmaterial*, 2009, n° 13, pp. 199-252, p. 206; PEÑA VALENZUELA, D., “Tendencias actuales de la contratación sobre transferencia de tecnología”, en: ZAPATA DE ARBÉLAEZ, A. (Comp.), *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances*, T. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 159-185, pp. 164-165.
- 5 CORREA, C.M., “Emerging Trends: New Patterns of Technology Transfer”, en: PATEL, S.J./ ROFFE, P./ YUSSUF, A. (Eds.), *International Technology Transfer. The Origins and Aftermath of the United Nations Negotiations on a Draft Code of Conduct*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, pp. 259-280, p. 259; KOKKINI-IATRIDOU, D., “Contracts for the Transfer of Technology”, en: VOSKUIL, C.C.A./ PARAC, Z./ WADE, J.A. (Eds.), *Hague-Zagreb Essays 6: On the Law of International Trade: Credit and Guarantee Financing: Transfer of Technology, Volume 6*, Leiden, Brill, 1991, pp. 265-298, p. 268; SAHA, P.K., *TRPIS and Technology Transfer. Developing and Least-Developed Countries Perspective*, Saarbrücken, Müller, 2011, pp. 22-24.
- 6 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial*, Pamplona, 2ª ed., Aranzadi, 2000, pp. 64-66.
- 7 ALONSO-MUÑUER, M.E., “Los contratos de licencia de patente y de *know-how* como formas de transferencia de tecnología”, en: VARGAS VASSEROT, C. (Dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley Orgánica de Universidades a la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 255-281, p. 265; MEISELLES, M./ WHARTON, H., *International Licensing Agreements. IP, Technology Transfer and Competition Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2018, pp. 358-364.

Las distintas iniciativas institucionales de codificación verticales (“de arriba abajo”) que se han ido desgranado a lo largo de las últimas décadas -orientadas principalmente a dotar de claridad y certeza a este tipo de operaciones<sup>8</sup>-, cuentan con un origen tan dispar como son: la regulación de los contratos internacionales, la normativa relativa a los derechos de propiedad intelectual *lato sensu* que constituyen su objeto, o el derecho de competencia y relativo a la competencia desleal; viéndose igualmente afectada por las políticas públicas de investigación, industrial o de innovación, e incluso la ordenación del comercio exterior. Un enmarañado contexto normativo que, sin embargo, no han supuesto grandes obstáculos para el desarrollo de los contratos de transferencia.

2. En atención a lo expuesto, con este estudio se pretende, en primer lugar, llevar a cabo una aproximación al vigente marco regulador relativo a este tipo de contratos internacionales existente en nuestros días y las limitaciones del proceso codificador en este ámbito. Un análisis centrado exclusivamente en la dimensión de la normativa reguladora de los mismos (sector del *ius*), sin atender en esta sede a la significativa cuestión relativa a la resolución de controversias en este ámbito (*fórum*). De este modo, en un primer momento (*infra* 2) se hará mención a los distintos y puntuales esfuerzos codificadores que se han ido sucediendo y su desigual incidencia en la disciplina jurídica de la actividad de transferencia de naturaleza transfronteriza. Mientras que, en un segundo lugar (*infra* 3), se hará mención al importante papel que están adquiriendo las iniciativas *Soft Law* y, sobre todo, a las distintas iniciativas que fomentan un mayor peso de la Autorregulación (entendida en un sentido amplio) y la *Lex Mercatoria*, así como

---

8 MARTÍNEZ-PACHECO, B./ VARGAS-CHAVES, I./ SALGADO-FIGUEROA, E. “El contrato de transferencia de tecnología: caracterización e importancia estratégica”, *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 14, 2018, núm. 2, pp. 22-39, pp. 26-27.

sus consecuencias en vistas a garantizar un deseable nivel de certeza y de previsibilidad en este ámbito; a la vez que favorece un nuevo impulso de la actividad de transferencia con carácter transfronterizo.

## **2. LA PROBLEMÁTICA QUE SUSCITA LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA**

3. Por lo que respecta al contexto normativo vigente y las distintas iniciativas codificadoras que, principalmente en los planos internacional y regional (UE) –con referencia principalmente a España-, han ido sobreviniendo desde distintas instituciones, hemos de enfrentarnos al nivel de éxito alcanzado en cada caso y a sus limitaciones. Con ello, podremos aproximarnos a la prolífica –a la par que confusa- imagen que presenta el marco regulador este tipo de transacciones internacionales en la actualidad. Sin lugar a dudas, la complejidad de la materia y los encontrados intereses en presencia se encuentran tras esta imagen impresionista.

### **2.1. La codificación internacional de los contratos de transferencia de tecnología, entre el deseo y la realidad.**

4. Desde la perspectiva de la codificación internacional de carácter multilateral, destaca la labor desarrollada desde distintos organismos especializados del sistema de la Organización de Naciones Unidas (ONU), al igual que la acción realizada por parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC), e incluso



desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado<sup>9</sup>. Una acción que, sin embargo, no puede caracterizarse como global y comprensiva, sino más bien como impresionista y materialmente limitada, a la hora de garantizar un marco normativo sustantivo –ni tan siquiera conflictual– a los contratos de transferencia de tecnología. Una panorámica que no invita precisamente al optimismo, más allá de haberse favorecido algún movimiento normativo convergente en relación con algunos de los aspectos relacionados con estos contratos<sup>10</sup>.

5. Dentro de la ONU, cabe destacar el meritorio Proyecto de “Código internacional de conducta para la transferencia de tecnología” desarrollado desde la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) en 1985<sup>11</sup>. Cuya elaboración partía de los trabajos elaborados por el llamado “Grupo de 77” desde mediados de los años 60<sup>12</sup>, en el marco de creación de Nuevo Orden Económico Internacional<sup>13</sup>; aunque el mismo se retiraría definitivamente de su Agenda a mediados de los años 90 del siglo XX<sup>14</sup>. Sin embargo, este Proyecto supuso, en su momento, un significativo intento de elaboración de un instrumento global para dotar de un marco internacional para este tipo de

---

9 NGUYEN, T.T, *Competition Law, Technology Transfer and the TRIPS Agreement. Implications for Developing Countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 256-285.

10 CHOI, Y.S./ HEINEMANN, A., “Restrictions of Competition in Licensing Agreements: The Worldwide Convergence of Competition Laws and Policies in the Field of Intellectual Property”, *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2016, núm. 17, pp. 405–422.

11 ONU núm. de publicación TD/Code TOT/47.

12 THOMPSON, D., “An Overview of the Draft Code”, en: PATEL, S.J./ ROFFE, P./ YUSSUF, A. (Eds.), *op.cit.*, nota 5, pp. 51-76.

13 FERNÁNDEZ TORNÉS, A., “Los Códigos internacionales de conducta; nuevos instrumentos de regulación para un nuevo orden económico internacional”, *ADI*, 1977-1978, núm. 4, pp. 199-238.

14 A/RES/48/167, de 17.2.1994.

transacciones<sup>15</sup>. El cual, aun cuando contara con una naturaleza *Soft Law* y su posterior abandono, ha servido de inspiración tanto a legisladores estatales, como a organismos internacionales a la hora de abordar la poliédrica realidad normativa que rodea a la actividad internacional de transferencia<sup>16</sup>.

También desde el sistema de Naciones Unidas, pero con un carácter más especializado, hay que subrayar la singular actividad desplegada desde la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) al respecto de este tipo de transacciones internacionales<sup>17</sup>. Los resultados alcanzados por este organismo, aunque reseñables, sin embargo, no han incidido significativamente en la ordenación uniforme de esta categoría de acuerdos. Así, destaca principalmente como en su seno no se haya elaborado instrumento convencional alguno que regule estos contratos internacionales, aunque su actividad normativa haya afectado puntualmente a los mismos al ordenar los distintos derechos de propiedad intelectual que son objeto de transferencia –ya se trate de un derecho sobre tecnología, innovación o conocimientos-<sup>18</sup>.

En otro orden de ideas, y relacionada con su “Agenda de Desarrollo”, desde la OMPI se ha fomentado la cooperación en este ámbito<sup>19</sup>, procurando también un constante asesoramiento

---

15 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratos...*, *op. cit.*, nota 6, p. 133.

16 TIMBERG, S., “The Impact in the Transnational Corporation of the International Code of Conduct on the Transfer of Technology”, *IIC*, Vol. 12, 1981, núm. 2, pp. 147-152, p. 149.

17 SHERWOOD, R.M., “Global prospects for the role on Intellectual Property in Technology Transfer”, *IDEA. The Journal of Law and Technology*, Vol. 42, 2002, núm. 1, pp. 27-36, p. 36.

18 En: <https://www.wipo.int/treaties/es/>

19 Véase, [https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/tech\\_transfer/index.html](https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/tech_transfer/index.html). Destacan, en este ámbito, su “Guía de licencias para países en desarrollo” de 1977 (Publicación OMPI núm. 620S); “Cómo negociar licencias tecnológicas” de 2004 (Publicación OMPI núm. 903S);

especializado a instituciones y a empresas<sup>20</sup>. Además, resultan reseñables las iniciativas armonizadoras llevadas a cabo por los diversos Comités que actúan en el seno de esta organización internacional. De un lado, destacan los trabajos relacionados con la materia de la transferencia de tecnología del Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes (SCP)<sup>21</sup>, como serían los titulados “Transferencia de Tecnología” de 2011<sup>22</sup> y “Disposiciones de la legislación de patentes que contribuyen a la transferencia efectiva de tecnología, entre ellas las relativas a la divulgación suficiente” de 2019<sup>23</sup>. De otro lado, cabe hacer mención a como el Comité de Desarrollo y Propiedad Intelectual (CDPI), dentro del Programa OMPI para el Desarrollo de 2007 -en la “Categoría C” de sus 45 Recomendaciones- se menciona la dimensión del desarrollo relacionada con la transferencia de tecnología<sup>24</sup>.

6. También la OMC se ha preocupado de la ordenación este tipo de contratos internacionales, desde distintas perspectivas, aunque lamentablemente los resultados alcanzados han sido igualmente parciales<sup>25</sup>. Con un carácter general, destaca la incidencia transversal que despliega, en este ámbito, el Programa

---

“Intercambiar valor. Negociación de acuerdos de licencia de tecnología. Manual de capacitación” de 2005 (Publicación OMPI núm. 906S); o “Successful Technology Licensing” de 2015 (Publicación OMPI núm. 903E).

20 Véase, [https://www.wipo.int/about-ip/es/universities\\_research/resources/](https://www.wipo.int/about-ip/es/universities_research/resources/). Sobresale su “Guía práctica para la creación y la gestión de Oficinas de Transferencia de Tecnología en Universidades y Centros de Investigación de América Latina. El rol de la propiedad intelectual”, de 2006 (Publicación OMPI núm. 906S).

21 En: [https://www.wipo.int/patents/en/topics/technology\\_transfer.html](https://www.wipo.int/patents/en/topics/technology_transfer.html).

22 SCP/14/4.

23 SCP 30/08.

24 En: <https://www.wipo.int/ip-development/es/agenda/index.html>.

25 Véase CORREA, C.M. “Technology transfer in the WTO agreements”, en: *A Positive Agenda for Developing Countries*, Nueva York, UNCTAD, 2000.

Doha para el desarrollo de 2001<sup>26</sup>, a través del “Grupo de Trabajo sobre Comercio y Transferencia de Tecnología”, que se ha creado para facilitar la implementación de su “Agenda de Desarrollo”<sup>27</sup>. La cual, sin pretender ser una mera continuación de los trabajos desarrollados desde la UNCTAD<sup>28</sup>, ha afectado al desarrollo de los instrumentos normativos de la OMC. Tal y como se aprecia en relación con su Anexo 1C que contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)<sup>29</sup>, o con el “Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio” (Acuerdo sobre las MIC)<sup>30</sup>.

Por lo que respecta al ADPIC, en particular, aunque tampoco ofrece un marco normativo comprehensivo y especializado para este tipo de contratos, hace referencia a los mismos en varias de sus disposiciones<sup>31</sup>. Para empezar, el art. 7, al mencionar los objetivos del Acuerdo, evoca directamente el fomento de los flujos de tecnología y de Inversión Extranjera Directa -debido a la trascendencia que poseen los procesos de transferencia de tecnología y su vinculación con el bienestar social y económico-, así como con el desarrollo de los países. Junto a ello, el art. 8 ADPIC pone el acento en la promoción del interés público

---

26 En: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dda\\_s/dda\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/dda_s.htm).

27 En: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/devel\\_s/dev\\_wkgp\\_trade\\_transfer\\_technology\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/dev_wkgp_trade_transfer_technology_s.htm).

28 MORÁN MARTÍNEZ, L., “Análisis de las normativas internacionales sobre la transferencia de tecnología: incidencia en Cuba”, *Revista Direito GV*, 7(2), 2011, pp. 501-514, p. 504.

29 VERMA, S.K., “The TRIPS Agreement and Development”, en: PATEL, S.J./ROFFE, P./YUSSUF, A. (Eds.), *op. cit.*, nota 5, pp. 320-350, pp. 340-345.

30 En: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/invest\\_s/trims\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/invest_s/trims_s.htm).

31 NGUYEN, T.T., *Competition Law, Technology Transfer and the TRIPS Agreement. Implications for Developing Countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 28-32; VERMA, S.K., “TRIPS – Development and Transfer of Technology”, *IIC*, Vol. 27, 1996, núm. 3, pp. 331-364, pp. 335 y 358.

en relación con aquellos ámbitos con transcendencia para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, y la prevención frente al abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el empleo de prácticas que o bien limiten injustificablemente el Comercio o bien dificulten las actividades internacionales de transferencia.

Asimismo y por lo que respecta al ámbito de la ordenación de los derechos de patentes, sobresale lo previsto en los arts. 27 a 34 ADPIC<sup>32</sup>. En particular, mientras que el art. 31 regula los usos sin autorización del titular de los derechos de la patente<sup>33</sup>, su art. 33 disciplina la duración del derecho de patente y su incidencia en las licencias de patentes; resultando de interés igualmente su art. 40, al ordenar el control de las prácticas anticompetitivas relacionadas con las licencias contractuales<sup>34</sup>. Aunque sin establecer exigencias concretas -precisando todavía un oportuno desarrollo normativo<sup>35</sup>-, mencionar también el art. 66.2 ADPIC, que recoge la necesidad de que los países desarrollados propicien y fomenten la transferencia de tecnología a los menos desarrollados<sup>36</sup>, o el art. 67 al mencionar la importancia de la cooperación técnica<sup>37</sup>.

---

32 OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “Los derechos de patente en el ADPIC situación y debates actuales”, *NUE*, Vol. 241, 2005, pp. 49-64.

33 PALUMA, T., *Propiedade intelectual e dreito ao desenvolvimento*, Sao Paulo, Pillares, 2017, p. 118-119.

34 ULRICH, H., “Competition, Intellectual Property Rights and Transfer of Technology”, en: PATEL, S.J./ ROFFE, P./ YUSSUF, A. (Eds.), *op. cit.*, nota 5, pp. 363-380, pp. 365-370.

35 MASKUS, K.E., *Encouraging International Technology Transfer*, Ginebra, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2004, p. 40.

36 FORAY, D., *Technology Transfer in the TRIPS Age: The Need for New Types of Partnerships between the Least Developed and Most Advanced Economies*, Ginebra, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009, p. 56.

37 SAHA, P.K., *op.cit.*, nota 5, pp. 99-114, 124-125 y 171.

7. Para finalizar con esta panorámica de los exiguos resultados alcanzados en las distintas instituciones codificadoras de naturaleza internacional, cabe hacer mención de los esfuerzos localizados en la Conferencia La Haya de Derecho Internacional privado. Los cuales, por lo que respecta a los aspectos sustantivos y conflictuales, se alinean con iniciativas propias del *Soft Law*, no viéndose orientadas específicamente a los acuerdos de transferencia.

a) No obstante, sobresale el hecho de que el interés de esta organización por este tipo de acuerdos fue temprano, al incorporarse una prometedora Nota titulada “*Licensing agreements and know-how*” en la Agenda de la Conferencia, en 1976<sup>38</sup>. Lamentablemente este primer impulso se diluyó en sesiones posteriores hasta que se renunció a esta iniciativa y se excluyó de la Agenda de la Conferencia en su 17ª Sesión de 1992<sup>39</sup>. Esta situación, sin embargo, podría variar en positivo en un futuro próximo, si se tiene en cuenta: tanto la reciente publicación de la Guía “*When Private International Law Meets Intellectual Property Law*”<sup>40</sup>, como las conclusiones alcanzadas en la sesión de marzo 2020 del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia relativas a retomar los trabajos antes mencionados<sup>41</sup>.

---

38 Oficina Permanente, “Note on licensing agreements and know-how”, *Actes et documents de la Treizième session 4 au 23 octobre 1976, Tome I, Matières diverses*, Oficina Permanente de la Conferencia, La Haya, 1978, pp. 111-118.

39 Oficina Permanente, *Actes et documents de la Dix-septième session 10 au 29 mai 1993, Tome I, Matières diverses*, Oficina Permanente de la Conferencia/ Ediciones SDU, La Haya, 1995, p. 99.

40 Publicada por su Oficina Permanente en 2019, elaborada por BENNET, A. Y GRANATA, S., *When private international Law meets Intellectual Property Law. A Guide for Judges*, Ginebra/ La Haya, OMPI/ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, 2019.

41 En el punto 14 de sus “Conclusiones y Decisiones”. Véase, “Prel. Doc. 3 of December 2019 -Future work on the intersection between private international law and intellectual property”

b) Aunque de forma puntual y sin pretender alcanzar una ordenación completa de este tipo de contratos, varios de los textos elaborados en su seno inciden en su regulación. Como así ocurre, de modo destacado, con los Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, aprobados en 2015<sup>42</sup>. Un instrumento flexible con una naturaleza *Soft Law* que, en atención a lo previsto en su art. 1, resultaría plenamente aplicable a los acuerdos internacionales de TT. Aunque, en la actualidad y a pesar de sus eventuales bondades, no cuenta con relevancia alguna para nuestro país.

c) Asimismo, a pesar de tratarse de la dimensión del *forum*, hay que hacer mención breve de dos Convenios relacionados con el conocido como *Jurisdiction Project* de la Conferencia y su incidencia en este ámbito<sup>43</sup>. Así, el Convenio de La Haya 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro<sup>44</sup> -aunque con serias limitaciones al respecto de los acuerdos analizados<sup>45</sup>-, y el más reciente “*Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*”<sup>46</sup> -también con serias restricciones en relación con la cobertura legal de los acuerdos examinados<sup>47</sup>-.

42 En: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=135>.

43 En: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/jurisdiction-project>. Véase, UBERTAZZI, B./ IRAVANI, F., “Choice of Court Agreements in Intellectual Property: ILA Guidelines in the EU and Iran”, *IIC*, Vol. 51, 2020, pp. 144-166, pp. 169-170.

44 En: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court>. PERTEGÁS SENDER, M., “Nuevas reglas internacionales sobre cláusulas de elección de foro en contratos internacionales: el Convenio de La Haya y el Reglamento Bruselas I bis”, *AEDIP*, 2014-2015, t. XIV-XV, pp. 111-126.

45 *Tal y como se advierte, de la literalidad de sus arts. 2.2, n) y o), ó 10.3.* HARTLEY, T./ DOGAUCHI, M., *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, Oficina Permanente, La Haya, 2005, pp. 36-39, 44-47 y 70-73.

46 En: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=137>.

47 Al excluir de su ámbito de aplicación material, en su art. 2.1, m), los aspectos

## **2.2. La incidencia plural de la normativa europea en la regulación de estos contratos**

8. Frente a los más que limitados avances en la ordenación internacional de los contratos de transferencia de tecnología desde instancias multilaterales, la postura adoptada por la UE en este ámbito ha sido más ambiciosa, aunque igualmente insuficiente y claramente dispersa; destacando, entre otros, por no abordar en un único instrumento especializado la ordenación de este tipo de acuerdos internacionales. Por el contrario, la acción normativa europea ha relegado la regulación de los contratos de transferencia de tecnología a una ordenación parcial y concentrada en diversas iniciativas normativas plurales que, desde distintos sectores, no se ve orientada por una clara voluntad global.

### ***2.2.1. La importancia del Reglamento Roma I***

9. Desde la perspectiva de la política de Cooperación judicial en materia civil y, en particular, desde una dimensión estrictamente conflictual en materia contractual, cabe destacar la importancia que en la actualidad posee en la disciplina de estos contratos por parte del Reglamento (CE) número 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) –en adelante RR I-<sup>48</sup>. Un instrumento europeo que cuenta con una aplicación preferente –desplazando la solución prevista en los sistemas de Derecho Internacional privado de los Estados miembros, dentro de su ámbito de aplicación<sup>49</sup>- al contar con una aplicación universal

---

relacionados con la propiedad intelectual. LUNDSTEDT, L., “The Newly Adopted Hague Judgements Convention: A missed Opportunity for Intellectual Property”, *IIC*, Vol. 50, 2019, pp. 933-936.

48 *DO L 177*, de 4.7.2008, corrección de errores en *DO L 309*, de 24.11.2009.

49 La normativa estatal reguladora de los aspectos jurídico-reales relativos a los derechos



o *erga omnes* como establece su art. 2. Un Reglamento que, aunque no se ha previsto de forma singular para este tipo de acuerdos internacional –ni tan siquiera para la categoría más general de los contratos en materia propiedad intelectual (aunque sí en la propuesta de 2005)-<sup>50</sup>, no cabe duda alguna de que disciplina los contratos aquí analizados, entrando plenamente en el ámbito de aplicación material que establece su art. 1<sup>51</sup>. Lo cierto es que, a partir de este instrumento, se ofrece un elevado nivel de certeza legal a las partes que participan en los contratos internacionales de transferencia de tecnología; contrastando así, con los desiguales resultados alcanzados desde instancias internacionales. En este sentido, sin ánimo de exhaustividad, se puede destacar:

a) En primer lugar, el art. 3 RR I pone el acento en favorecer un amplio juego de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes<sup>52</sup>, garantizando la seguridad jurídica y previsibilidad en el ámbito de la transferencia de tecnología. Una opción a la que se recurre con frecuencia en relación con los contratos analizados<sup>53</sup>, por medio del recurso habitual y de forma expresa a este expediente, por medio de la incorporación de cláusula de “jurisdicción y ley aplicable” en los contratos de transferencia de tecnología<sup>54</sup>; ya sea, según los intereses y fuerza negociadora

---

de PI sobre la tecnología transferida (cubierto por el 10.4 CC) y determinación de la ley rectora de la capacidad de las partes (ordenado por el 9.1 y 11 CC).

50 MANKOWSKI, P., “Contracts relating to Intellectual or Industrial Property Rights under the Rome I Regulation”, en: LEIBLE, S./ OHLY, A. (Eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009, pp. 31-78, pp. 33-35.

51 BENNETT, A./ GRANATA, S., *op. cit.*, nota 40, pp. 21-22.

52 MANKOWSKI, P., “Contracts relating to Intellectual...”, *op. cit.*, nota 50, pp. 47-48.

53 MOURA VICENTE, D., *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 287-289; TORREMANS, P., “Licenses and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation”, *JPIIL*, 2008, pp. 397-420, p. 420.

54 GUERRERO GAITÁN, M., *Los contratos de transferencia internacional de tecnología. América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia,

de las partes, para vincular la *lex contractus* a la *lex loci protectionis* o al ordenamiento del país donde se encuentra establecido el titular de los derechos de propiedad intelectual que son objeto de transferencia<sup>55</sup>. Aunque también se permite que el acuerdo se adopte tácitamente (i.e. si el contrato se encuentra vinculado con un acuerdo previo celebrado entre las partes)<sup>56</sup>.

b) Ante la ausencia de elección, la solución conflictual se localiza en el art. 4 RR I. El cual, al no incluir este tipo de acuerdos entre las letras a) a h) de su apartado 1<sup>o57</sup>, obliga a acudir a las soluciones previstas en los apartados 2 a 4. Su juego, debido a la complejidad y a la diversidad de formas que adoptan las actividades de transferencia, no resulta siempre sencillo. Así, sobre los mismos cabe destacar, en breve resumen, que el juego de su numeral 2<sup>o</sup>, basado en el criterio de la “prestación característica”, no siempre es de aplicación lineal en estos supuestos, pudiendo ir desde el juego de la ley de residencia habitual del transferente (en aquellas relaciones con causa simple)<sup>58</sup>, a la aplicación del

---

2014, p. 209; MANKOWSKI, P., “ARTICLE 3”, EN: MAGNUS, U./ MANKOWSKI, P. (Eds.), *Rome I Regulation*, Colonia, Otto Schmidt, 2017, pp. 87-263, pp. 122-137.

- 55 PALAO MORENO, G., “La transferencia internacional del conocimiento y de la innovación en Iberoamerica: una aproximación conflictual”, en: WACHOWICZ, M./ PALAO MORENO, G. (Coords.), *Propiedade Intelectual. Inovação e Conhecimento*, Curitiba, Juruá, 2010, pp. 137-153, p. 139.
- 56 FAWCETT, J.J./ TORREMANS, P., *Intellectual Property in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 553; GUERRERO GAITÁN, M., “Legislación aplicable a los contratos internacionales de Transferencia de Tecnología”, *Revista de la Propiedad Inmaterial*, 2010, núm. 14, pp. 141-193, pp. 170-171; HIESTAND, M., “Lizenzvertrag/ gewerbliche Schutzrechte”, en: REITHMANN, C./ MARTINY, D. (Eds.), *Internationales Vertragsrecht*, Colonia, Otto Schmidt, 2010 (7ª ed.), pp. 852-874, p. 862.
- 57 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights”, *YbPIL*, 2008, pp. 199-219; MAGNUS, U., “Article 4”, en: MAGNUS, U./ MANKOWSKI, P. (Eds.), *op. cit.*, nota 54, pp. 263-441, p. 425. Véase, STJCE, de 23.4.2009, en el Asunto C-533/07, *Falco Privatstiftung y Rabitsch* (ECLI:EU:C:2009:257).
- 58 DAVIS, R./ ST QUENTIN, T./ TRITTON, G., *Tritton on Intellectual Property in Europe*, Londres, 5ª ed., Sweet & Maxwell/ Thomson Reuters, 2018, p. 1381.

ordenamiento de la parte licenciataria o cesionaria cuando deba desarrollar o explotar el derecho de propiedad intelectual transferido en un único país<sup>59</sup>, o incluso llegar a rechazar el juego de esta conexión (i.e. en los casos de contratos colaborativos de transferencia con causa mixta)<sup>60</sup>.

El precepto cierra con el recurso excepcional al “principio de proximidad” en sus apartados 3 y 4; posibilitando acudir a la ley más estrechamente vinculada al contrato, atendiendo a las circunstancias que lo rodeen<sup>61</sup>. De nuevo, esta aproximación flexible podría autorizar el juego de la ley de residencia habitual del sujeto transferente<sup>62</sup>, aunque la complejidad y la pluralidad que caracteriza este tipo de acuerdos<sup>63</sup>, puede conducir al juego de otros ordenamientos como ley objetiva aplicable al contrato, como podría llegar a ser, de forma destacada –según las circunstancias-: la *lex loci protectionis*<sup>64</sup>, la normativa del país de la residencia habitual del destinatario<sup>65</sup>, aquélla del lugar de desarrollo posterior de la transferencia tecnológica<sup>66</sup>, o incluso la propia del país donde fundamentalmente se hubiera explotado el derecho de propiedad intelectual o industrial objeto de la transmisión<sup>67</sup>.

---

59 MOURA VICENTE, D., *A tutela internacional...*, *op. cit.*, nota 53, pp. 294-296.

60 PALAO MORENO, G., “La transferencia...”, *op. cit.*, nota 55, p. 146.

61 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Applicable law...”, *op. cit.*, nota 57, pp. 218-219.

62 FAWCETT, J.J./ TORREMANS, P., *op. cit.*, nota 56, p. 574-575.

63 Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *Rebels* 2007, pp. 225-344, pp. 264-265.

64 DAVIS, R./ ST QUINTIN, T./ TRITTON, G., *op. cit.*, nota 58, pp. 1382.

65 TORREMANS, P., “Licenses and assignments...”, *op. cit.*, nota 53, p. 420.

66 UBERTAZZI, B., “Ley aplicable a los contratos de transferencia de tecnología”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 2006/2207, pp. 447-472, p. 462.

67 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Applicable law...”, *op. cit.*, nota 57, p. 217.

c) En todo caso, el resultado alcanzado -por medio de la aplicación de los arts. 3 ó 4- podría verse alterado por medio del juego de la normativa imperativa de la *lex causae* o de la ley del foro –según los casos y como se prevé en los apartados 3 y 4 del art. 3<sup>68</sup>. o en el art. 9-<sup>69</sup> o excluido por la propia *lex fori* por medio del tradicional expediente de la excepción del orden público – incorporado en su art. 21-.

### **2.2.2. Incidencia de la normativa reguladora de la propiedad intelectual, libre competencia o comercio exterior**

**10.** La exposición del régimen legal europeo relativos a los contratos de transferencia de tecnología se ve afectada igualmente a partir de ciertas normas especializadas, que regulan aspectos puntuales de los mismos; pudiendo llegar a incidir en tales acuerdos en ocasiones –principalmente *ex art. 9 RR I-* en tanto que disposiciones de naturaleza imperativa<sup>70</sup>.

a) Por lo que respecta al ámbito de la normativa rectora de la propiedad intelectual, hay que hacer mención a las previsiones relativas a los contratos de licencia sobre derechos de propiedad industrial UE de carácter unitario contenidos en, por un lado, los arts. 20, 21, 25 y 26 del Reglamento (UE) núm. 2017/1001, sobre

68 Véase, STJCE, de 9.11.2000, en el Asunto C-381/98, *Ingmar GB* (ECLI:EU:C:2000:605).

69 BONOMI, A., “Article 9”, en: MAGNUS, U./ MANKOWSKI, P. (Eds.), *op. cit.*, nota 54, pp. 599-661, pp. 630-655.

70 METZGER, A., “Transfer of Rights, License Agreements, and Conflict of Laws: Remarks on the Rome Convention of 1980 and the current ALI Draft”, en: *Intellectual property in the Conflict of laws*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, pp. 61-77, p. 70; SANTOS BELANDRO, R.S., *El Derecho aplicable a los contratos internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Montevideo, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, 1998, pp. 225-241.

la marca de la Unión Europea; los arts. 28 y 32 del Reglamento (CE) núm. 6/2002, sobre los dibujos y modelos comunitarios; o los arts. 27 a 29 del Reglamento (CE) núm. 873/2004, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2100/94 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales<sup>71</sup>. Por otro lado, con una incidencia todavía más directa, aun cuando no se trate de normativa propia de la UE, destacar el Capítulo IV (arts. 71 a 74) del Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas de 1973 (CPE)<sup>72</sup>. Asimismo, a pesar de no haber entrado en vigor y relacionado principalmente con la dimensión jurisdiccional, mencionar los preceptos relativos a estos contratos que van salpicando los diversos instrumentos que componen el “Paquete de Patente Unitaria”<sup>73</sup>.

b) Relacionado con la política de defensa de la libre competencia, igualmente se aprecia el interés de las instituciones europeas en los contratos internacionales analizados<sup>74</sup>. En este

---

71 Respectivamente en, *DO L 154, de 16.6.2017*; *DO L 3, 5.1.2002*; y *DO L 162, 30.4.2004*.

72 Naciones Unidas, *Treaty Series*, Vol. 1065, núm. 16208. También, Tratado de Cooperación en materia de Patentes de 1970 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, Vol. 1160, núm. 18336) y Tratado sobre Derecho de Patentes de 2000 (Naciones Unidas, *Treaty Series*, Vol. 2340, núm. 41939).

73 En particular, los arts. 8, 31.1, a) y h, 47 y 69 del Reglamento (UE) núm. 1257/2012. El “Paquete” lo componen los Reglamentos (UE) núm. 1257/2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente (*DO L 361, de 31.12.2012*); núm. 1260/2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (*DO L 361, de 31.12.2012*); y núm. 542/2014, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 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 (*DO L 163, de 29.5.2014*); y Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes de 2013 (*DO C 175, de 20.6.2013*). Véase, GANDÍA SELLENS, M.A., *La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de presunta infracción de derechos de patente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 71-73, 118-126, 175-184, 216-220, 262-263.

74 KOKKINI-IATRIDOU, D., *op. cit.*, nota 5, p. 271.

sentido, por citar únicamente los instrumentos más reseñables, los Reglamentos (CE) núm. 1/2003 y (UE) núm. 316/2014, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, o la Comunicación de la Comisión “Directrices relativas a la aplicación del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología”<sup>75</sup>. Junto a ello, destacar la preocupación manifestada por el TJUE en que no se produzcan restricciones a la libre competencia en los casos en los que los titulares de patentes esenciales pudieran llegar a abusar de su posición de dominio, cuando se nieguen a licenciar sus derechos de propiedad intelectual en condiciones FRAND (*Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*)<sup>76</sup>.

c) Por último, no hay que olvidar la incidencia que van a tener en los contratos internacionales de transferencia de tecnología las disposiciones UE propias de la regulación del Comercio Exterior, relativas a sectores como el control de las exportaciones de productos de doble uso<sup>77</sup>, o el propio de las Inversiones Extranjeras –al adoptar esta forma en numerosas ocasiones-<sup>78</sup>.

---

75 *Respectivamente, DO L 1, de 4.1.2003; DO L 93, de 28.3.2014; y DO C 89, de 28.3.2014. Al respecto, DAVIS, R./ ST QUINTIN, T./ TRITTON, G., op. cit., nota 58, pp. 1018-1022 y 1026-1032.*

76 Véase, STJUE, de 16-7-2015, en el Asunto C-170/13, *Huawei Technologies* (ECLI:EU:C:2015:477).

77 Reglamento (CE) núm. 428/2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso (*DO L 134, de 29.5.2009*); o los Reglamentos delegados (UE) núm. 2018/1922, que modifica el Reglamento (CE) núm. 428/2009 del Consejo, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso (*DO L 319, de 14.12.2018*); y núm. 2019/2199, que modifica el Reglamento (CE) núm. 428/2009 del Consejo, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso (*DO L 338, de 30.12.2019, cde en DO L 51, de 25.2.2020 y en DO L 72, de 9.3.2020*).

78 Reglamento (UE) núm. 2019/452, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión (*DO L 79, de 21.3.2019*).

### **3. LA CRECIENTE INCIDENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN EN LA ORDENACIÓN DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA.**

11. De lo expuesto hasta el momento se advierte, con carácter principal, la desigual y dispersa incidencia de la normativa internacional y europea, al respecto de la reglamentación de los contratos internacionales de transferencia de tecnología. Ante este complejo panorama y la necesidad de dotar de un elevado nivel de certeza legal a esta actividad –en forma de una deseable armonización normativa-, se aprecian importantes movimientos que han conducido: tanto en la aparición de un plural conjunto de actores interesados en una adecuada ordenación de este tipo de acuerdos, como en una intensa y creciente tendencia hacia la autorregulación desde instancias principalmente privadas –en forma de una coordinación abierta y voluntaria por parte de los propios actores-. Una serie de elementos que, entre otros resultados, están desembocando en una paulatina aproximación en la ordenación de este tipo de acuerdos internacionales; aunque en esta ocasión, no sólo por medio de iniciativas institucionales “de arriba a abajo”, sino también llevada a cabo en muchas ocasiones por parte de los propios participantes en este tipo de acuerdos “de abajo a arriba”.

Una acción flexible y descentralizada que, además de fomentar una suerte de coordinación voluntaria en este sector, se beneficia del carácter privado de este tipo de acuerdos, apoyándose en el transcendental peso que posee la autonomía de la voluntad en estos contratos que cuentan con un carácter privado. Un principio que, de un lado, se ha visto consagrado, desde una dimensión conflictual, en el art. 3 RR I. El cual, sin embargo, únicamente contempla que la elección de las partes

pueda realizarse a favor de una “ley” estatal (o varias, al admitirse el fraccionamiento), pero no el recurso a los principios, reglas, usos o prácticas propios de la *Lex Mercatoria*. Los cuáles, sin embargo y de otro lado, sí podrán ser objeto de una “incorporación por referencia”, desde una perspectiva material –como destaca el Considerando 13 del RR I-79; en atención a lo previsto en nuestro art. 1255 CC<sup>80</sup>. Una transcendencia del principio autonomista que, en último extremo, tiñe las decisiones de las partes y los distintos documentos contractuales que pudieran suscribir las partes en las sucesivas fases en las que se suelen desarrollar los contratos de transferencia de tecnología (tanto en el periodo pre-contractual, el contrato en sí, o los acuerdos posteriores para su ejecución)<sup>81</sup>. y, en particular, en el prolijo clausulado que las partes suelen negociar en este ámbito<sup>82</sup>.

### 3.1. Nuevos actores y de formas de colaboración

**12.** Como es sabido, en la gestión legal de los contratos internacionales de transferencia de tecnología participan una pluralidad de sujetos. Así, junto a las propias instituciones codificadoras mencionadas y además de las propias partes intervinientes en el contrato –como las empresas y los organismos

---

79 PALAO MORENO, G., “La explotación internacional de los derechos de propiedad intelectual en el medio digital: una aproximación desde el Derecho Internacional privado comunitarios”, en: PALAO MORENO, G./ PLAZA PENADÉS, J. (Dirs.), *Nuevos retos de la Propiedad intelectual*, Cizur Menor, Aranzadi/ Thomson Reuters, 2009, pp. 213-236, p. 229.

80 GUERRERO GAITÁN, M., *Los contratos...*, *op. cit.*, nota 54, p. 123.

81 DROPE, R./ HOFFMANN, M./ ADLER, P./ THRUN, D., “Pre-contract IP”, en: JOLLY, A. (Ed.), *The Handbook of European Intellectual Property Management. Developing, managing and protecting your company’s intellectual property*, Londres, 4ª ed., Kogan Page, 2015, pp. 79-82.

82 ECHARRI, S./ PENDÁS, A., *La Transferencia de Tecnología. Aplicación práctica y jurídica*, Madrid, Mares, 1999, pp. 41-42.



de investigación e innovación-, participan en esta labor diversos actores de naturaleza tanto pública como privada<sup>83</sup>. Los cuales, a su vez, no actúan aisladamente, sino colaborativamente, generando estrategias y estructuras cooperativas conjuntas -tanto público-privadas, como entre entidades privadas-.

a) Entre los primeros, además de las Agencias gestoras de los derechos objeto de transferencia -como en nuestro caso, la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM)-, cabe hacer mención de los Centros Tecnológicos, los Organismos Públicos de Investigación (OPIs) y sus Oficinas de Transferencia de Resultados de Investigación (OTRI) o incluso las Fundaciones universitarias<sup>84</sup>.

b) Entre los segundos, además del propio sector empresarial, pueden citarse los Consorcios que surgen de la colaboración entre entidades investigadoras e innovadoras<sup>85</sup>, al igual que las sociedades de capital riesgo que financian las Empresas de Base Tecnológica (EBTs) -i.e. *Start-Ups* o *Spinn-offs*-<sup>86</sup>, o las numerosas

---

83 ANDERSON, M., *Technology Transfer*, Londres, 3ª ed., Bloomsbury Professional, 2010, pp. 4-5.

84 Véase HIDALGO, A., *Mecanismos de transferencia de tecnología y propiedad industrial entre la Universidad, los Organismos Públicos de Investigación y las Empresas*, Madrid, EOI, 2010. En el caso español destacan la Red OTRI del Consejo de Rectores de Universidades de España (CRUE) y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) (accesibles respectivamente en: <http://www.redotriuniversidades.net/index.php/enlaces> y <https://www.csic.es/es/innovacion-y-empresa/contratos>).

85 podrían mencionarse la existencia de distintos acuerdos modelo para este tipo de colaboraciones, como DESCA o DIGITAL EUROPE Accesibles en: [www.desca2020.eu](http://www.desca2020.eu) y [www.digitaleurope.org/services/h2020-model-consortium-agreement](http://www.digitaleurope.org/services/h2020-model-consortium-agreement).

86 ÁVILA DE LA TORRE, A., “La financiación de las empresas de base tecnológica”, en: CARBAJO GASCÓN, F./ CURTO POLO, M.M. (Dirs.), *Propiedad Intelectual y Transferencia de Conocimiento en Universidades y Centros Públicos de Investigación*, Valencia, Tirant lo Blanch/ Ediciones Universidad de Salamanca, 2018, pp. 617-644, pp. 620-623.

Asociaciones profesionales que han ido surgiendo a medida que se iba profesionalizando la compleja actividad de transferencia e innovación<sup>87</sup>. Asimismo, ha de mencionarse la creciente incidencia que, en este ámbito tan complejo y técnico, posee la estandarización técnica. La cual, además de los esfuerzos legislativos llevados a cabo desde instancias UE<sup>88</sup>, se ha visto favorecida por las conocidas como Organizaciones de Desarrollo de Estándares -Standard Development Organizations (SDOs)-, destacando en este ámbito la labor promovida por entidades como CEN-CELEC o por ESTI<sup>89</sup>.

### 3.2. Códigos de conducta, contratos modelos e importancia de la estandarización

**13.** Las dificultades que ha suscitado la codificación internacional de los contratos internacionales de transferencia de tecnología, han hecho que los distintos actores intervinientes se hayan afanado en dotar de un marco regulador seguro y previsible

87 Como son, entre otros, la *International Association for the Protection of Intellectual Property* (AIPPI) -en: <https://aippi.org/>- la *Alliance of Technology Transfer Professionals* (ATTP) -en: <https://attp.info/learn-about-attp/>-; la *Association of University Technology Managers* (AUTM) -en: <https://autm.net/>- la *Fédération Internationale des Conseils en Propriété Industrielle* (FICPI) -en: <https://ficpi.org/>-; la *Licensing Executives Society International* (LESI) -en: <https://www.lesi.org/>-; la *Association of European Science and Technology Transfer Professionals* (ASTP) -en: [www.astp.net/](http://www.astp.net/)-; o el *Center for Technology Transfer* - En: <https://joinup.ec.europa.eu/collection/spain-center-technology-transfer/about>.

88 Reglamento (UE) núm. 1025/2012, sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión núm. 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Texto pertinente a efectos del EEE (DO L 316, de 14.11.2012).

89 Respectivamente en: <https://www.cencenelec.eu/Pages/default.aspx> y en <https://www.etsi.org/about>.

a este tipo de contratos, impulsando asimismo la autorregulación en este ámbito. Esta acción posee diversas manifestaciones -en un sector tan especializado y con una demostrada complejidad técnica-, al igual que cuenta con la participación de entidades públicas y privadas, tanto por separado como de forma colaborativa. Lo cierto es que, ya se encuentren contenidas en un instrumento de *Soft Law* o como manifestación de la *Lex Mercatoria* en este ámbito<sup>90</sup>, las iniciativas “autorreguladoras” se han ido multiplicando durante los últimos años. Y ello, por medio de la elaboración de Códigos de conducta, guías de buenas prácticas o contratos modelo, a los que se han añadido los procesos de estandarización, diseñados para una ordenación adecuada de los contratos internacionales de transferencia de tecnología.

**14.** Para empezar, motivado por la imposibilidad de dotar de un marco jurídico internacional uniforme a los acuerdos de transferencia de tecnología y como manifestación del *Soft Law* en este sector, destaca la elaboración de Códigos de conducta, movidas por incorporar elementos éticos en la celebración de este tipo de acuerdos. Así, por lo que hace a las iniciativas institucionales, debe recordarse primeramente el mencionado Proyecto UNCTAD de “Código internacional de conducta para la transferencia de tecnología”. Una malograda iniciativa que, sin embargo, ha demostrado ser muy influyente para otros organismos internacionales y para los propios legisladores estatales —que igualmente han ido generando sus propios Códigos—.

En todo caso, si se lleva a cabo un repaso a la estructura y al articulado de este Proyecto, además de establecer un amplio ámbito de aplicación (Capítulos I y II), se aprecia cómo, mediante la previsión de unos mínimos que voluntariamente deberían incorporarse en los ordenamientos estatales (Capítulo III), este

---

90 DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratos...*, *op. cit.*, nota 6, pp. 213-218.

instrumento ambicionaba lograr un consenso global por medio del que, no sólo se erradicaran las prácticas que restringieran estas actividades y asimismo se ofrecieran garantías suficientes a los participantes en este tipo de transacciones (Capítulos IV y V), sino que igualmente se favoreciera el flujo de tecnología y la colaboración interestatal en este ámbito (Capítulos VI y VII); incluyendo, por lo respecta a este estudio y con el objetivo de incrementar la certeza jurídica al respecto de este tipo de acuerdos, unas soluciones modelo, tanto al respecto de la determinación de la ley aplicable –basadas en la posibilidad de llevar a cabo una *electio iuris* y, a falta de la misma, el juego principal del ordenamiento del país de recepción y uso de la tecnología transferida-, como al respecto de la resolución de los litigios que pudieran generarse en su seno -privilegiando el recurso al arbitraje- (Capítulo VIII)<sup>91</sup>.

A iniciativas de origen público e internacional, como la mencionada, se añaden otras de carácter regional. Así, a modo de ejemplo, la UE se ha sumado a esta corriente, como ponen de manifiesto la publicación de la Recomendación de la Comisión sobre la gestión de la propiedad intelectual en las actividades de transferencia de tecnología o el Código de prácticas para las Universidades y otros Organismos Públicos de Investigación de 2008<sup>92</sup>.

Por último, no faltan propuestas de carácter privado, creadas desde la industria y por las propias Asociaciones profesionales que actúan en este sector; incorporando códigos de conducta y elementos de carácter ético a la hora de negociar, redactar y ejecutar los acuerdos internacionales de transferencia de tecnología –en función al habitual desequilibrio negocial que

---

91 WILMER, G., “Applicable Law and Dispute Settlement”, en: PATEL, S.J./ROFFE, P./YUSSUF, A. (Eds.), *op. cit.*, nota 5, pp. 115-123.

92 En: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4cc4d955-3140-442c-b1e6-104abd0a5fd8>.

preside este tipo de acuerdos-. En este sentido y a modo de ejemplo, destacan iniciativas como la de la FICPI, al establecer su propio Código de Conducta (conocido como “Código de Lugano”), con el que persigue que se desarrolle la profesión con honestidad, justicia y cortesía <sup>93</sup>

**15.** Junto a ello y por razón del interés público que subyace en la promoción de la actividad de transferencia internacional de tecnología, constituye un campo abonado para el desarrollo de Guías y Manuales de buenas prácticas orientadas a facilitar la negociación y redacción adecuada de los contratos de transferencia de tecnología. Las cuales, se han visto promovidas tanto desde las propias sedes de codificación, como desde las asociaciones profesionales propias del sector.

a) Así, por lo que respecta a la primera dimensión, sobresale la importante labor desarrollada por la OMPI en este ámbito -directamente relacionada con su Agenda para el desarrollo, destaca la publicación de diversos documentos que sirven a este objetivo como<sup>94</sup>: “Guía de licencias para países en desarrollo” de 1977<sup>95</sup>; “Cómo negociar licencias tecnológicas”, de 2004<sup>96</sup>; “Intercambiar valor. Negociación de acuerdos de licencia de tecnología. Manual de capacitación” de 2005<sup>97</sup>; o “Successful Technology Licensing” de 2015<sup>98</sup>.

b) Por su parte, desde una perspectiva estrictamente privada, resultan paradigmáticas las guías y manuales desarrollados desde

---

93 En: [https://ficpi.org/\\_uploads/files/Code-of-Professional-Conduct.pdf](https://ficpi.org/_uploads/files/Code-of-Professional-Conduct.pdf).

94 [https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/tech\\_transfer/index.html](https://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/tech_transfer/index.html)

95 Publicación OMPI núm. 620S.

96 Publicación OMPI núm. 903S.

97 Publicación OMPI núm. 906S.

98 Publicación OMPI núm. 903E.

entidades de la importancia de la AUTM o por la ASTP<sup>99</sup>. Por otra parte, aunque relacionado con esta importante labor profesional sobresalen, en el ámbito de la estandarización, aquellas SDOs preocupadas por la utilización de licencias de patentes esenciales para estándares tecnológicos (*Standard Essential Patent*, SEP) y su concesión en condiciones FRAND<sup>100</sup>, como promueven las antes mencionadas CEN-CELEC o ESTI.

**16.** Sin embargo, como expresión paradigmática de la *Lex Mercatoria*, la elaboración de contratos modelos constituye igualmente una práctica muy difundida en relación con la actividad de transferencia de naturaleza transfronteriza que igualmente colabora en una suerte de estandarización en este sector. En este sentido, no sólo resulta habitual que las OTRIs cuenten con sus propios modelos de contratos, sino también que las Asociaciones mencionadas hagan recomendaciones al respecto de su empleo<sup>101</sup>. Aunque, ante la proliferación de los mismos y a efectos expositivos, se dará cuenta de dos relevantes propuestas provenientes, tanto desde la colaboración público-privada, como desde la sociedad de empresarios que operan en el comercio internacional.

a) Por un lado, debe hacerse mención, por su excepcional interés práctico y didáctico, así por constituir un encomiable ejemplo de colaboración público-privada, la reciente iniciativa desarrollada conjuntamente desde nuestra OEPM, en conjunción con la OMPI, el CSIC y con LES (España y Portugal). La cual

---

99 Respectivamente en: <https://autm.net/surveys-and-tools/tech-transfer-practices-manual> y en: <http://www.astp4kt.eu/best-practice-lib/guidelines-agreements-checklists/>.

100 Véase MUÑOZ FERRANDIS, C./ TAPIA, C. “Integrating Open Source Into De Jure Standardization: Beyond A Call For The Appropriate License”, *les Nouvelles - Journal of the Licensing Executives Society*, 2018, Septiembre, pp. 221-231.

101 ANDERSON, M., *Technology Transfer, op. cit.*, nota 83, pp. 53-124.

ha conducido a la generación de diversos contratos modelo de frecuente uso en este ámbito –en versión bilingüe, español e inglés–, entre los que se encuentran los acuerdos de confidencialidad, los de transferencia de material, los de licencia (Ente público-Empresa y Empresa-Empresa) y de Investigación y Desarrollo; los cuales, a su vez, van acompañados igualmente de su propia Guía de utilización<sup>102</sup>. Sin duda, se trata de una iniciativa que posee un extraordinario significado e implicaciones, a la vez que constituir una excelente buena práctica en este ámbito, que de seguro contará con réplicas posteriores en otras latitudes. De entre sus cláusulas, y por lo que respecta a este estudio, destacar la relativa a la “Ley aplicable y Jurisdicción” –presente en todos los acuerdos modelo mencionados–, donde se consigna que “El presente Acuerdo tiene naturaleza privada y está sometido al derecho español”; resultando plenamente conforme a las exigencias del art. 3 RR I y coherente con esta realidad contractual actual.

b) Por otro lado, desde las iniciativas generadas desde el mundo empresarial, mencionar el *ICC Model International Technology Transfer Contract*- desarrollado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y cuya última versión es de 2016<sup>103</sup>. Una iniciativa armonizadora que entronca con la amplia actividad desarrollada desde esta entidad con el fin de ofrecer modelos contractuales, que se apoya en el principio autonomista. La construcción de su cláusula de ley aplicable –contenida en su art. 18–, establece como soluciones de reemplazo a la *electio iuris*, el juego sucesivo de los principios de Derecho generalmente aceptados en el Comercio Internacional, los usos relevantes en este ámbito y los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales<sup>104</sup>.

---

102 Sobre esta cuestión: [https://www.oepm.es/es/propiedad\\_industrial/transferencia\\_de\\_tecnologia/Modelos\\_de\\_Contratos/](https://www.oepm.es/es/propiedad_industrial/transferencia_de_tecnologia/Modelos_de_Contratos/).

103 Publicación CCI núm. 674 (París, ICC Publications, 2009).

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

Un juego prioritario de la *Lex Mercatoria* que sirve al objetivo de evitar una referencia a un ordenamiento estatal concreto, que resulta habitual en los modelos elaborados por esta institución y al empleo del arbitraje comercial propio de la CCI<sup>105</sup>.

### **3.3. La proliferación global de “Principios” y su relación con los contratos internacionales de transferencia de tecnología**

17. Aunque con un origen principalmente académico y sin estar diseñados de forma específica para los contratos internacionales de transferencia de tecnología, no puede dejar de mencionarse la incidencia que va a tener en la ordenación de este tipo de acuerdos los diversos “Principios” que se han ido elaborando, con el objetivo de ofrecer un modelo de ordenación de los derechos de propiedad intelectual en supuestos internacionales, y que han ido gestándose de forma sucesiva en distintos países. Su importancia no se reduce en crear un “estado de la cuestión” en la doctrina, sino que ha dado lugar al establecimiento de verdaderas “reglas modelo” que han desembocado en una suerte de propuesta de armonización global descentralizada y voluntaria –a modo de los *Restatements* estadounidenses-, con visos de trascender de la estricta esfera doctrinal –al haber despertado el interés de las instituciones codificadoras y asociaciones profesionales-. Unos “Principios” que, por lo que respecta a nuestro análisis, al referirse de forma genérica a los contratos internacionales de propiedad intelectual, engloba asimismo a los contratos internacionales de transferencia de tecnología; ofreciendo una aproximación completa y adaptada a los mismos, frente a dispersión y complejidad que caracteriza el marco normativo vigente –incluso en relación con el ordenamiento de la UE-.

---

105 Al igual que contempla el juego de la normativa imperativa propia de un tercer país. Publicación CCI núm. 674, pp. 14-15.



a) En este sentido, desde una perspectiva temporal (por su fecha de edición), hay que hacer mención de los “*Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgements in Transnational Disputes*”, publicados por el *American Law Institute* (ALI) en 2008<sup>106</sup>. Con posterioridad, citar los “*Transparency of Japanese Law Projects’s Porposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgements in Intellectual Property*” de 2009, que condujeron a la presentación de los “*Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights*” publicada conjuntamente por Japón y Corea del Sur en 2010<sup>107</sup>. A los mismos siguieron, con un origen europeo, los “*Principles for Conflicts of Laws in Intellectual Property*” de 2011, elaborados por el *European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property* (CLIP); destacando las reglas previstas en su art. 2:201 -en materia jurisdiccional- o su sección 5<sup>a</sup> –relativa a la dimensión conflictual-<sup>108</sup>.

b) Estas distintas iniciativas no pueden ser concebidas como aisladas desde una perspectiva geografía, ni confinadas

---

106 American Law Institute, *ALI Principles governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgements in Transnational Disputes*, St. Paul, ALI Publishers, 2008. DESSEMONTET, F., “Los Principios del *American Law Institute*: propiedad intelectual y litigios transfronterizos”, *InDret*, 2009, núm. 2; DREYFUSS, R., “The ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts?”, *Brook. J. Int’l L.*, 2005, núm. 30 pp. 819-848.

107 En: BASEDOW, J./ KONOAND, T./ METZGER, A. (Eds.), *Intellectual Property in the Global Arena - Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tubinga, Mohr Siebeck, pp. 394-402. Un comentario en: <http://www.win-cls.sakura.ne.jp/pdf/28/08.pdf>.

108 En: [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Principios\\_CLIP.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/clip/Principios_CLIP.pdf). Véase BARIATTI, S. (Ed.), *Litigating Intellectual Property Rights Dispute Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Milán, Cedam, 2010; European Max Planck Group on conflict of laws in intellectual property, *Conflict of Laws in Intellectual Property (Text and Commentary)*, Oxford, Oxford University Press, 2013; MATULIONYTE, R., *Law Applicable to Copyright. A Comparison of the ALI and CLIP Proposals*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011; MOURA VICENTE, D., “Principios sobre conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual”, *CDT*, Vol. 3, 2011, núm. 1, pp. 5-23.

al interés académico únicamente. El hecho es que han derivado en la creación de una Comisión relativa a “Intellectual Property and Private International Law” en el seno de la *International Law Association* (ILA), que ya cuenta con un borrador de “Principios” desde 2018<sup>109</sup>. Qué duda cabe que, una vez finalizados, van a desplegar una notable influencia en las distintas sedes de codificación, con los beneficios que podrían producir al respecto de garantizar un mayor nivel de seguridad jurídica para los contratos internacionales de transferencia de tecnología; como se observa al analizar sus arts. 3, 4, 9 y 10 –sobre la dimensión de jurisdicción competente- o 21 a 24 –al respecto de la determinación de la ley aplicable-.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

**18.** Frente a la imposibilidad de cumplir con el deseo de contar con un marco uniforme y completo que, de forma centralizada, regule los contratos internacionales de transferencia de tecnología en la actualidad, el marco rector de este tipo de acuerdos se encuentra, hoy por hoy, dominado por un proceso de coordinación abierta, plural y fuertemente descentralizado. El cual, al ser llevado a cabo tanto “de arriba abajo” como “de abajo a arriba”, por parte de los diversos actores con intereses (públicos o privados) que participan activamente en esta actividad crecientemente internacional; incorpora elementos propios de la armonización institucional (*Soft Law*) y de la autorregulación privada (*Lex Mercatoria*).

El resultado, a pesar del alto grado de complejidad que ofrece y la incidencia legislativa puntual desde determinados sectores, con los que ponen en evidencia la importancia de los intereses

---

<sup>109</sup> En: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees>.

públicos en este ámbito –como así sucede con la normativa de la propiedad intelectual, de defensa de la competencia o rector del comercio exterior-, lejos de ser totalmente insatisfactorio, ofrece un modelo ciertamente abierto que garantiza una gran dosis de flexibilidad y voluntariedad a las partes a través del juego de la autonomía de la voluntad –donde el art. 3 RR I desempeña un destacable papel-; y que, a su vez, se ve acompañado por una fuerte tendencia hacia la estandarización –por medio de la implantación de contratos modelo, guías y manuales-, así como la incorporación de elementos éticos al regular este tipo de contratos internacionales –gracias al desarrollo de códigos de conducta-.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-MUÑUER, M.E., “Los contratos de licencia de patente y de *know-how* como formas de transferencia de tecnología”, en: VARGAS VASSEROT, C. (Dir.), *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley Orgánica de Universidades a la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 255-281.

ANDERSON, M., *Technology Transfer*, Londres, 3ª ed., Bloomsbury Professional, 2010.

ÁVILA DE LA TORRE, A., “La financiación de las empresas de base tecnológica”, en: Carbajo Gascón, F./ Curto Polo, M.M. (Dir.), *Propiedad Intelectual y Transferencia de Conocimiento en Universidades y Centros Públicos de Investigación*, Valencia, Tirant lo Blanch/ Ediciones Universidad de Salamanca, 2018, pp. 617-644.

BARIATTI, S. (Ed.), *Litigating Intellectual Property Rights Dispute Cross-Border: EU Regulations, ALI Principles, CLIP Project*, Milán, Cedam, 2010; European Max Planck Group on conflict of laws in intellectual property, *Conflict of Laws in Intellectual Property (Text and Commentary)*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

BASEDOW, J./ KONOAND, T./ METZGER, A. (Eds.), *Intellectual Property in the Global Arena - Jurisdiction, Applicable Law, and the Recognition of Judgments in Europe, Japan and the US*, Tubinga, Mohr Siebeck.

BENNET, A./ GRANATA, S., *When private international Law meets Intellectual Property Law. A Guide for Judges*, Ginebra/ La Haya, OMPI/ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, 2019.

BOGUSLAWSKIJ, M.M. (Ed.), *Internationaler Technologietransfer. Rechtliche Regelungen*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1990.

BONOMI, A., “Article 9”, en: Magnus, U./ Mankowski, P. (Eds.), *Rome I Regulation*, Colonia, Otto Schmidt, 2017, pp. 599-661.

BOUZA VIDAL, N., “Aspectos del Derecho internacional privado de los contratos de transferencia de tecnología”, *Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 1991, pp. 227-269.

CHOI, Y.S./ HEINEMANN, A., “Restrictions of Competition in Licensing Agreements: The Worldwide Convergence of Competition Laws and Policies in the Field of Intellectual Property”, *Eur. Bus. Org. Law Rev.*, 2016, núm. 17, pp. 405-422.

CORREA, C.M. “Technology transfer in the WTO agreements”, en: *A Positive Agenda for Developing Countries*, Nueva York, UNCTAD, 2000.

----, “Emerging Trends: New Patterns of Technology Transfer”, en: Patel, S.J./ Roffe, P./ Yussuf, A. (Eds.), *International Technology Transfer. The Origins and Aftermath of the United Nations Negotiations on a Draft Code of Conduct*, La Haya, Kluwer Law International, 2001, pp. 259-280.;

DAVIS, R./ ST QUINTIN, T./ TRITTON, G., TRITTON ON INTELLECTUAL PROPERTY IN EUROPE, LONDRES, 5<sup>a</sup> ed., Sweet & Maxwell/ Thomson Reuters, 2018.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Applicable law in the absence of choice to contracts relating to intellectual or industrial property rights”, *YbPIL*, 2008, pp. 199-219.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial*, Pamplona, 2<sup>a</sup> ed., Aranzadi, 2000

DESSEMONTET, F., “Los Principios del *American Law Institute*: propiedad intelectual y litigios transfronterizos”, *InDret*, 2009, núm. 2

DREYFUSS, R., “The ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts?”, *Brook. J. Int’l L.*, 2005, núm. 30 pp. 819-848.

DROPE, R./ HOFFMANN, M./ ADLER, P./ THRUN, D., “Pre-contract IP”, en: JOLLY, A. (Ed.), *The Handbbok of European Intellectual Property Management. Developing, managing and protecting your company’s intellectual property*, Londres, 4<sup>a</sup> ed., Kogan Page, 2015, pp. 79-82.

ECHARRI, S./ PENDÁS, A., *La Transferencia de Tecnología. Aplicación práctica y jurídica*, Madrid, Mares, 1999.

FAWCETT, J.J./ TORREMANS, P., *Intellectual Property in Private International Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

FERNÁNDEZ TORNÉS, A., “Los Códigos internacionales de conducta; nuevos instrumentos de regulación para un nuevo orden económico internacional”, *ADI*, 1977-1978, núm. 4, pp. 199-238.

FORAY, D., *Technology Transfer in the TRIPS Age: The Need for New Types of Partnerships between the Least Developed and Most Advanced Economies*, Ginebra, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2009.

GANDÍA SELLENS, M.A., *La competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de presunta infracción de derechos de patente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

GUERRERO GAITÁN, M., “Legislación aplicable a los contratos internacionales de Transferencia de Tecnología”, *Revista de la Propiedad Inmaterial*, 2010, núm. 14, pp. 141-193.

GUERRERO GAITÁN, M., “Tipología de los contratos de transferencia de tecnología”, *Revista de Propiedad Inmaterial*, 2009, nº 13, pp. 199-252.

GUERRERO GAITÁN, M., *Los contratos de transferencia internacional de tecnología. América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

HARTLEY, T./ DOGAUCHI, M., *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention*, Oficina Permanente, La Haya, 2005, pp. 36-39, 44-47 y 70-73.

HIDALGO, A., *Mecanismos de transferencia de tecnología y propiedad industrial entre la Universidad, los Organismos Públicos de Investigación y las Empresas*, Madrid, EOI, 2010. En el caso español destacan la Red OTRI del Consejo de Rectores de Universidades de España (CRUE) y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) (accesibles respectivamente en: <http://www.redotriuniversidades.net/index.php/enlaces> y <https://www.csic.es/es/innovacion-y-empresa/contratos>).

HIESTAND, M., “Lizenzvertrag/ gewerbliche Schutzrechte”, en: REITHMANN, C./ MARTINY, D. (Eds.), *Internationales Vertragsrecht*, Colonia, Otto Schmidt, 2010 (7<sup>a</sup> ed.), pp. 852-874.

KHAN, M.R., *Changing the World by Technology Transfer. Licensing and Commercializing of Intellectual Properties*, Bloomington, Exlibris, 2011,

KOKKINI-IATRIDOU, D., “Contracts for the Transfer of Technology”, en: VOSKUIL, C.C.A./ PARAC, Z./ WADE, J.A. (Eds.), *Hague-Zagreb Essays 6: On the Law of International Trade: Credit and Guarantee Financing: Transfer of Technology, Volume 6*, Leiden, Brill, 1991, pp. 265-298.

LUNDSTEDT, L., “The Newly Adopted Hague Judgements Convention: A missed Opportunity for Intellectual Property”, *IIC*, Vol. 50, 2019, pp. 933-936.

MAGNUS, U., “Article 4”, en: Magnus, U./ Mankowski, P. (Eds.), *op. cit.*, pp. 263-441.

MANKOWSKI, P., “Article 3”, en: Magnus, U./ Mankowski, P. (Eds.), *op. cit.*, pp. 87-263.

MANKOWSKI, P., “Contracts relating to Intellectual or Industrial Property Rights under the Rome I Regulation”, en: LEIBLE, S./ OHLY, A. (Eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009, pp. 31-78.

MARTÍNEZ-PACHECO, B./ VARGAS-CHAVES, I./ SALGADO-FIGUEROA, E. “El contrato de transferencia de tecnología: caracterización e importancia estratégica”, *Revista Brasileira de Direito*, Vol. 14, 2018, núm. 2, pp. 22-39.

MASKUS, K.E., *Encouraging International Technology Transfer*, Ginebra, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), 2004.

MATULIONYTE, R., *Law Applicable to Copyright. A Comparison of the ALI and CLIP Proposals*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011.

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *Rebels* 2007, pp. 225-344.

MEISELLES, M./ WHARTON, H., *International Licensing Agreements. IP, Technology Transfer and Competition Law*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2018.

METZGER, A., “Transfer of Rights, License Agreements, and Conflict of Laws: Remarks on the Rome Convention of 1980 and the current ALI Draft”, en: *Intellectual property in the Conflict of laws*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, pp. 61-77.

MORÁN MARTÍNEZ, L., “Análisis de las normativas internacionales sobre la transferencia de tecnología: incidencia en Cuba”, *Revista Direito GV*, 7(2), 2011, pp. 501-514.



MOURA VICENTE, D., “Principios sobre conflictos de leyes en materia de propiedad intelectual”, *CDT*, Vol. 3, 2011, núm. 1, pp. 5-23.

MOURA VICENTE, D., *A tutela internacional da propriedade intelectual*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 287-289.

MUÑOZ FERRANDIS, C./ TAPIA, C. “Integrating Open Source Into De Jure Standardization: Beyond A Call For The Appropriate License”, *les Nouvelles - Journal of the Licensing Executives Society*, 2018, Septiembre, pp. 221-231.

NGUYEN, T.T, *Competition Law, Technology Transfer and the TRIPS Agreement. Implications for Developing Countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

----, *Competition Law, Technology Transfer and the TRIPS Agreement. Implications for Developing Countries*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “Los derechos de patente en el ADPIC situación y debates actuales”, *NUE*, Vol. 241, 2005, pp. 49-64.

PALAO MORENO, G., “La explotación internacional de los derechos de propiedad intelectual en el medio digital: una aproximación desde el Derecho Internacional privado comunitarios”, en: Palao Moreno, G./ Plaza Penadés, J. (Dirs.), *Nuevos retos de la Propiedad intelectual*, Cizur Menor, Aranzadi/ Thomson Reuters, 2009, pp. 213-236.

----, “La transferencia internacional del conocimiento y de la innovación en Iberoamerica: una aproximación conflictual”, en: WACHOWICZ, M./ PALAO MORENO, G. (Coords.), *Propiedade Intelectual. Inovação e Conhecimento*, Curitiba, Jurua, 2010, pp. 137-153.

PALUMA, T., *Propriedade intelectual e dreito ao desenvolvimento*, Sao Paulo, Pillares, 2017.

PEÑA VALENZUELA, D., “Tendencias actuales de la contratación sobre transferencia de tecnología”, en: Zapata De Arbélaez, A. (Comp.), *Derecho Internacional de los Negocios. Alcances*, T. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 159-185.

PERTEGÁS SENDER, M., “Nuevas reglas internacionales sobre cláusulas de elección de foro en contratos internacionales: el Convenio de La Haya y el Reglamento Bruselas I bis”, *AEDIPr*, 2014-2015, t. XIV-XV, pp. 111-126.

SAHA, P.K., *TRPIS and Technology Transfer. Developing and Least-Developed Countries Perspective*, Saarbrucken, Müller, 2011.

SANTOS BELANDRO, R.S., *El Derecho aplicable a los contratos internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*, Montevideo, 2ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

SHERWOOD, R.M., “Global prospects for the role on Intellectual Property in Technology Transfer”, *IDEA. The Journal of Law and Technology*, Vol. 42, 2002, núm. 1, pp. 27-36.

THOMPSON, D., “An Overview of the Draft Code”, en: PATEL, S.J./ ROFFE, P./ YUSSUF, A. (Eds.), *op.cit.*, pp. 51-76.

TIMBERG, S., “The Impact in the Transnational Corporation of the International Code of Conduct on the Transfer of Technology”, *IIC*, Vol. 12, 1981, núm. 2, pp. 147-152.

TORREMANS, P., “Licenses and assignments of intellectual property rights under the Rome I Regulation”, *JPIL*, 2008, pp. 397-420.

UBERTAZZI, B., “Ley aplicable a los contratos de transferencia de tecnología”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor* 2006/2207, pp. 447-472.

UBERTAZZI, B./ IRAVANI, F., “Choice of Court Agreements in Intellectual Property: IIA Guidelines in the EU and Iran”, *IIC*, Vol. 51, 2020, pp. 144-166.

ULRICH, H., “Competition, Intellectual Property Rights and Transfer of Technology”, en: PATEL, S.J./ ROFFE, P./ YUSSUF, A. (Eds.), *op. cit.*, pp. 363-380.

VERMA, S.K., “The TRIPS Agreement and Development”, en: PATEL, S.J./ ROFFE, P./ YUSSUF, A. (Eds.), *op. cit.*, pp. 320-350, pp. 340-345.

VERMA, S.K., “TRIPS – Development and Transfer of Technology”, *IIC*, Vol. 27, 1996, núm. 3, pp. 331-364.

WILMER, G., “Applicable Law and Dispute Settlement”, en: PATEL, S.J./ ROFFE, P./ YUSSUF, A. (Eds.), *op. cit.*, pp. 115-123.

# **LA INAPLICACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I PARA LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE DE CABOTAJE EN LA UE**

*UNAI BELINTXON MARTIN*

PROFESOR CONTRATADO DOCTOR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

Sumario: 1. CONTEXTUALIZACIÓN. 2. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE DE CABOTAJE EN LA UE Y LAS PREVISIONES DEL REGLAMENTO ROMA I SOBRE LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE. UNA PROPUESTA A FUTURO: 2.1. Antecedentes y delimitación actual del concepto de transporte de cabotaje. 2.2. Una reflexión en torno a la calificación de los transportes de cabotaje y su posible subsunción como transportes internacionales para la determinación de la ley aplicable. 3. BIBLIOGRAFÍA.

## **1. CONTEXTUALIZACIÓN**

Conjugar una materia tan especializada como el Derecho del transporte europeo e internacional en sus distintas modalidades con la diferente tipología<sup>1</sup>, la calificación de los servicios y

---

<sup>1</sup> En relación a la especialización del Derecho privado en su vertiente internacional y europea, puede verse la esencial aportación reflexiva de: GONZÁLEZ CAMPOS,

transportes efectuables en el seno de la UE, y la determinación de la ley aplicable a los contratos de transporte requiere o exige de una aproximación de estudio y reflexión caleidoscópica, o cuanto menos, multidisciplinar<sup>2</sup>, sin desatender la vertiente *iusprivatista* e *internacional-privatista* propia de nuestra disciplina y los distintos bloques normativos a analizar<sup>3</sup>.

Parte de la doctrina *mercantilista* e *internacional-privatista* viene de un tiempo a esta parte reclamando la especificidad y autonomía científica propia o inherente a este ámbito de estudio<sup>4</sup>, pues la disciplina del Derecho del transporte internacional (europeo y extra-europeo) y nacional tiene suficiente entidad propia como para ser considerada autónoma respecto a las restantes disciplinas o áreas del Derecho<sup>5</sup>.

La nota de internacionalidad de nuestra disciplina y su propensión hacia su uniformidad normativa internacional<sup>6</sup>,

---

J.D., “Diversification, Specialisation, Flexibilisation et Materialisation de règles de Droit International Privé”, *R.des C*, t. 287, 2002, pp. 156 y ss.

- 2 Sobre la materia, entre otros: LEGROS, C., “Contrat de transport international par route de marchandises et de voyageurs”, *Juris règles.Clas.dr.int*, fasc. 571-66, 2012, pp. 13 y ss.
- 3 ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “La regla de especificidad como cauce para superar los conflictos normativos entre Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29/10/2010, pp. 1-6.
- 4 Puede verse respecto a la singularidad del Derecho del transporte, las consideraciones proyectadas por el profesor IRIARTE ÁNGEL, J.L. *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Beramar S.L., 1993, pp. 100 y ss.
- 5 PICHARS, M., “L’évolution de la norme dans les transports”, en PERU-PIROTTE, L., DUPONT-LEGRAND, B., y LANDSWEERDT, C. (Dir.), *Le Droit du transport dans tous ses états: réalités, enjeux et perspectives nationales, internationales et européennes*, Bruselas, Larcier, 2012, pp. 17-48.
- 6 BERLINGIERI, F., “Uniformité du Droit Maritime. Quelques problèmes”, *Il dir. mar*, 1992-III, pp. 796 y ss.; sobre el particular vid. igualmente RAMBERG, J., “Unification of transport law: difficulties and possibilities”, *Dir.mar.*, 2010, pp. 813-818. En relación a la historia de las Reglas de Rotterdam, vid. BERLINGIERI, F., “The history of the Rotterdam Rules”, en GUNER-ÖZBEK, M.D. (Ed.), *The*

caracterizada y/o delimitada en la actualidad por el fenómeno de la europeización del Derecho privado<sup>7</sup> con origen en el Tratado de Ámsterdam<sup>8</sup>, reforzada y consolidada en la actualidad tras más de diez años de vigencia del Tratado de Lisboa<sup>9</sup>, así como la proyección o dimensión externa<sup>10</sup> de este proceso<sup>11</sup>, refleja de forma nítida una problemática específica, y es que dicho proyecto europeo<sup>12</sup> vive momentos sombríos tras la salida de nuestros ex conciudadanos británicos<sup>13</sup> y esto incide significativamente en la seguridad jurídica y en la previsibilidad de resultado<sup>14</sup>, requiriendo para los que nos quedamos de un nuevo tiempo en la realidad

---

*United nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the Rotterdam rules*, Berlin-Heiderberg, Springer-Verlag, 2011, pp. 1-63.

- 7 IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca del Derecho*, 2006, núm. 9, pp. 47-73
- 8 En este sentido vid. CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, núm. 21, pp. 49-69.
- 9 ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “La incidencia del Tratado de Ámsterdam en el sistema español de Derecho interregional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, noviembre de 2001, núm. 18, pp. 65-78.
- 10 BORRAS RODRÍGUEZ, A., “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 2002, núm. 5611, pp. 1-8.
- 11 GUZMÁN ZAPATER, M., “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, 2010, núm. 7479, pp. 713 y ss.
- 12 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *RES*, 2009, núm. 140, pp. 600 y ss.
- 13 Una realidad a la que se enfrenta hoy el legislador europeo. Sobre esta cuestión, entre otros: MOYA IZQUIERDO, S., GARCÍA FERNÁNDEZ, C., y TRONCOSO FERRER, M., “El posible impacto del Brexit en los contratos internacionales de ámbito europeo”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2016, núm. 12.
- 14 Sobre la evolución jurídica en el espacio europeo del Derecho internacional, entre otros: DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *RDCE*, vol. 2, 1997, pp. 413-445.

internacional que pivote sobre una mayor integración<sup>15</sup> y el fortalecimiento de las bases de un proyecto común<sup>16</sup>, el europeo, que se activó hace ya 63 años con el Tratado de Roma de 1957<sup>17</sup>.

El sector del transporte en todas sus modalidades constituye sin atisbo de duda el elemento vertebrador del desarrollo económico y social que garantiza la libertad de movimiento y la libre circulación de personas y mercancías en una sociedad de naciones como es la Unión Europea<sup>18</sup>. Y sin embargo, la distinta interpretación de las normas europeas y nacionales de aplicación al ámbito de estudio genera cierto estado de inseguridad jurídica<sup>19</sup> e inquietud que lastima el habitual desarrollo del estado de las cosas<sup>20</sup> y que parece deslegítima en parte nuestro proyecto europeo<sup>21</sup>. No obstante, el camino a seguir es avanzar

---

15 En relación a la integración económica y el desarrollo de un nivel adecuado de coordinación jurídica puede verse entre otros estudios GONDRA ROMERO, J.M., “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS J.D., MUÑOZ MACHADO S., (Dir.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, Civitas, 1986, pp. 275-312.

16 ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “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.

17 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley*, núm. 46, 2017, pp. 1-8.

18 En este sentido, entre otros: BELINTXON MARTÍN, U., *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 42-49.

19 Respecto a la inseguridad jurídica que propicia la intervención administrativa en el sector, entre otros: AGOUES MENDIZABAL, C., “La intervención administrativa en el transporte por carretera”, *RDT*, 2011, núm. 7, pp. 51-59.

20 CABALLERO SÁNCHEZ, R., “La liberalización del transporte terrestre: el largo camino hacia un mercado de servicios”, en MENÉNDEZ, P. (Dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, Tomo I, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 397-488.

21 IRIARTE ÁNGEL, J.L., “Conflictos de leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual”, *Jado: boletín de la Academia Vasca del Derecho*, diciembre de 2009, núm. 18, pp. 55-93.

y reducir exponencialmente las distorsiones producidas por una interpretación des-armonizada de las normas europeas<sup>22</sup>.

Avanzar en materia de armonización del Derecho europeo del transporte mediante normas eficaces y efectivas que permitan materializar el inacabado proceso de liberalización del sector del transporte en la UE<sup>23</sup>, junto a la supresión de la anacrónica calificación de los distintos tipos de transporte realizables en el seno del territorio europeo (transportes nacionales, transportes de cabotaje y transportes internacionales), posibilitaría fortalecer la política de transportes común de la Unión Europea<sup>24</sup> junto a la seguridad<sup>25</sup> y reducir exponencialmente las distorsiones ocasionadas por una lectura interpretativa restrictiva<sup>26</sup> o contraria al carácter armonizador de las normas de la Unión Europea<sup>27</sup>. La sentencia del TJCE de 22 de mayo del año 1985<sup>28</sup> dejó claramente

22 ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Derecho privado y la UE: ¿armonización material o conflictual?», en GOIZUETA VÉRTIZ, J., y CINFUEGOS MATEO, M., *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 291-310.

23 Ver entre otros: IZQUIERDO LLANER, M.J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, G., “Regulación y competencia en el sector del transporte en España”, en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (Coord), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del derecho de la competencia*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 537-582.

24 GUZMÁN GÓMEZ, M.A., “La aplicación en España de la política común de transportes”, *DA*, 1984, núm. 201, pp. 675-706.

25 MUÑOZ-REPISO IZAGUIRRE, C., “Políticas de seguridad en el transporte por carretera”, *Noticias de la Unión Europea*, 2005, núm. 246, pp. 33-39.

26 Respecto a la supresión de las barreras nacionales al comercio internacional y la discriminación por razón de la nacionalidad en la actividad comercial puede verse: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2010, pp. 55 y ss.

27 En relación a la diversidad de fuentes y a la tendencia actual hacia la armonización de las normas aplicables al sector del Derecho del transporte, puede verse entre otros: BON GARCÍN, I., BERNADET M., y REINHARD, Y., *Droit des transports*, París, Dalloz, 2010, pp. 2 y ss.

28 Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 1985, en el asunto 13/83 entre el Parlamento Europeo, apoyado por la Comisión de las Comunidades



identificado y delimitado que el estancamiento de una política común de transportes europea<sup>29</sup> viene propiciado por los distintos, importantes y contrapuestos intereses estatales en conflicto<sup>30</sup>.

La inaplicación de las normas contenidas en el Reglamento Roma I para la determinación de la ley aplicable a los transportes de cabotaje en la UE es una evidencia más de que la política común de transportes es en la actualidad la menos común de todas las políticas. Y esto parece no importar a un legislador y/o a una legisladora europea que mantienen en vigor una triple tipología de los transportes efectuables en territorio común que únicamente distorsiona el dinamismo y la seguridad jurídica de esta transcendental práctica empresarial.

---

Europeas, contra el Consejo de las Comunidades Europeas, apoyado por el Reino de los Países Bajos, y que tuvo por objeto un recurso interpuesto con arreglo al artículo 175 del Tratado CEE con el fin de que se declarase la omisión del Consejo en materia de política común de transportes.

29 Sobre la política común de transportes en la UE, puede verse a MUNARI, F., *Il Diritto Comunitario dei Trasporti*, Milán, Guiffirè, 1996, pp. 50-117.

30 Sobre la sentencia del Tribunal de Justicia citada, entre otras pueden verse las aportaciones realizadas por ARPIO SANTA CRUZ, M., “El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes”, *RIE*, 1985, núm. 12, pp. 789-804.

## **2. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE DE CABOTAJE EN LA UE Y LAS PREVISIONES DEL REGLAMENTO ROMA I SOBRE LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE. UNA PROPUESTA A FUTURO**

### **2.1. Antecedentes y delimitación actual del concepto de transporte de cabotaje**

La calificación de transporte de cabotaje es una tipología de transporte que se acuña en el seno de la Comunidad Europea, hoy Unión Europea, y coexiste como advertimos para el territorio de la Unión con los denominados transportes nacionales y transportes internacionales.

Las normas o convenios unimodales internacionales aplicables al transporte internacional no recogen referencia alguna ni definición de esta tipología de transporte que responde a un concepto anquilosado en la delimitación de las fronteras y en la no liberalización de la prestación de servicios de transporte del siglo XIX que cabe, o mejor dicho, es absolutamente necesario que sea ya superado.

En efecto, para el ordenamiento jurídico español, ni Las Reglas de la Haya Visby para el transporte marítimo internacional en régimen de conocimiento de embarque<sup>31</sup>, ni el Convenio de Montreal de 1999 para el transporte aéreo internacional de mercancías y personas pasajeras<sup>32</sup>, ni las Reglas Uniformes CIM, derivadas del Convenio COTIF, para la regulación del transporte

---

31 Gaceta núm. 212, de 31 de julio de 1930. RCL 1930, 1105.

32 BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2004.

ferroviario internacional<sup>33</sup>, ni el Convenio CMR de 1956 para el transporte internacional de mercancías por carretera<sup>34</sup> recogen mención expresa al transporte de cabotaje. No obstante, expuesto lo anterior y efectuando un ejercicio propiamente de espeleología jurídica, sí podemos localizar alguna referencia escueta, casi de soslayo e imprecisa, al transporte de cabotaje en ciertas normas de origen interno, como por ejemplo la Ley 48/1960 sobre navegación aérea<sup>35</sup>, artículo 68 segundo párrafo.

Sin duda, esta tipología de transporte es una invención del legislador y la legisladora de la Unión Europea para ofrecer respuesta a los deseos crecientes de los Estados miembros de la UE de no ceder mayores competencias a las instituciones europeas en materia de transporte y liberalización del sector<sup>36</sup>.

Desde luego hemos fracasado como Unión en esta cuestión puesto que el mantenimiento de la triple calificación de los tipos de transportes a efectuar en el seno de la UE responde única y exclusivamente a un sector de transporte que nunca fue liberalizado y para el cual no se garantiza hasta el momento la total y libre prestación de servicios.

Las normas europeas que recogen referencia a esta cuestión originariamente datan de los años 90, en concreto el Reglamento (CEE) n° 3577/92 para la regulación del transporte de cabotaje marítimo dentro de los Estados miembros (que actualmente sigue

---

33 *BOE* núm. 149, de 23 de junio de 2006.

34 *BOE* núm. 109, de 7 de mayo de 1974

35 *BOE* núm.176, de 23 de julio de 1960.

36 Sobre la cuestión, entre otros: BELINTXON MARTÍN, U., “La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional: divergencias y efecto distorsionador”, en PETIT LAVALL, M.V., MARTINEZ SANZ, F., y RECALDE CASTELLS, A. (Dir.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

en vigor)<sup>37</sup>; y los Reglamentos 3118/93<sup>38</sup> y 12/98<sup>39</sup> para el sector del transporte por carretera (reglamentos modificados en su totalidad por los Reglamentos 1071<sup>40</sup>, 1072<sup>41</sup> y 1073<sup>42</sup> del paquete de transporte y movilidad del año 2009, modificados de forma parcial a su vez recientemente por el Reglamento 2020/1055 de 15 de julio de 2020 que será aplicable a partir del 21 de febrero de 2022<sup>43</sup>).

Un transporte de cabotaje que cabe definir como aquel transporte con independencia del modo, tanto de mercancías

---

37 Reglamento (CEE) n° 3577/92 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo). *DOCE* L 364/7, de 12 de diciembre de 1992.

38 Reglamento (CEE) n° 3118/93 del Consejo, de 25 de octubre de 1993, por el que se aprueban las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro. *DOCE* L 279/1, de 12 de noviembre de 1993.

39 Reglamento (CE) n° 12/98 del Consejo de 11 de diciembre de 1997 por el que se determinan las condiciones de admisión de los transportistas no residentes a los transportes nacionales de viajeros por carretera en un Estado miembro. *DOCE* L 4/10, de 8 de enero de 1998.

40 Reglamento (CE) n° 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 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 y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo. *DOUE* L 300/51, de 14 de noviembre de 2009.

41 Reglamento (CE) n° 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera. *DOUE* L 300/72, de 14 de noviembre de 2009.

42 Reglamento (CE) n° 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 561/2006. *DOUE* L 300/88, de 14 de noviembre de 2009.

43 Reglamento (UE) 2020/1055 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por el que se modifican los Reglamentos (CE) n° 1071/2009, (CE) n° 1072/2009 y (UE) n° 1024/2012 con el fin de adaptarlos a la evolución del sector del transporte por carretera. *DOUE* L 249/17, de 31 de julio de 2020.

como de personas viajeras y sus equipajes, con lugar de origen y destino en el territorio de un mismo Estado y que es ejecutado por una empresa transportista o porteadora con residencia en un tercer Estado. Es decir, son transportes de cabotaje aquellos transportes internos por cuenta ajena llevados a cabo con carácter temporal en un Estado miembro de acogida (en el sentido de un Estado miembro en el que opera una entidad o empresa transportista), distinto del Estado miembro de establecimiento de la citada entidad o empresa transportista.

## **2.2. Una reflexión en torno a la calificación de los transportes de cabotaje y su posible subsunción como transportes internacionales para la determinación de la ley aplicable**

En su aplicación actual, y para el Derecho de la Unión Europea, esta calificación genera o suscita mayores controversias jurídico-interpretativas en el ámbito o sector del transporte por carretera a la luz de lo previsto por los Reglamentos europeos (CE) 1071, 1072 y 1073 de 21 de octubre del año 2009 y su modificación parcial por el referido Reglamento 2020/1055 de 15 de julio de 2020.

De esta manera, en la actualidad, la materialización o realización de este tipo de servicios requieren del cumplimiento de ciertas limitaciones impuestas o condicionantes<sup>44</sup> a la autonomía de la voluntad de las partes<sup>45</sup>, a la obtención de una Licencia

---

44 Para otra cuestión pero relacionada, vid. la excelente reflexión de FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.10, octubre 2018, núm. 2, pp. 333-375.

45 Respecto a la autonomía de la voluntad en el sector del transporte, entre otros: CASTELLANOS RUIZ, E., *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en el*

habilitante y al sometimiento a ciertas limitaciones cuantitativas y temporales.

En esencia se requiere en primer lugar de la obtención de una Licencia comunitaria única expedida por el ministerio de fomento del Estado miembro correspondiente al establecimiento del transportista para poder efectuar transportes nacionales, internacionales y de cabotaje en territorio de la Unión.

En segundo término, hay que subrayar que los citados Reglamentos 1072 y 1073 recogen en sus artículos 9<sup>46</sup> y 16<sup>47</sup> respectivamente normas con orientación conflictual desde una perspectiva jurídica o dimensión ad-intra si tenemos en cuenta su ámbito de aplicación intraeuropeo<sup>48</sup>. Ambos preceptos recogen y establecen la aplicación imperativa del Derecho del Estado miembro de acogida a la regulación de las condiciones contractuales del transporte de cabotaje<sup>49</sup>, desplazando la libre

---

*transporte internacional*, Granada, Comares, 1999, pp. 12-15; ÁLVAREZ RUBIO, JJ., “Competencia judicial internacional en el transporte internacional. Especial referencia al transporte marítimo”, en DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *El Derecho del transporte marítimo internacional*, I Jornadas sobre Transporte Marítimo Europeo, aspectos mercantiles y jurisdiccionales, Donostia (20 y 21 de mayo de 1993), Escuela de Administración Marítima- Itsas Ardularitza Eskola, p. 133.

46 1. La realización de los transportes de cabotaje estará sujeta, sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en los Estados miembros de acogida en relación con lo siguiente: a) las condiciones que rigen el contrato de transporte [...].

47 1. Sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria, la realización de los transportes de cabotaje previstos en el artículo 15 estará sometida a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en el Estado miembro de acogida, en lo que se refiere a los siguientes ámbitos: a) las condiciones que rigen el contrato de transporte [...].

48 BELINTXON MARTÍN, U., “La calificación del transporte de cabotaje como transporte internacional en el Derecho del transporte por carretera: el elemento de internacionalidad”, *RDT*, 2015, núm.16, pp. 141-166.

49 J. BASEDOW, “Zulassigkeit und Vertragsstatut der Kabotagentransporte. Zum Verhältnis von Marktöffnung und Wirtschaftskollisionsrecht in der Europäischen Gemeinschaft”, *ZHR*, vol. 156, 1992, pp. 413-442.

autonomía de la voluntad de las partes para la designación de la ley aplicable al contrato que acoge, en ciertos casos con limitaciones, el Reglamento Roma I (véase lo dispuesto en los artículos 3 y 5.1 para el transporte de mercancías y 5.2 para el transporte de personas viajeras). En esencia, estas reglas de cabotaje, los referidos artículos 9 y 16, contienen normas de conflicto de aplicación imperativa del Estado miembro de acogida del servicio de transporte de mercancías o personas viajeras ejecutado por una empresa transportista no residente, nacional a su vez de otro Estado miembro de la UE<sup>50</sup>.

En la actualidad el desplazamiento de la aplicación para estos casos de las normas contenidas en el Reglamento Roma I para la determinación de la ley aplicable a los contratos de transporte viene justificado por la ausencia de Convenio internacional multilateral aplicable y la existencia de normas europeas específicas en vigor para la determinación de la ley aplicable a los transportes de cabotaje.

Los artículos 23 y 25 del Reglamento Roma I son claros al efecto al garantizar respectivamente la aplicación de las normas contenidas en instrumentos europeos especiales y Convenios internacionales elaborados de forma particular para un sector determinado de la contratación internacional y europea<sup>51</sup>, como pudieran ser los citados Reglamentos 1072 y 1073 del año 2009, el Reglamento (CEE) n° 3577/92, el Convenio CMR de 1956, el Convenio de Montreal de 1999, las Reglas Uniformes CIM

---

50 Sobre este particular pueden observarse las consideraciones realizadas por el PROFESOR LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “Contratos internacionales. El contrato de transporte. Introducción. Cuestiones generales de Derecho internacional privado”, *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 913-915.

51 GARAU SOBRINO, F.F., “La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.3, 2011, núm.1, pp. 270-281.

o las Reglas de la Haya Visby. Unas reglas, las contenidas en los artículos 23 y 25 del Roma I, que ostentan un carácter más riguroso que las contenidas en los artículos 20 y 21 del Convenio de Roma de 1980 que señalaban tanto a normas europeas e internacionales que ya formasen parte del ordenamiento de los Estados, como aquellas otras que en un futuro pudiesen estar en vigor o ser ratificadas por dichos Estados, permitiendo de esta manera un marco mucho más abierto que el delimitado de forma temporal por la redacción del Reglamento Roma I.

Y en tercer lugar, cabe mencionar que el nuevo Reglamento 2020/1055, que pertenece a un nuevo paquete de movilidad y transporte de julio de 2020 (paquete normativo que nos ofrece un amplio elenco de posibilidades para el estudio, investigación y reflexión desde nuestra disciplina del Derecho internacional privado -entre otras materias por su interés, cuestiones relacionadas con el desplazamiento transfronterizo de personas trabajadoras<sup>52</sup> -véase la Directiva (UE) 2020/1057<sup>53</sup>-), mantiene todas y cada de las anteriores exigencias y limitaciones (transporte internacional previo de entrada en el estado de acogida y tres transportes máximos en el plazo de una semana tras la cual se debe salir del Estado de acogida) y además incorpora otras nuevas de carácter cuantitativo y temporal (una vez fuera del Estado de acogida debe el vehículo utilizado en el citado transporte de cabotaje permanecer 4 días sin poder volver a entrar, mediante el preceptivo transporte internacional previo, en el mismo Estado de

---

52 Sobre la cuestión, entre otros: BELINTXON MARTÍN, U., “Dumping Social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: la des-Unión Europea”, *AEDIP*, t. XVI, 2016, pp. 611-642.

53 Directiva (UE) 2020/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y por la que se modifican la Directiva 2006/22/CE en lo que respecta a los requisitos de control del cumplimiento y el Reglamento (UE) n° 1024/2012. *DOUE* L 249/49, de 31 de julio de 2020.



acogida) que dejan patente que ni los Estados miembros de la UE, ni las instituciones europeas abogan por la total liberalización del sector del transporte, ni por la consolidación de la libre prestación de servicios de transporte<sup>54</sup> como pieza esencial de una Política Común de Transportes que es en la actualidad, como advertimos, la menos Común de todas la Políticas<sup>55</sup>.

En definitiva, a nuestro juicio erran las instituciones europeas y el legislador y la legisladora de la Unión al mantener una triple calificación de los servicios de transporte ejecutados en la UE. La solución a futuro debe pasar necesariamente por calificar o de transportes nacionales o de transportes internacionales a los actuales transportes de cabotaje. Es decir, el/la operador/a jurídico/a y el/la operador/a empresarial de transporte se encuentran en el seno de la UE ante un problema de calificación frente a normas como las contenidas en los artículos 9 y 16 de los citados Reglamentos 1072 y 1073 del año 2009, donde incluso cabe cuestionarse sobre los conceptos dogmáticos y doctrinales de nuestra disciplina de Derecho internacional privado al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil, y analizar y valorar si la respuesta que ofrece dicha norma resuelve esta cuestión, o si en cambio debiera ser el Derecho de la UE quien propusiera una solución definitiva al respecto.

---

54 En relación a la necesaria coherencia en la política de transporte de la UE y la liberalización del sector en la UE, entre otros: BELINTXON MARTÍN, U., *La necesaria adecuación de la legislación vasca del transporte a la dimensión transfronteriza*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 130-146.

55 BELINTXON MARTÍN, U., “La efectiva liberalización del sector del transporte por carretera en la UE y el acceso a la profesión de transportista: ¿Licencia comunitaria única?”, en PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>V. (DIR.), PUETZ, A. (COORD.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 15-24.

Particularmente entendemos que este tipo de transportes deben ser calificados de transportes internacionales y quedar sometidos para la determinación de la ley aplicable a las normas sobre contratos de transporte contenidas en el Reglamento Roma I. La definición ofrecida anteriormente sobre transporte de cabotaje se compone de ciertos elementos de internacionalidad que la identifican claramente del transporte puramente nacional, por lo que cabría plantearse su calificación como transporte internacional atendiendo a elementos ajenos al lugar de origen y destino del transporte a ejecutar. La múltiple casuística que puede acontecer en territorio europeo aconseja una calificación de este tipo de transportes según criterios de localización de las partes intervinientes en el contrato, permitiendo así al operador un libre desarrollo de su actividad en el comercio internacional.

Y esto supondría lógicamente, como hemos advertido con anterioridad, el sometimiento para la determinación de la ley aplicable a las previsiones contenidas en el Reglamento Roma I<sup>56</sup>. Es decir, que la primera pauta a seguir para ello en la UE sería analizar la existencia de cláusula de elección de ley o pacto vigente entre las partes. Así lo recoge el Reglamento Roma I en su artículo 3<sup>57</sup> cuando se refiere a la libertad de elección de ley para regir el contrato entre las partes<sup>58</sup> como máximo exponente del grado de autonomía de la voluntad<sup>59</sup> que se confiere a las

---

56 Sobre el Convenio de Roma, puede verse entre otras las consideraciones realizadas por TETLEY, W., *International Conflict of Laws: common, civil and maritime: the rome convention 1980*, Montreal, Blais, 1994, pp. 59 y ss.

57 “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

58 Sobre el particular, KAUFMANN-KOHLER, G., *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Frankfurt, 1980, p. 1.

59 Una perspectiva global sobre el Reglamento Roma I, entre otros: GUZMÁN ZAPATER, M., “El reglamento CE n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del

partes en ese intento de las instituciones europeas de constituir un sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales que pivote sobre la libertad de elección<sup>60</sup>.

Un artículo 3 que normativiza dos reglas que caben reseñar por su especial incidencia práctica para el caso de que fueren activadas, por un lado, la posibilidad que tienen las partes de convenir en cualquier momento la ley aplicable al contrato. Es decir, que las partes pueden establecer la ley que rige el contrato en el momento de la realización del contrato transporte, o incluso una vez acontecido el hecho generador de la controversia mediante pacto entre las partes que modifique la anterior elección efectuada.

Expuesto lo que antecede, no cabe obviar el condicionante del sometimiento a las leyes imperativas del Estado donde queden localizados todos o la mayor parte de los elementos de la relación contractual, incluso en detrimento de la ley elegida por las partes para regir el contrato.

Por otro lado, en defecto de elección de ley aplicable, el sistema diseñado por el Reglamento Roma I contempla en su artículo 5 una regla específica destinada al contrato de transporte que no altera sustancialmente la solución que fijaba el artículo 4.4 del Convenio de Roma, pero que recibe ahora un trato autónomo y diferenciado del marco general de los artículos 3 y 4 del Convenio. Así, para este particular sector contractual, no rige la regla establecida en el artículo 4.1.b, en su vertiente prestación de

---

Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi civil*, 2009, núm. 2, pp. 2257-2286.

60 Puede verse entre otros: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *La Ley*, de 27 de abril de 2012, núm. 7847.

servicios, ni tampoco la regla contenida en el artículo 4.2 a modo de cláusula residual (siempre aplicable al transporte de personas viajeras y sus equipajes), conforme a la cual el contrato quedaría regido por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato de transporte.

Esta singularidad de trato con la que se obsequia a la categoría contractual del transporte en defecto de elección de ley aplicable al contrato al alejarse de la presunción general<sup>61</sup>, pretende evitar que aquellos supuestos contractuales de transporte caracterizados por la ausencia de pacto de elección de ley acaben determinándose por la ley del establecimiento principal de la empresa porteadora o transportista, entendiéndose que tal criterio no es suficiente para localizar el contrato citado<sup>62</sup>.

En efecto, conforme al Reglamento, para el transporte de mercancías la ley aplicable será la del país donde la empresa transportista o porteadora tenga su residencia habitual<sup>63</sup>, con el condicionante de que, el lugar de recepción o el de entrega, o la residencia habitual de la parte remitente también estén situados en ese país<sup>64</sup>. Para el supuesto en el que no se cumplan tales

---

61 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable”, *Cuad. Der. Trans.*, vol.3, marzo 2011, núm. 1, pp. 179-194.

62 Sobre el sector: BELINTXON MARTÍN, U., “Derecho internacional privado y transporte aéreo: cuestiones de actualidad sobre jurisdicción y ley aplicable”, en PETIT LAVALL, M<sup>º</sup>V., y PUETZ, A. (Dir.), *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 363-382.

63 DJORIC, A., *Le contrat de transport international terrestre des marchandises*, Institut za uporedno pavo, Belgrado, 2005, pp. 180-204.

64 Conforme al artículo 5.1 del RRI relativo a los contratos de transporte: En defecto de elección de ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías de conformidad con el artículo 3, la ley aplicable será la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en

requisitos acumulativos necesariamente deberá aplicarse la ley del país en el cual esté situado el lugar de entrega pactado por las partes<sup>65</sup>.

En consecuencia, la coincidencia con el viejo artículo 4.4 del Convenio de Roma estriba esencialmente en que los dos textos requieren la concurrencia de ciertos requisitos semejables, básicamente que el establecimiento principal o residencia habitual de la empresa porteadora coincida con, o bien el lugar de carga o descarga o lugar de recepción o de entrega de las mercancías, o bien con el establecimiento principal o residencia habitual de la empresa o persona expedidora/remitente. No obstante, el artículo 5 del Reglamento Roma I es mucho más directo en la designación de la ley aplicable en defecto de elección y se aleja del sistema de presunción referente a los *vínculos más estrechos* que recoge la redacción del artículo 4.4 del Convenio de Roma que dispone en referencia al contrato de transporte de mercancías que *si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene vínculos más estrechos con este país*.

Dicho esto, y en relación ya al transporte de personas viajeras y sus equipajes, por su singularidad debe indicarse que la autonomía de la voluntad de las partes para la elección de la ley aplicable al contrato de transporte de personas pasajeras queda limitada por el condicionante establecido en el artículo 5.2, párrafo segundo, del propio Reglamento Roma I, que únicamente

---

ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes.

65 Entre otros sobre el contrato de transporte y el Reglamento Roma I: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, 30 de mayo de 2008, núm. 6957.

posibilita a las partes elegir como ley aplicable: la ley del país donde la persona pasajera tenga su residencia habitual; la ley del país donde la empresa transportista o porteadora tenga su residencia habitual; la ley del país donde la empresa transportista o porteadora tenga el lugar de su administración central; la ley del país donde se encuentre el lugar de origen; o, la ley del país donde se encuentre el lugar de destino del transporte a efectuar. Criterios o puntos de conexión que a pesar de la restricción o limitación son los más comunes o habituales para su elección por las partes contractuales<sup>66</sup>.

No obstante, en ausencia de elección de ley, el sistema diseñado por el Reglamento Roma I contempla en su artículo 5 una regla específica destinada al contrato de transporte de personas viajeras ciertamente novedosa, por su inexistencia en el Convenio de Roma de 1980, y que se aleja de la solución que fijaba el artículo 4.2 a modo de cláusula residual y que era de aplicación al contrato de transporte de personas pasajeras y sus equipajes, conforme a la cual el contrato quedaría regido por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato -la empresa porteadora-, pero que recibe ahora un trato autónomo, diferenciado y principal<sup>67</sup>.

En definitiva, conforme al Reglamento, la ley aplicable será la del país donde la persona viajera tenga su residencia habitual, con el condicionante de que el lugar de origen o el de destino del

---

66 En este sentido, entre otros: LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I”, *Cuad.Der. Trans.*, vol.1, 2009, núm. 2, pp. 171-178.

67 Puede verse en este aspecto entre otros: BELINTXON MARTÍN, U., “Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección: la interpretación del artículo 4 del Convenio de Roma y su proyección sobre el Reglamento Roma I”, *La Ley Unión Europea*, enero 2015, núm. 22, pp. 55-60.

transporte a efectuar también estén localizados en dicho país<sup>68</sup>. De no cumplirse tales requisitos acumulativos necesariamente deberá aplicarse la ley del país en el cual esté situada la residencia habitual del transportista a modo de cláusula de cierre<sup>69</sup>.

Desde luego, es evidente que el sistema se ha visto mejorado y complementado, tanto para mercancías, como para personas viajeras, mediante la nueva regulación que fomenta una mayor seguridad jurídica y previsibilidad de resultado<sup>70</sup>. Tal y como hemos advertido, incluso se ha perfeccionado el marco regulador del contrato de transporte de personas pasajeras al dedicarle un epígrafe autónomo inexistente en la regulación anterior. Un sector contractual para el cual se desplazaba la aplicación de la presunción contenida en el artículo 4.4 en favor de la normativizada en el apartado 2 del mismo artículo 4.

Respecto a la cláusula de cierre del artículo 5.1 del Reglamento Roma I, debemos subrayar que es un aspecto recurrentemente tratado por el Tribunal de Justicia, entre otras en la STJ de sala 3<sup>a</sup>, de 23 de octubre de 2014, asunto C-305/13 (Haeger & Schmidt) sobre la aplicación de la regla general establecida en el artículo 4.1 del Convenio de Roma para aquellos casos en los que no resulte aplicable la presunción establecida en su artículo 4.4. El texto

---

68 El artículo 5.2 del Reglamento Roma I señala que: en defecto de elección por las partes de la ley aplicable al contrato para el transporte de pasajeros de conformidad con el párrafo segundo, el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual.

69 Entre otros sobre el contrato de transporte y el Reglamento Roma I: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op. cit.*, nota 65.

70 Puede verse sobre ello, entre otros: BELINTXON MARTÍN, U., “La incidencia del Covid-19 y su post-cronificación en el sector del transporte internacional”, en RAQUEL LUQUIN BERGARECHE (Dir.) *Covid-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Madrid, Bosch Wolters Kluwer, 2020, pp. 385-405.

internacional normativizó expresamente en el citado artículo 4.4 que la presunción que figura en su apartado 2 no es aplicable al contrato de transporte de mercancías<sup>71</sup>. Así, cuando en el supuesto concreto no se presenten los requisitos acumulativos dispuestos en el mencionado apartado 4, y en aplicación de la cláusula de cierre establecida en el primer inciso del apartado 5 del artículo 4<sup>72</sup>, habrá que recurrir a la aplicación de la regla general del artículo 4.1<sup>73</sup>. Circunstancia que en el Reglamento Roma I se solventó de manera más acertada al recoger en el último inciso del artículo 5.1 una cláusula de cierre muy nítida que establece como ley aplicable la ley del lugar de entrega acordado por las partes contractuales<sup>74</sup>.

Por último, debe subrayarse que para aquellos casos en los que del conjunto de las circunstancias se desprenda que el contrato, a falta de elección de ley aplicable, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el citado artículo 5, apartados 1 y 2, y a modo de cláusula de escape, se aplicará la ley de ese otro país. Regla que se aleja de la contenida en el artículo 4.5 del Convenio de Roma por el empleo del adverbio manifiestamente, y del artículo 4.3 del Reglamento Roma I por no recoger la expresión claramente, pero que sin duda alguna presenta de igual forma que la regulación genérica de la cláusula de escape del Reglamento una formulación restrictiva o

---

71 Sobre las presunciones especiales del art. 4 del Convenio de Roma y la inaplicación del art. 4.2 a los contratos de transporte de mercancías: DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: El artículo 4 del Convenio de Roma de 1980”, *La Ley*, XVI, abril 1995, pp. 1-7.

72 [...] no se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica.

73 [...] el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

74 Entre otros sobre esta cuestión: BELINTXON MARTÍN, U., “Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable”, *Cuad.Der.Trans.*, vol. 8, marzo 2016, núm.1, pp. 17-35.



limitativa<sup>75</sup>.

Finalmente cabe destacar que el considerando 22 del Reglamento Roma I advierte expresamente que no modifica lo dispuesto por el texto anterior en relación a la interpretación de los contratos de transporte de mercancías y a todos aquellos supuestos que pudieran quedar incardinados en el ámbito de aplicación del artículo 4.4. Una cuestión transcendental teniendo en cuenta que dicho considerando en su parte final recoge una amplia definición de transportista<sup>76</sup> en la que queda incardinada la noción de empresa porteadora o transportista contractual<sup>77</sup>.

A la luz de la reflexión jurídica realizada, para finalizar, debemos subrayar que desaconsejamos la subsunción de este tipo de servicios de transporte en los denominados transportes nacionales puesto que la realización de servicios de transporte nacionales queda condicionada a determinados requisitos de establecimiento en dicho Estado, honorabilidad, matriculación de los vehículos, nave o aeronaves con arreglo a la legislación del Estado miembro de la prestación de los servicios nacionales, inscripción de la sociedad mercantil en el Estado miembro del lugar de establecimiento, la obligación de poseer y demostrar una capacidad financiera apropiada, hacer frente a las obligaciones financieras a lo largo del ejercicio contable anual, y el deber de que la empresa porteadora demuestre en todo momento mediante una llevanza adecuada de las cuentas anuales y su depósito que dispone para cada año de

---

75 Sobre la cláusula de cierre/ cláusula de excepción pueden verse las consideraciones realizadas por: MIGUEL ASENSIO, P.A., “Contratación internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, septiembre 2011, núm. 29, pp. 67-89.

76 Véase el Informe relativo al Convenio elaborado por GIULLANO, M., y LAGARDE, P., “Informe sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE*, diciembre 1992, núm. 327, pp. 14-21.

77 Sobre la noción de transportista puede verse EMPARANZA SOBEJANO, A., “La delimitación de la figura de porteador en el transporte”, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, Comares, 2003, pp. 93 y ss.

capital y reservas por un importe total mínimo<sup>78</sup>.

En efecto, esto supondría que para la materialización o realización de los actuales servicios de cabotaje, subsumidos ya en la categoría de nacionales, la empresa transportista se vería sometida a la obtención de una Licencia comunitaria única por el Ministerio de Fomento correspondiente, a la obtención de una autorización habilitante y al cumplimiento de los requisitos de establecimiento, financieros y mercantiles expuestos en cada uno de los Estados miembro de la UE en los que se deseara efectuar servicios de transporte nacionales<sup>79</sup>. Lo que supondría una inversión desmedida para el mantenimiento de dicha actividad, desincentivando la competencia en el sector del transporte, incrementándose los precios del porte o billete, y quedando diluida la posibilidad de que una empresa porteadora europea con Licencia comunitaria pudiese efectuar servicios de transporte con lugar de origen y destino en un mismo país si éste no es el suyo propio cuando las partes intervinientes en el contrato estén localizadas en Estados miembro distintos dentro del territorio común.

### **3. BIBLIOGRAFÍA**

AGOUES MENDIZABAL, C., “La intervención administrativa en el transporte por carretera”, *RDT*, 2011, núm. 7, pp. 51-59.

---

78 En relación a la importancia y el deber de depositar las cuentas anuales en las sociedades de capital, puede verse, entre otros: LARA GONZÁLEZ, R., *El depósito de Cuentas Anuales. Causas controvertidas de calificación registral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 23-25.

79 Sobre la ordenación de la actividad del transporte y el acceso al mercado con incidencia en el sector del transporte por carretera, entre otros: SOLERNOU SANZ, S., *La ordenación jurídica del mercado de transporte de mercancías por carretera*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 247-267.

ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Derecho privado y la UE: ¿armonización material o conflictual?”, en GOIZUETA VÉRTIZ, J., y CINFUEGOS MATEO, M., *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE: cuestiones avanzadas*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 291-310.

----, “La incidencia del Tratado de Ámsterdam en el sistema español de Derecho interregional”, *Anales de la Facultad de Derecho*, noviembre de 2001, núm. 18, pp. 65-78.

----, “La regla de especificidad como cauce para superar los conflictos normativos entre Derecho comunitario y los Convenios internacionales en materias especiales”, *La Ley*, 29/10/2010, pp. 1-6.

----, “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.

----, “Competencia judicial internacional en el transporte internacional. Especial referencia al transporte marítimo”, en DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *El Derecho del transporte marítimo internacional*, I jornadas sobre Transporte Marítimo Europeo, aspectos mercantiles y jurisdiccionales, Donostia (20 y 21 de mayo de 1993), Escuela de Administración Marítima- Itsas Ardulararitzazko Eskola, p. 133.

ARPIO SANTA CRUZ, M., “El Parlamento frente al Consejo: la sentencia del Tribunal de Justicia en materia de transportes”, *RIE*, 1985, núm. 12, pp. 789-804.

BASEDOW, J., “Zulassung und Vertragsstatut der Kabotagentransporte. Zum Verhältnis von Marktoöffnung und Wirtschaftskollisionstrecht in der Europäischen

Gemeinschaft”, *ZHR*, vol. 156, 1992, pp. 413-442.

BELINTXON MARTÍN, U., “Derecho internacional privado y transporte aéreo: cuestiones de actualidad sobre jurisdicción y ley aplicable”, en PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>V., y PUETZ, A. (Dir.), *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico*, Madrid, Marcial Pons, 2018, pp. 363-382.

----, “Derecho Internacional Privado y transporte de viajeros por carretera: algunas cuestiones sobre jurisdicción y ley aplicable”, *Cuad.Der.Trans.*, vol. 8, marzo 2016, núm.1, pp. 17-35.

----, “La confluencia de los distintos bloques normativos aplicables en materia de transporte internacional: divergencias y efecto distorsionador”, en PETIT LAVALL, M.V., MARTINEZ SANZ, F., y RECALDE CASTELLS, A. (Dir.), *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 15-20.

----, “La efectiva liberalización del sector del transporte por carretera en la UE y el acceso a la profesión de transportista: ¿Licencia comunitaria única?”, en PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>V. (Dir.), PUETZ, A. (COORD.), *La nueva Ordenación del mercado de transporte*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 15-24.

----, “La incidencia del Covid-19 y su post-cronificación en el sector del transporte internacional”, en RAQUEL LUQUIN BERGARECHE (Dir.) *Covid-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Madrid, Bosch Wolters Kluwer, 2020, pp. 385-405.

----, “Ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección: la interpretación del artículo 4 del Convenio de Roma y su proyección sobre el Reglamento Roma I”, *La Ley Unión Europea*, enero 2015, núm. 22, pp. 55-60.

---- , «Dumping Social, desarmonización socio-laboral y Derecho internacional privado: la des-Unión Europea», *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 611-642.

---- , *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 42-49.

---- , “La calificación del transporte de cabotaje como transporte internacional en el Derecho del transporte por carretera: el elemento de internacionalidad”, *RDT*, 2015, núm. 16, pp. 141-166.

---- , *La necesaria adecuación de la legislación vasca del transporte a la dimensión transfronteriza*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 130-146.

BERLINGIERI, F., “The history of the Rotterdam Rules”, en GUNER-ÖZBEK, M.D. (Ed.), *The United nations Convention on Contracts for the International Carriage of goods Wholly or Partly by Sea- An Appraisal of the Rotterdam rules*, Berlin-Heiderberg, Springer-Verlag, 2011, pp. 1-63.

BERLINGIERI, F., “Uniformité du Droit Maritime. Quelques problems”, *Il dir.mar*, 1992-III, pp. 796 y ss.

BON GARCÍN, I., BERNADET M., y REINHARD, Y., *Droit des transports*, París, Dalloz, 2010, pp. 2 y ss.

BORRAS RODRÍGUEZ, A., “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 2002, núm. 5611, pp. 1-8.

CABALLERO SÁNCHEZ, R., “La liberalización del transporte terrestre: el largo camino hacia un mercado de servicios”, en MENÉNDEZ, P. (Dir.), *Régimen Jurídico del Transporte Terrestre: Carreteras y Ferrocarril*, Tomo I, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 397-488.

CALVO CARAVACA, A.L., “El Derecho internacional privado de la Comunidad Europea”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, 2003, núm. 21, pp. 49-69.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *La Ley*, de 27 de abril de 2012, núm. 7847.

CASTELLANOS RUIZ, E., *Autonomía de la voluntad y derecho uniforme en el transporte internacional*, Granada, Comares, 1999, pp. 12-15.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, *RDCE*, vol. 2, 1997, pp. 413-445.

----, “La Ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: El artículo 4 del Convenio de Roma de 1980”, *La Ley*, XVI, abril 1995, pp. 1-7.

----, “Contratación internacional: La evolución del modelo de la Unión Europea”, *Revista mexicana de Derecho internacional privado y comparado*, septiembre 2011, núm. 29, pp. 67-89.

DJORIC, A., *Le contrat de transport international terrestre des marchandises*, Institut za uporedno pavo, Belgrado, 2005, pp. 180-204.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “La delimitación de la figura de porteador en el transporte”, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, Comares, 2003, pp. 93 y ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.10, octubre 2018, núm. 2, pp. 333-375.

---- , “El 60 aniversario de los Tratados de Roma: algo más que una simple celebración”, *La Ley*, núm. 46, 2017, pp. 1-8.

---- , “La comunitarización del Derecho internacional privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”, *RES*, 2009, núm.140, pp. 600 y ss.

---- , *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2010, pp. 55 y ss.

GARAU SOBRINO, F.F., “La literalidad interpretada desde la coherencia del sistema. Las relaciones entre Reglamento Bruselas I y los convenios sobre materias particulares según el TJUE”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.3, 2011, núm.1, pp. 270-281.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *La Ley*, 30 de mayo de 2008, núm. 6957.

GIULLANO, M., y LAGARDE, P., “Informe sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *DOCE*, diciembre 1992, núm. 327, pp. 14-21.

GONDRA ROMERO, J.M., “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS J.D., MUÑOZ MACHADO S., (Dir.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 275-312.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., “Diversification, Specialisation, Flexibilisation et Materialisation de règles de Droit International Privé”, *R.des C*, t. 287, 2002, pp. 156 y ss.

GUZMÁN GÓMEZ, M.A., “La aplicación en España de la política común de transportes”, *DA*, 1984, núm. 201, pp. 675-706.

GUZMÁN ZAPATER, M., “Cooperación civil y Tratado de Lisboa: ¿Cuánto hay de nuevo?”, *La Ley*, 2010, núm. 7479, pp. 713 y ss.

----, “El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi civil*, 2009, núm. 2, pp. 2257-2286.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.3, marzo 2011, núm. 1, pp. 179-194.

IRIARTE ÁNGEL, J.L., *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Beramar S.L., 1993, pp. 100 y ss.

----, “Conflictos de leyes internos. Notas fundamentales de la situación actual”, *Jado: boletín de la Academia Vasca del Derecho*, diciembre de 2009, núm. 18, pp. 55-93.

----, “La armonización del Derecho internacional privado por la Unión Europea”, *Jado: Boletín de la Academia Vasca del Derecho*, 2006, núm. 9, pp. 47-73

IZQUIERDO LLANER, M.J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, G., “Regulación y competencia en el sector del transporte en España”, en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (coord), *Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestre y la aplicación del derecho de la competencia*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 537-582.



KAUFMANN-KOHLER, G., *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Frankfurt, 1980, p. 1.

LARA GONZÁLEZ, R., *El depósito de Cuentas Anuales. Causas controvertidas de calificación registral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 23-25.

LEGROS, C., “Contrat de transport international par route de marchandises et de voyageurs”, *Juris régles.Clas.dr.int*, fasc. 571-66, 2012, pp. 13 y ss.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “Contratos internacionales. El contrato de transporte. Introducción. Cuestiones generales de Derecho internacional privado”, *Derecho del Comercio Internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 913-915.

----, “La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I”, *Cuad.Der.Trans.*, vol.1, 2009, núm. 2, pp. 171-178

MOYA IZQUIERDO, S., GARCÍA FERNÁNDEZ, C., y TRONCOSO FERRER, M., “El posible impacto del Brexit en los contratos internacionales de ámbito europeo”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 2016, núm. 12.

MUNARI, F., *Il Diritto Comunitario dei Trasporti*, Milán, Guiffirè, 1996, pp. 50-117.

MUÑOZ-REPISO IZAGUIRRE, C., “Políticas de seguridad en el transporte por carretera”, *Noticias de la Unión Europea*, 2005, núm. 246, pp. 33-39.

PICHARS, M., “L'évolution de la norme dans les transports”, en PERU-PIROTTE, L., DUPONT-LEGRAND, B., y LANDSWEERDT, C. (Dirs.), *Le Droit du transport dans tous ses états: réalités, enjeux et perspectives*

*nationales, internationals et européennes*, Bruselas, Larcier, 2012, pp. 17-48.

RAMBERG, J., “Unification of transport law: difficulties and possibilities”, *Dir.mar.*, 2010, pp. 813-818.

SOLERNOU SANZ, S., *La ordenación jurídica del mercado de transporte de mercancías por carretera*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 247-267.

TETLEY, W., *International Conflict of Laws: common, civil and maritime: the rome convention 1980*, Montreal, Blais, 1994, pp. 59 y ss.

# **LOS PUNTOS DE FRICCIÓN ENTRE EL CONCURSO DE ACREEDORES Y LA CLÁUSULA ARBITRAL INTERNACIONAL (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE SANTANDER DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2019)**

*MARÍA DOLORES MARTÍNEZ MELÓN*

PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONFLICTO DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA ARBITRAL Y LA INSOLVENCIA. 2.1. Planteamiento del conflicto en sede internacional. 2.2 Enfoque del tratamiento. 3. LA BÚSQUEDA DE LA NORMA CONFLICTUAL EN EL SISTEMA DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DE LA UE, PARTIENDO DEL ASUNTO *DEL FUEGO BOOKING Y DAVID GUETTA*. 3.1. Asunto *DelFuego Booking, S.L*(Concursada) y el artista *David Guetta*. Planteamiento de la cuestión. 3. 2. La institución del arbitraje comercial internacional en relación con la *vis attractiva concursus* y el Reglamento (CE) n° 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia. 3.3 La innecesaria interpretación sistemática del Reglamento sobre procedimientos de Insolvencia n° 2015/848, de 20 de mayo de 2015. 4. LA APLICACIÓN DE LA LEY

CONCURSAL ESPAÑOLA SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL. 4. 1. Puede entonces el juez concursal acordar la nulidad de la cláusula compromisoria con motivo del análisis de la suspensión de los efectos? 4.2.- La suspensión acordada en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*. 5. EL PERJUICIO PARA LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO COMO CAUSA DE LA SUSPENSIÓN. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

## 1.INTRODUCCIÓN

1. La institución arbitral internacional y la insolvencia transfronteriza interaccionan y confluyen con excesiva frecuencia a tenor de la globalización que impera en la contratación. La falta de una regulación clara y sistemática y la dilación en la resolución de aspectos importantes es aprovechada por los operadores jurídicos y económicos que deciden judicializar la controversia. Surge así el problema para el juzgador pues la cuestión planteada, la relativa a la suspensión de una cláusula compromisoria como uno de los plausibles efectos de la declaración de concurso, es una cuestión, esencialmente, de índole concursal y no arbitral.

2. La Directiva Europea n° 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019<sup>1</sup>, en íntima relación con el Reglamento (UE) n° 2015/848, de 20 de mayo

---

<sup>1</sup> Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). *DOUE* núm. 172, de 26 de junio de 2019.

de 2015<sup>2</sup>, en lo que respecta a la finalidad de promoción de la preconcursalidad, permitirá atenuar parcialmente la inseguridad jurídica que hasta este momento ha venido siendo atajada doctrinal y jurisprudencialmente, entre otros, por el asunto *Syska Elektrim S.A Vivendi Universal S.A*<sup>3</sup>, asunto *Pirelli y C.S.P.A*<sup>4</sup> y recientemente (2019), por el asunto *DelFuego Booking, S.L* ( Concursada) y el artista *David Guetta*<sup>5</sup>, que será objeto de tratamiento.

## 2. EL CONFLICTO DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA ARBITRAL Y LA INSOLVENCIA

### 2.1.Planteamiento del conflicto en sede internacional

3. El arbitraje es un mecanismo eminentemente privado de resolución de controversias lo que confronta con el derecho concursal que se asienta en una concepción colectiva y universal del problema que lo desencadena, con claras connotaciones públicas, lo que inevitablemente viene a alterar el principio de *pacta sunt servanda* y las relaciones jurídico- privadas contraídas<sup>6</sup>.

2 Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) *DOUE L* 141/19.

3 Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2008 *Syska Elektrim v. Vivendi, High Court of Justice (Queen's Bench Division)*. ([www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html](http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html)).

4 Auto de 29 de abril de 2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª). (EDJ 2009/260256). En España, el asunto Pirelli es el de mayor importancia.

5 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander, de 30 de septiembre de 2019, *Cendoj* (EDJ 2019/1003). ECLI: ES: JMS:2019:1003.

6 Sobre los principios, *vid. A. Rojo*, “El Derecho concursal”, en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil II*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 900-901. Sobre la regulación del arbitraje en la Ley Concursal *vid.*, entre otros, E. VERDERA Y TUELLS, “Reflexiones preelminares sobre el arbitraje en la Ley

4. Los puntos de fricción relacionados comienzan con las búsqueda de la normativa que resulta de aplicación y, en especial las que gobiernan los efectos de un procedimiento de insolvencia sobre el arbitraje internacional, pues ni la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958<sup>7</sup>, ni el Convenio europeo sobre arbitraje internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961<sup>8</sup>, contienen una regulación sobre los aspectos referidos<sup>9</sup>.

5. El segundo gran obstáculo es el referente a que la institución concursal carece actualmente de un tratamiento específico, sistemático y unitario de la materia<sup>10</sup> ni en el ámbito nacional ni en el internacional, por lo que la búsqueda de la norma de conflicto y selección de ley aplicable ha venido siendo tortuosa sin obviar que la materia concursal y el arbitraje están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento de Bruselas I Bis, por lo que hemos de centrar la atención en el Reglamento (UE) del Parlamento europeo y del Consejo sobre procedimientos

---

Concursal”, en: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 3295-3354; P. PERALES VISCASILLAS, “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2203 (I y II)”, *Diario La Ley*, Núms. 6035 y 6036, 8 y 9 de junio de 2004.

7 Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958 (*BOE* núm. 164, 11 julio 1977).

8 Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra, el 21 abril 1961 (*BOE* núm. 238, 4 octubre 1961).

9 Sobre ambos instrumentos jurídicos internacionales vid. M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000, pp. 34-90.

10 En el ámbito nacional hasta 28 reformas se han contabilizado desde que fue aprobada la Ley concursal por ley 22/2003, de 9 de julio, *BOE* núm. 164 de 10 de julio de 2003.

En reciente texto refundido de fecha 6 de mayo de 2020, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre, se ha codificado la normativa concursal, *BOE* número.127, de 7 de mayo de 2020.

de insolvencia 2015/ 848, de 20 de mayo de 2015, y encontrar en él la respuesta a todas las dudas sugeridas.

## 2.2. Enfoque del tratamiento

6. El asunto objeto de tratamiento, la sentencia dictada en el incidente concursal denominado, *DelFuego Booking y David Guetta*, nos ha permitido crear una hoja de ruta actual que guíe definitivamente aquellos supuestos en los que, declarado un concurso de acreedores en España, se solicita la suspensión de los efectos de la cláusula arbitral internacional que ha sido convenida por las partes pero que no ha provocado inicio de procedimiento arbitral alguno, y en la que uno de los suscriptores es la parte concursada, de conformidad con el artículo 52.1 LC<sup>11</sup>.

7. El referido precepto establece dos premisas fundamentales: la declaración de concurso no implica, por sí sola, que los pactos de mediación y los convenios arbitrales suscritos por el concursado queden afectados. No obstante, podrán suspenderse por el juez los efectos de tales actos si considera que pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. En el apartado 2, y sin ambages, garantiza el respeto a la cláusula compromisoria cuando a la fecha de la declaración del concurso de acreedores el procedimiento arbitral ya está en tramitación.

8. El artículo 52 LC fue objeto de modificación por ley 11/2011, de 20 de mayo, de Arbitraje, con la finalidad de adaptarse a las soluciones comunitarias en la materia, pasando de una regulación contraria a mantener la vigencia de los convenios

---

11 Valoraremos la nueva redacción del precepto a tenor de la reciente promulgación del Texto Refundido de la Ley Concursal de fecha 6 de mayo de 2020, BOE 7 de mayo de 2020, que ha entrado en vigor el día 1 de septiembre de 2020.

arbitrales antes de la declaración de concurso a una posición *pro* convenio arbitral. Esta modificación resulta esencial a los efectos que nos ocupan pues el espíritu de la reforma no solo nos ha de guiar en la búsqueda de la norma de conflicto y selección de ley aplicable, sino también en el hecho sumamente importante de que los precedentes judiciales, asunto *Syska Elektrim S.A* , *Vivendi Universal S.A*, y asunto *Pirelli y C.S.P.A*, anteriores ambos a la reforma, ya no resultan ser de atractiva aplicación, como vienen, sin embargo desoyendo gran parte de la resoluciones que se dictan, entre ellas la del asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, como también lo hace la mayoría de la doctrina.

9. También se produce un nuevo silogismo que es obviado por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia citada, el referente al acto o resolución suspensiva que excepcionalmente puede acordar el juez concursal de los efectos de la cláusula compromisoria a tenor del art. 52.1 LC. La suspensión y su tratamiento no debe confundirse con la validez del convenio arbitral. Cometer ese error no solo nos lleva a una valoración del perjuicio para la tramitación del concurso diametralmente opuesta, sino que en la búsqueda de la norma de conflicto partimos de un nuevo error de calificación.

10. A tenor de lo expuesto, si la norma de conflicto que resulta de aplicación, que ya adelantamos se trata del Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de Insolvencia 2015/ 848, de 20 de mayo de 2015<sup>12</sup>, recalca ante el juez que acordó la apertura del procedimiento concursal, en nuestro caso el juez de lo mercantil número 1 de los de Santander, entendemos que muchas de las argumentaciones que se hacen son

---

12 *DOUE* L 141/19, de 5 junio 2015 (RI bis). Reglamento que vino a refundir el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia *DOUE* L 160, de 30 junio 2000. Ambos reglamentos no son aplicables en Dinamarca.



innecesarias, y unas pocas, no por ello menos importantes, son erráticas. Mostramos especial atención al sentido y a los efectos que el juez concursal otorga a la suspensión de la cláusula y a las consecuencias que de ello derivan porque de ello dependerá los parámetros que han de utilizarse para valorar el perjuicio del concurso y en su caso, qué normas de competencia judicial han de aplicarse. No es lo mismo acordar la suspensión del convenio arbitral, como medida cautelar que es, que acordar su nulidad, opción, que por otro lado, puede resultar factible en vía incidental<sup>13</sup>.

### **3. LA BÚSQUEDA DE LA NORMA CONFLICTUAL EN EL SISTEMA DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA DE LA UE, PARTIENDO DEL ASUNTO *DEL FUEGO BOOKING Y DAVID GUETTA***

11. Planteado el conflicto en los términos expuestos, la razón por la que se ha elegido el análisis del asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, se debe a que la norma de conflicto susceptible de ser aplicada es el Reglamento 2015/848, y no su predecesor, lo que nos permite no solo romper con los criterios sentados por los paradigmáticos asuntos referenciados, asuntos *Elektrim y Pirelli*, y ahondar en unos nuevos, sino también dar una respuesta innovadora a una generalidad de cuestiones de gran calado práctico.

Ello nos obliga a reformular una serie de preguntas:

---

13 Sostenemos que el juez concursal también está legitimado para abordar la existencia de un posible fraude en la inserción de la cláusula compromisoria si ve méritos para ello, pero esta vez la legitimación se la concede el art. 53 LC. Veremos que no se ha adoptado ninguna de las opciones propuestas en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta* pese a que el juzgador concursal las tenía a su alcance.

¿derogan las reglas concursales todos los efectos de una cláusula arbitral pese a estar inactiva? ¿o sobreviven, y en qué medida, a los efectos de un procedimiento de insolvencia?, ¿quién goza de mayor protección, la institución arbitral o la concursal?<sup>14</sup>

### **3.1. Asunto *Delfuego Booking, S.L* (Concursada) y el artista *David Guetta*. Planteamiento de la cuestión**

12. El supuesto de hecho de la sentencia que vamos a diseccionar se ha dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander en fecha 30 de septiembre de 2019. El relato fáctico se basa en que la concursada, *Delfuego Booking S.L*, firmó el 27 de abril de 2018, un contrato con los agentes representantes del artista *David Pierre Guetta*, *Creative Artists Agency, Talent Management & Servicios FZ-LLC*, cuyo objeto era prestar los servicios, y por ende, la actuación del artista, de reconocida fama mundial. En la condición adicional 18 del precitado contrato, sobre ley aplicable y jurisdicción, se indica que la ley aplicable al contrato será la de Inglaterra y Gales, y que cualquier disputa se resolverá mediante arbitraje con Sede en Londres, siendo el idioma a emplear el inglés (no se aportan más especificaciones relativas al arbitraje).

13. Se da el caso que el artista no compareció a la actuación contratada y procedió a devolver parte de su caché (203.000 euros), si bien la promotora pretende reclamar el resto del caché, gastos directos e indirectos sufridos, y daños y perjuicios, aventurando una reclamación superior a los 600.000 euros.

---

14 Reparemos que la cláusula compromisoria tiene naturaleza contractual independiente del contrato en la que se inserta.

14. Entiende la concursada que el convenio arbitral en cuestión causaría graves perjuicios para “el concurso y su tramitación”, por dos razones: la incertidumbre con la que se expresa la cláusula pues no se indica árbitro ni colegio o administrador ni reglamentación bajo la que el arbitraje se desarrollaría, lo que impactaría en una enorme dilación en la propia y simple constitución del arbitraje, además de una incertidumbre insalvable para el concurso, que en otro caso podría allegar sumas relevantes (en caso de tener éxito en su reclamación) para la masa concursal; la segunda, los costes de administración de arbitraje, honorarios de árbitros y letrados especializados con sede en Londres serían inasumible por la masa del concurso.

15. El planteamiento jurídico del solicitante, el concursado, se apoya en la naturaleza contractual del convenio arbitral y en su carácter internacional para, por la vía del art. 7.2 e) del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, llegar a la aplicación de la norma nacional española, como *lex foris concursus*, que en su art. 52.1 de la Ley Concursal permite la suspensión del convenio arbitral con ciertas condiciones.

### **3.2. La institución del arbitraje comercial internacional en relación con la vis atractiva concursus y el Reglamento (CE) nº 1346/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia**

16. Asumido cuanto hemos expuesto no es baladí sentar que el Reglamento de insolvencia nº 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, guardaba un meridiano silencio sobre las expresas

acciones que se pueden ejercitar y derivarse del procedimiento de insolvencia o bien, que guardaren relación con ella<sup>15</sup>.

17. Para la totalidad de la doctrina en esa búsqueda de la norma de conflicto y selección de ley aplicable, era sumamente importante la naturaleza jurídica de los convenios arbitrales. La opinión mayoritaria cedía ante la naturaleza contractual del convenio, incluidos los pactos de mediación, y por ende, sería *la lex fori concursus*, de acuerdo con su ley nacional, la que determinaría el efecto que la apertura del procedimiento de insolvencia produciría sobre la validez y eficacia de la cláusula por el que las partes, una de ellas concursada, han sometido las controversias de una determinada relación contractual a arbitraje<sup>16</sup>.

### **3.3. La innecesaria interpretación sistemática del Reglamento sobre procedimientos de Insolvencia 2015/848, de 20 de mayo de 2015.**

18. El Reglamento 2015/848, es plenamente aplicable a la situación que nos concierne, asunto *Delfuego booking y David Guetta*, que es, a todas luces, un supuesto intracomunitario de insolvencia –las partes están domiciliadas en Francia y España

---

15 El reglamento se asienta sobre el principio de unidad legal, según el cual el estado de apertura (la *lex foris concursus*) será aplicable a todo el procedimiento de insolvencia y determinará todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, pues parte del principio de que el concurso es uno y cuya resolución de apertura ha de reconocerse por todos los Estados de la Unión, así como todos los efectos que la legislación de ese país produzca. En este sentido opina M.A. PENADÉS FONS, *Insolvencia Transfronteriza y Arbitraje comercial internacional* (Tesis doctoral), Universidad de Valencia, 2015, p. 15, quien a su vez refiere que así lo declara tanto la opinión de la AG Kokott como la Sentencia del TJUE en el Asunto C.294/02, *Comisión Europea v AMI Semiconductor Belgium BVBA* [2005] *Rec. I*-2175, párs. 84 y 69 respectivamente.

16 *Ibidem*, pp. 79 y 80, el autor lo razona trayendo a colación el criterio jurisprudencial y doctrinal (en especial el del profesor Heredia Cervantes).

y, además, la sede designada para el arbitraje está en Londres, a la fecha de formalización de la cláusula compromisoria, aunque actualmente Reino Unido es un Estado no miembro de la Unión Europea. El Reglamento 2015/848, al igual que su predecesor, señalan, en sus arts. 7 y 4, respectivamente, que la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia será la del Estado miembro en el que se abra cada uno de ellos.

19. El Reglamento Europeo sobre procedimientos de Insolvencia 1346/2000, de 29 de mayo, tal y como ya hemos avanzado, no contenía regulación alguna relativa a la *vis attractiva*<sup>17</sup>, por lo que necesariamente había de acudir a la noción que de ella tenían los derechos nacionales. De la misma manera, el considerar que los convenios arbitrales disfrutaban de la naturaleza contractual, facilitaba la labor de búsqueda porque permiten someterlos al régimen conflictual previsto en el Reglamento de insolvencia para los contratos.

20. Todo cuanto se ha expuesto tiene suma importancia toda vez que el Reglamento vigente difiere sustancialmente del anterior, por lo que la interpretación sistemática que anteriormente se exigía, y así quedó plasmado en el asunto *Elektrim y Pierelli*, ya no se precisa bajo las previsiones legales contenidas en el actual Reglamento 2015/848. Sin embargo, tanto la sentencia del asunto *DelFuego Booking y David Guetta* como la doctrina insisten en acudir a ella<sup>18</sup>. El Reglamento 2015/848, ha respetado una

---

17 Es muy explicativo M. GÓMEZ JENE, “Concurso y arbitraje internacional” (2010) *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm 2, p. 99., pues analiza como una de las características generales del Reglamento europeo de insolvencia la no *vis attractiva concursus*.

18 Sobre el comentario de esta sentencia vid. a I. HEREDIA CERVANTES, “Arbitraje, concurso internacional y ... David Guetta”. El Problema: la eficacia en un concurso internacional de un convenio arbitral concluido por el deudor antes de la declaración de apertura, Almacén de Derecho. <https://almacendederecho.org/arbitraje-concurso-internacional-y-david-guetta> (última consulta 10 de

amplia percepción del principio de *vis atractiva concursus* y una primacía del Reglamento de los procedimientos de insolvencia en la regulación de los asuntos que pertenezcan a la materia propiamente concursal, como ocurre con el analizado <sup>19</sup>, pero lo que es sumamente importante, le dedica una expresa protección al arbitraje en el artículo 18<sup>20</sup>.

21. En sintonía con lo anterior, el vigente Reglamento de procedimientos de insolvencia, al igual que la ley concursal en su art. 52, reformado en el año 2011 por la Ley de Arbitraje y el art. 140 del Texto Refundido de la LC, otorga un tratamiento distinto al convenio arbitral y al arbitraje, siendo así que las leyes aplicables son distintas para el caso en que la declaración de concurso sea previa o no a la suscripción del acuerdo o a la iniciación del arbitraje. Así, si un arbitraje se inicia antes de la declaración de concurso, se procederá a aplicar, y a la luz del nuevo Reglamento, la *lex loci arbitri*. En cambio, si el arbitraje se inicia tras la declaración del concurso, se aplicará la *lex fori concursus*.

---

junio de 2020)

- 19 Vid. el considerando 66 del Reglamento 2015/848. Más sobre esto lo analiza E. TORRALBA MENDIOLA, “Las insolvencias transfronterizas en la Unión Europea: perspectivas jurisprudenciales y retos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, n° 2, pp. 360-383.
- 20 La redacción del antiguo artículo 15 solo mencionaba “los procedimientos en curso” sin aludir a los procedimientos arbitrales.

#### **4. LA APLICACIÓN DE LA LEY CONCURSAL ESPAÑOLA SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL**

22. Considera el juzgador en el asunto objeto de estudio que no se puede expropiar la posibilidad de suspender el convenio arbitral por la declaración de concurso. Para justificar las referidas conclusiones es necesario analizar dos aspectos, uno de naturaleza competencial y otro procedimental, que obligan a reparar de nuevo en la concepción que nuestro ordenamiento tiene sobre la *vis attractiva concursus* además de comprobar si la norma provoca un tratamiento diferente del arbitraje interno y del internacional, adelantando que la aplicación de los Convenios de Ginebra y de Nueva York no tienen por qué ser desterrados definitivamente, una vez se ha localizado la norma de conflicto y esta derive a la ley concursal española como ley que resulta de aplicación.

23. Ambas cuestiones son cruciales y, dos son las razones de peso: en primer lugar, mantenemos la consideración de que el juez concursal, al amparo del art 52.1 LC, ha de limitarse a valorar lo que consideramos que es una medida cautelar de naturaleza suspensiva. A mayor abundamiento, el artículo 8.4 LC<sup>21</sup>, está íntimamente interrelacionado con el artículo 11 del mismo texto legal, y alude especialmente a tal posibilidad, o, en su caso, a dejarla sin efecto cuando considere que pueda suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.

24. En segundo lugar, defendemos que el juez concursal no tiene límite competencial para analizar, ya de oficio, ya a instancia de parte, la validez de la cláusula compromisoria, al auspicio de la referencia que hace el art. 52.1 LC, *in fine*, cuando se expresa: *todo ello sin perjuicio de los dispuesto en los tratados internacionales.*, por lo que

---

21 Vid. E. TORRALBA MENDIOLA, “Las insolvencias transfronterizas...”, p. 366, *loc. cit.*

nos obliga a analizar la segunda de las cuestiones planteadas, es decir, si nuestro ordenamiento se decanta por un sistema monista o dualista. El tema adquiere importancia desde un punto de vista conflictual.

25. Parte de la doctrina<sup>22</sup> considera que la conjunción del art. 52.1 *in fine* LC y el art. 11 del mismo texto legal es la vía para defender la diferenciación y, por ende, la existencia de dos tratamientos distintos del arbitraje nacional y del transnacional, por la referencia expresa que hace este artículo a las medidas cautelares y la que éste a su vez hace del artículo 52 de la LC en cuanto a las medidas que puedan adoptar los árbitros.

Sin embargo, mostramos disconformidad con la mayoría de la doctrina al valorar la referencia que el precepto hace a los tratados internacionales calificándola como una redundancia imprecisa y superflua así como cuando sugieren que los Tratados de aplicación en materia arbitral, como son la convención de Nueva York y el Convenio Europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial Internacional, no resultan de aplicación a la cuestión que nos ocupa, pues consideramos que pueden resultar aplicables atendiendo a cuál es la cuestión que haya de ser enjuiciada<sup>23</sup>.

---

22 F. CORDÓN MORENO, “Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)” 23 *Anuario de Derecho Concursal*, 2011, n° 23, pp. 173 y ss. También J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 929-930. Vid., para profundizar en argumentos a J.F. GARNICA MARTÍN, “La vis atractiva del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 26, 2012, pp. 205 y 206.

23 La doctrina es unánime en este punto, M.F.MARTÍN MORAL, “Impugnación de convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos”, 2013, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 291, p. 296. No obstante, hay otros autores que se decantan por dar un significado a la expresión, *vid.* G. PÉREZ DEL BLANCO, *Efectos procesales de la declaración del concurso: La vis atractiva concursal* (Madrid, Reus, 2007) 236-240. En este sentido se pronuncia el Auto de la AP Barcelona (Sección 15<sup>a</sup>)



26. Hay un dato indiscutible, el artículo 52 LC habrá de aplicarse cuando la norma de conflicto que resulta de aplicación remita al derecho español, pero superado este escollo conflictual, puede suceder que debamos acudir de nuevo a los tratados internacionales que anteriormente habíamos descartado. Imaginemos que el juez mercantil supervisa de oficio la posibilidad de suspender la cláusula compromisoria por considerarla perjudicial para la tramitación del concurso y comprueba que la referida estipulación puede estar viciada de nulidad, acudiremos en esta ocasión a los instrumentos internacionales que anteriormente hemos anunciado y que habíamos desechado por ser, ahora sí de aplicación, dado que la materia objeto de análisis es regulada por los referidos instrumentos.

Por si fuera poco, el Texto Refundido de la LC, que ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2020, no solo no cambia un ápice el sentido de la referencia a los tratados internacionales, sino que le dedica un apartado en exclusiva, el apartado 3 del art.140 que se despacha con la expresión siguiente: “Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales”, lo que resulta sumamente clarificador.

#### **4.1. ¿Puede entonces el juez concursal acordar la nulidad de la cláusula compromisoria con motivo del análisis de la suspensión de los efectos?**

27. El juez del concurso dispone de competencia para acordar la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria y, alternativamente, puede acordar la invalidez de un convenio a tenor de la aplicación de las normas de producción internacional

---

de 29 abril 2009, pero por razones ajenas a las que en el presente trabajo se exponen.

y en vía incidental<sup>24</sup>. Lo que no resulta de recibo es que se confundan ambas posibilidades y se mezclen efectos de forma indiscriminada como ocurre en el asunto analizado.

28. El Convenio de Nueva York se pronuncia, entre otras cuestiones, sobre el reconocimiento de la validez formal del convenio arbitral<sup>25</sup>. Y si bien es cierto que el referido convenio no contempla la posibilidad de que las partes puedan acudir a un tribunal estatal para solicitar, en vía principal, la declaración de inexistencia o nulidad del convenio arbitral, en vía incidental no se aprecia obstáculo para que los tribunales estatales puedan analizar la existencia y validez del convenio siempre que dispongan de un foro de competencia judicial internacional (art. II.3, *in fine*, Convenio de Nueva York)<sup>26</sup>.

29. El juez concursal en el asunto *DelfuegoBooking* efectúa unas apreciaciones importantes acerca de la cláusula compromisoria y apuntan a una falta de bondad y, sin embargo, no declara su nulidad abiertamente cuando, operan razones para tan radical efecto. Que el juez pueda valorar la invalidez de la cláusula en vía incidental, no conllevaría, una derogación del principio *Kompetenz-*

---

24 La discusión doctrinal y jurisprudencial existe incluso cuando resultan de aplicación normas de producción interna, con motivo de la intervención judicial en el nombramiento de árbitros, Así lo confirma F. MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 107, al señalar que “no puede negarse a prestar la asistencia necesaria para permitir la designación del árbitro y la prosecución del arbitraje, excepto cuando le aparezca manifiesta la inexistencia prima facie de convenio arbitral. El juez no podrá examinar ni la validez del convenio arbitral ni la arbitrabilidad de la controversia”.

25 Hemos de recordar que la determinación de la ley aplicable a dicha cláusula compromisoria se realiza de modo separado y distinto a la ley aplicable al contrato principal en el que se inserta o al que se refiere, tiene autonomía Jurídica (art. VI.2 c del Convenio de Ginebra y art. 9.6 Ley de Arbitraje).

26 Para profundizar sobre este aspecto *vid.* DE BENITO-LLOPIS LLOMBART, M., *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*, Cívitas Cizur Menor, 2010, pp. 203 y ss y a GÓMEZ JENE, M., “El Convenio Arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, N° 2, pp. 7-38.

*Kompetenz*<sup>27</sup>. El análisis ha de efectuarse desde una perspectiva objetiva, así lo prescriben el art. V.1.a) CNY, el art. VI.2.a) CG y los arts. 34.2.a.i) y 36.1.a.i) Ley Modelo de Arbitraje. Esta libertad encuentra su fundamento en el principio de separabilidad del convenio con respecto al contrato principal y constituye un pilar básico del derecho arbitral contemporáneo<sup>28</sup>.

30. Es importante detenernos en el hecho de que el término suspensión invita a pensar en una paralización momentánea de los efectos de la cláusula compromisoria, tanto de los efectos positivos como de los negativos<sup>29</sup>, pero también en que la referida cláusula es susceptible de recobrar su plena eficacia tan pronto

27 La doctrina y la jurisprudencia menor y mayor no es unánime, así lo expone M. DE BENITO LLOPIS-LOMBART, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la *Kompetenz-kompetenz*”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, N° 1,2008. Los tribunales españoles han seguido tradicionalmente el sistema que entiende que el juez tiene potestad para conocer la cuestión de forma plena e inmediata en cuanto se alegue ante él, mediante declinatoria, la existencia de un convenio arbitral.

M. GÓMEZ JENE, “Concurso y arbitraje...”, *loc. cit.* pp. 100 y 101, establece: si se defiende que la calificación que merece el convenio arbitral es la de ser un contrato procesal, no cabe declarar su nulidad.

*Vid.* F.J. CORDÓN MORENO, “Declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje: el alcance del enjuiciamiento por el juez del convenio arbitral en que se fundamenta”, *GA\_P Análisis*, julio 2017, examinando críticamente la Sentencia del TS 409/2017, de 27 de junio establece que la misma se decanta por la “tesis débil del principio *Kompetenz-kompetenz*, es decir el órgano debe efectuar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio”.

28 Cuestión diferente es la relativa a la ley conflictual aplicable: a la capacidad, a la forma y al fondo del convenio arbitral, por lo que nos remitimos a las normas de conflicto acogidas en la convención de Nueva York, Convenio de Ginebra y ley 60/2003, de Arbitraje.

29 El efecto positivo es una manifestación del principio *pacta sunt servanda* de la que deriva una obligación negativa, es decir las partes se obligan a dirimir sus controversias ante los tribunales arbitrales y, cumplir lo estipulado, equivale a no acudir a la vía jurisdiccional., el efecto negativo se manifiesta cuando alguna de las partes lo hace valer ante la jurisdicción (la declinatoria es el tratamiento procesal para hacer valer la función negativa) según D. ARIAS LOZANO, “Artículo 11”, en D. ARIAS LOZANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje de 2003*, Cizur Menor, 2005, p.102.

como el procedimiento concursal concluya por cualquiera de los medios previstos en el art. 176 y 176 bis de la LC, o bien, porque la medida cautelar de la suspensión de los efectos pierda su razón de ser al considerar el juez que ha dejado de resultar perjudicial para la tramitación del concurso.

#### **4.2.- La suspensión acordada en el caso *DelFuego Booking y David Guetta*.**

31. En el ordinal Quinto de la sentencia que es objeto de tratamiento se analiza el potencial perjuicio que la activación de la cláusula arbitral pudiera conllevar “para la tramitación del concurso”, asumiendo como un hecho que la suspensión del convenio producirá una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional. Ante este escenario el juez del concurso analiza el perjuicio del procedimiento.

32. Mostramos reticencia al anterior pronunciamiento judicial: la suspensión de los efectos del convenio arbitral en sede concursal es una medida que comparte de la naturaleza de la cautelar, es decir, implica una paralización provisional de los efectos positivos y negativos de la cláusula compromisoria, lo que nos induce a pensar que la suspensión de los efectos no provoca una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial; lo que, sin embargo, sí permitiría la declaración de nulidad de la cláusula (a tenor de la aplicación de los tratados internacionales) cuando sea merecedora de tan radical efecto<sup>30</sup>. Por lo tanto, acordada la suspensión, cuando la tramitación del concurso concluya, la suspensión de los efectos decaerá y el

---

30 Entre otros, por MARÍN LÓPEZ, M.J., Disponible en: [https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest\\_cap\\_4\\_art52.pdf](https://previa.uclm.es/profesorado/mjmarin/invest_cap_4_art52.pdf) .(no consta más referencia de la obra ni del autor que la citada).

convenio arbitral recuperara, inexorablemente, la doble eficacia positiva y negativa<sup>31</sup>.

## 5. LA IMPORTANCIA DEL PERJUICIO PARA LA TRAMITACIÓN DEL CONCURSO COMO CAUSA DE LA SUSPENSIÓN

33. El artículo 52.1 LC supedita la suspensión del convenio arbitral al potencial perjuicio que pudieran suponer la activación y/ o eficacia de los pactos de mediación y convenios arbitrales para la tramitación del concurso. Aun así, valorada tal posibilidad, permite al juez concursal que pueda o no acordar la suspensión de los efectos. Pese a la escasez de estudios valorando el perjuicio concursal, la interpretación que se haga del término “suspensión” condicionará necesariamente la que se haga de la valoración del “perjuicio para la tramitación del concurso”, pudiendo llegar a conclusiones diametralmente opuestas según se adopte una u otra.

34. El juzgador en el asunto *DelFuego Booking y David Guetta*, avalado por precedentes judiciales, entiende que el procedimiento, como mero trámite, no es digno de protección ni puede sufrir un “perjuicio”. Otro sector de la doctrina, como continúa refiriendo el juez concursal,<sup>32</sup> apunta (además de los supuestos de maquinaciones fraudulentas) al “interés del concurso” que permite resolver contratos no afectados por la declaración de insolvencia (art. 61 LC). Así, el posible perjuicio habrá de definirse

---

31 Incluso hay quien llega más allá, M. GÓMEZ JENE, “El convenio arbitral ..”, *loc. cit.* p. 34, se plantea como especialmente controvertido determinar si el convenio arbitral deviene ineficaz – o sin valor- cuando las partes implicadas – o una de ellas- sean económicamente insolventes, entendiéndose que únicamente la voluntad de la parte solvente de asumir los costes del arbitraje puede salvar dicha eficacia.

32 M.A. PENEDÉS FONS, *op. cit.*, pp. 143-145.

a la luz del interés colectivo de todos los acreedores concurrentes, o en su caso, a procurar conservar o implementar la integridad y el valor de los activos del deudor en beneficio de los acreedores.

Se plasma en la resolución objeto de análisis la valoración del perjuicio haciendo una comparativa de costes entre el procedimiento arbitral y el judicial, partiendo de una premisa que anuncia en el punto 35 de la sentencia, la referente a que la suspensión del convenio producirá una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional<sup>33</sup>.

35. No podemos estar más en desacuerdo con la valoración que hace del mismo el juez concursal partiendo de la referida comparativa de costes; es el juez quien reconoce la vaguedad de la cláusula compromisoria (susceptible de haber sido cuestionada su validez), así como el hecho de que la masa activa del concurso no dispone de tesorería siendo su principal activo el crédito que se arroga frente al artista indicado.

36. Esta última reflexión nos permite augurar que lo que verdaderamente puede resultar perjudicial para el procedimiento concursal es la suspensión del convenio arbitral, pues sin activo en la masa el concurso terminará sin el éxito pretendido. Por ende, la valoración del perjuicio también ha de conllevar un profuso análisis de la viabilidad de la referida reclamación por incumplimiento contractual, máxime cuando ya se toma como algo plausible el potencial éxito de la reclamación del crédito que la concursada se arroga frente al artista.

En consecuencia, el perjuicio de los acreedores estaría servido si obviamos los razonamientos apuntados y, por ende, se

---

33 En este sentido opina I. HEREDIA CERVANTES, "Arbitraje, concurso internacional..." *loc. cit.*, pp. 5, en comentarios a la referida sentencia, llegando a la misma conclusión que la que se expone en la sentencia.

acuerda la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria cuando la vía arbitral tiene visos de prosperabilidad frente al artista.

37. Con todo ello, hemos de hacernos la siguiente pregunta: ¿qué sucedería en el asunto objeto de análisis si no se acuerda la suspensión de los efectos del convenio arbitral? ¿implicaría que el procedimiento concursal no finalizará hasta en tanto no se resuelva la cuestión controvertida en el procedimiento arbitral, en caso de haberse activado el convenio arbitral?; la respuesta ha de ser negativa, no impediría la terminación del procedimiento concursal, aunque el posible reintegro de activo a la masa a tenor del laudo arbitral que se dicte pudiera conllevar una reapertura del procedimiento concursal (art. 502 y siguientes del TRLC).

38. No es efímera la diferencia entre acordar la nulidad de un convenio arbitral y la mera suspensión cautelar de sus efectos, pues la invalidez de la cláusula compromisoria acordada judicialmente sí permitiría la activación de las normas sobre competencia judicial internacional, que es lo que parece desear el juzgador y, por ende, avanzar en la resolución de la controversia. De no hacerlo así, aventuramos una inútil finalidad del concurso de acreedores que terminará por insuficiencia de activo y sobrecargado de costes y transcurso de tiempo baldío.

No obstante, el juez concursal considera el crédito frente al artista prácticamente el único activo del que dispone la empresa concursada. La trascendencia patrimonial que para el deudor concursal tiene la reclamación frente a la parte que ha incumplido contractualmente y ha provocado la situación de insolvencia, es ciertamente crucial para valorar la suspensión de los efectos del convenio y su íntima relación con el perjuicio que la suspensión puede o no ocasionar.

39. En consecuencia, el perjuicio no puede venir referido a la existencia misma del convenio arbitral, pues, tras la reforma del artículo 52 LC por ley 11/ 2011, de 20 de mayo<sup>34</sup>, ha demostrado que el legislador no concibe el arbitraje como una opción menos válida o más perjudicial que la tramitación judicial, sino que parte de su equivalencia a los efectos concursales<sup>35</sup>. Prueba que refuerza lo anteriormente expuesto es que el precepto equipara, y a los meros efectos suspensivos, el convenio arbitral a los pactos de mediación.

## 6. CONCLUSIONES

40. El vigente Reglamento de procedimientos de insolvencia, 2015/ 848, la ley concursal en su art. 52, reformado por ley 11/2011 de Arbitraje y el art. 140 del reciente Texto Refundido de la LC, vienen a otorgar un tratamiento distinto del convenio arbitral y al arbitraje, por lo que ya no se precisa ahondar ni acudir a precedentes reglamentarios ni judiciales para dar solución a los puntos de fricción anunciados en el presente trabajo.

Así, si un procedimiento arbitral se inicia antes de la declaración de concurso, se procederá a aplicar, y a la luz del vigente Reglamento, la *lex loci arbitri*. En cambio, si el arbitraje se inicia tras la declaración del concurso, se aplicará la *lex fori concursus*.

---

34 En este estado de la cuestión, el TRLC en su artículo 140, actual 52.1 LC, clarifica los extremos de la suspensión, en cuanto a la legitimación y momento procesal en que puede regir, pero sigue utilizando el mismo término sin variar un ápice en su significado, ni siquiera en la discrecionalidad del juez en cuanto a la valoración del perjuicio.

35 M.A.PENEDÉS FONS, *op. cit.*, pp. 143 y 144.



41. Si la norma de conflicto que resulte de aplicación remite al derecho español, el juez del concurso, a tenor de la dicción legal del art. 52.1 LC, dispone de competencia para acordar la suspensión de los efectos de la cláusula compromisoria pero, alternativamente, puede acordar la invalidez de un convenio a tenor de la aplicación de las normas de producción internacional, y en vía incidental, siempre que dispongan de un foro de competencia judicial internacional (resultando en este último supuesto susceptibles de aplicación los Convenio de Nueva York y de Ginebra).

Lo que no es admisible es que se confunda la declaración de suspensión con la de invalidez de la cláusula pues los efectos que produce cada una difieren sustancialmente: la suspensión de los efectos del convenio arbitral, como medida cautelar que es, no provoca la reactivación de las normas de competencia judicial internacional; lo que, sin embargo, sí permitirá la declaración de nulidad de la cláusula compromisoria.

42. Los efectos de la suspensión de la cláusula arbitral y los de la posible declaración de nulidad condicionaran la valoración judicial que se haga del “perjuicio para la tramitación del concurso”. El perjuicio no puede venir referido a la existencia misma del convenio arbitral sino a la transcendencia patrimonial y a los visos provisionales de prosperabilidad que tiene la acción de reclamación, en nuestro caso frente al artista, con la finalidad de obtener una resolución favorable para la masa activa del concurso, lo que únicamente se obtendría, o bien no declarando la suspensión de la cláusula o, si procede, declarando su nulidad.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS LOZANO, D., “Artículo 11”, en: D. ARIAS LOZANO (Coord.), *Comentarios a la Ley de arbitraje de 2003*, Cizur Menor, 2005, p.102

BENITO LLOPIS-LOMBART, M. DE, “Análisis jurisprudencial: alcance del efecto negativo de la *Kompetenz-kompetenz*”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, N° 1,2008

----, *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*, Cívitas Cizur Menor, 2010

CORDÓN MORENO, F., “Concurso y convenios arbitrales (a propósito de la pretendida reforma del art. 52.1 LC)” *23 Anuario de Derecho Concursal*, 2011, n° 23

----, “Declinatoria por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje: el alcance del enjuiciamiento por el juez del convenio arbitral en que se fundamenta”, *GA\_P Análisis*, julio 2017

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008

GÓMEZ JENE, M., *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, Colex, Madrid, 2000

----, “El Convenio Arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2017), Vol. 9, N° 2

----, “Concurso y arbitraje internacional” (2010) *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm 2

HEREDIA CERVANTES, I., “Arbitraje, concurso internacional y ... David Guetta”, *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/arbitraje-concurso-internacional-y-david-guetta>

GARNICA MARTÍN, J.F., “La *vis attractiva* del juez del concurso tras la reforma introducida por la Ley 38/2011”, *Anuario de Derecho Concursal*, nº 26, 2012

MANTILLA-SERRANO, F., *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005

MARTÍN MORA, M.F., “Impugnación de convenios y procedimientos arbitrales fraudulentos”, 2013, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*

PENADÉS FONS, M., *Insolvencia Transfronteriza y Arbitraje comercial internacional* (Tesis doctoral), Universidad de Valencia, 2015

PERALES VISCASILLAS, P., “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003 (I y II)”, *Diario La Ley*, Núms. 6035 y 6036, 8 y 9 de junio de 2004

PÉREZ DEL BLANCO, G., *Efectos procesales de la declaración del concurso: La vis attractiva concursal* Madrid, Reus, 2007

ROJO, A., “El Derecho concursal”, en R. URÍA / A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil II*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2007

TORRALBA MENDIOLA, E., “Las insolvencias transfronterizas en la Unión Europea: perspectivas jurisprudenciales y retos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, vol. 11, nº 2

VERDERA Y TUELLS, E., “Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal”, en: *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005

# **EL ESCENARIO GEOGRÁFICO Y GEOPOLÍTICO**

# **PONENCIAS**

# LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES TRAS BREXIT

*MANUEL PENADÉS FONS*

SENIOR LECTURER  
KING'S COLLEGE LONDON

Sumario: 1. PALABRAS PREVIAS EN HOMENAJE Y RECUERDO DEL PROFESOR JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES. 2. INTRODUCCIÓN. BREXIT Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 3. LOS MODELOS ALTERNATIVOS EN MATERIA DE LEY APLICABLE TRAS EL BREXIT. 4. LA DOMESTICACIÓN DEL RÉGIMEN EUROPEO Y LA *EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL) ACT*. 5. LAS MODIFICACIONES EN LA VERSIÓN “DOMESTICADA” DEL REGLAMENTO ROMA I. 6. LOS BENEFICIOS DE RETENER EL RÉGIMEN DE ROMA I. 7. IMPLICACIONES ADICIONALES DEL BREXIT SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN EL CONTEXTO ARBITRAL. 7.1. La exclusión del Derecho de la UE del “*appeal on a point of law*” de la sección 69 *Arbitration Act*. 7.2. La validez de los convenios arbitrales y la normativa imperativa de la UE. 7.3. La aplicación del régimen de Roma I por tribunales arbitrales. 8. CONCLUSIÓN. 9. BIBLIOGRAFÍA.

## **1. PALABRAS PREVIAS EN HOMENAJE Y RECUERDO DEL PROFESOR JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES**

Esta contribución deriva de una presentación realizada con ocasión del V Seminario AEPDIRI sobre Temas de actualidad de Derecho Internacional Privado celebrado en la Universidad de Oviedo el 24 de septiembre de 2020. Este fue el primer acto académico en el que intervine tras el fallecimiento del Profesor José Luis Iglesias Buhigues, que tuvo lugar pocos días antes. No puedo hacer sino dedicar este texto a su memoria.

El Profesor Iglesias fue, y siempre será recordado como, uno de los pilares fundamentales de la escuela valenciana (entre otras) de Derecho internacional privado. Los que tenemos la suerte de poder llamar a la Universitat de Valencia nuestra “*alma mater*” pudimos apreciar (y absorber) de primera mano la sólida visión europeísta del Profesor Iglesias. Una visión que siempre compartió con convicción, conocimiento, tesón, bonhomía y generosidad.

Fue un honor actuar como coordinador del *Liber amicorum* que publicamos en homenaje suyo en 2012<sup>1</sup>, pero más honor es incluso que el Profesor Iglesias escribiera el prólogo a una monografía que publiqué ese mismo año en materia de elección tácita de ley en el Reglamento Roma I<sup>23</sup>. Precisamente (¿cuestiones del destino?) la materia de la ley aplicable a los contratos internacionales y el

---

1 ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. (eds.) y PENADÉS FONTS, M. (coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

2 Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales («Roma I»), DOCE n° L 177, 4 de julio de 2008.

3 PENADÉS FONTS, M., *Elección tácita de ley en los contratos internacionales*, Cizur Menor, Aranzadi - Thomson Reuters, 2012.



Reglamento Roma I son también los temas de esta contribución. Muchas gracias por todo, maestro.

## **2. INTRODUCCIÓN. BREXIT Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

Bueno o malo, el Brexit ya llegó. Con él, el Reino Unido comienza una nueva etapa de su historia. Mucho se ha hablado en los últimos años del impacto jurídico del Brexit y ciertamente resulta difícil exagerar la transformación que este evento ha supuesto y supondrá para el ordenamiento del Reino Unido. Este breve artículo pretende abordar el efecto del Brexit sobre el régimen de determinación de ley aplicable a las obligaciones contractuales tras la salida de la Unión Europea por parte del Reino Unido.

El elevado tecnicismo que caracteriza al Derecho internacional privado lo convierte en un área jurídica raramente entendida fuera de círculos especializados. Sin embargo, su presencia constituye un elemento vertebrador fundamental para el desarrollo y la estabilidad de las relaciones internacionales, que han pasado a formar parte indispensable del tejido social y económico de nuestra sociedad. Muestra de ello es que ya en 1957 los Estados fundadores de la Unión Europea incluyeron “la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales” dentro de su agenda de materias estratégicas para facilitar el éxito del proyecto europeo (art. 220 TCE en su versión original). Una breve declaración de intenciones que a lo largo de las últimas décadas ha dado lugar a un nutrido conjunto normativo que actúa como verdadero catalizador del proyecto de la Unión y que regula ya muchas de

las relaciones privadas internacionales que se producen en los Estados miembros.

La importancia estratégica del Derecho internacional privado es igualmente conocida en el Reino Unido, principalmente por el papel protagonista que este Estado ha jugado históricamente en el desarrollo comercial internacional. Un protagonismo que, a su vez, se ha tornado en dependencia de esos intercambios transfronterizos para el crecimiento y bienestar del país. Deriva de ello que la expectativa de que el Brexit pudiera producir el cese de aplicación de los instrumentos normativos desarrollados por la Unión para facilitar y fomentar tales relaciones jurídico-privadas internacionales haya sido entre el 2016 y el 2020 fuente de elevada preocupación por autoridades, empresas y ciudadanos británicos. Sobre todo, porque la irrupción del Derecho internacional privado de origen europeo durante las últimas décadas ha producido de forma paralela el retroceso, y en ocasiones también obsolescencia, de las normas homólogas de origen interno y convencional, que han perdido una parte importante de la relevancia disfrutada otrora.

Una de las áreas sometidas a este proceso de europeización ha sido el régimen de ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, que actualmente se encuentra regulado de forma uniforme en todos los Estados miembros por los Reglamentos Roma I y Roma II<sup>4</sup>. Cada uno de estos instrumentos proporciona las reglas de conflicto necesarias para determinar qué Derecho nacional regula las relaciones contractuales o extracontractuales de naturaleza civil o mercantil sobre las que tenga que pronunciarse una autoridad de un Estado miembro. Son, por tanto, dos instrumentos fundamentales para la

---

4 Reglamento (CE) n° 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), DO n° L 199, 31 de julio de 2007.

identificación del conjunto de derechos y obligaciones atribuibles a cualquier persona que actúe en el ámbito privado internacional y, por ello, son nucleares para calcular los riesgos que derivan de esa actividad trasfronteriza. Tras la salida efectiva de la Unión por parte del Reino Unido, estos Reglamentos han dejado de ser aplicables en el territorio británico. Las implicaciones de este cambio en materia de obligaciones contractuales y las soluciones que frente al mismo ha puesto en marcha el Reino Unido son el objeto de este artículo.

### **3.LOS MODELOS ALTERNATIVOS EN MATERIA DE LEY APLICABLE TRAS EL BREXIT**

La mayoría de los instrumentos que conforman el Derecho internacional privado de la Unión están basados en un modelo de reciprocidad, en el que el beneficio generado por sus normas reposa sobre el requisito de que todos los Estados miembros se den un tratamiento homólogo en las decisiones internacional-privatistas que adopten sus autoridades. Un *do ut des* multilateral que demanda concesiones y confianza mutua entre todos los participantes, lo que generalmente resulta en el acotamiento de los supuestos de hecho que los Estados de la Unión han estado dispuestos a someter al régimen europeo<sup>5</sup>. Este es el modelo tradicionalmente empleado por las normas que regulan la atribución de competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

---

5 Generalmente aquellos que tengan una conexión directa con el territorio de los Estados miembros. Por ejemplo, en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («Bruselas I bis»), DO L 351, 20 de diciembre de 2012, se limita su ámbito de aplicación general a los supuestos en los que el demandado está domiciliado en un Estado miembro (art. 6.1 Bruselas I bis). Todo ello sin perjuicio de supuestos como los previstos en los arts. 24 (competencias exclusivas) o 25 (cláusulas de elección de foro).

Por el contrario, el régimen de ley aplicable establecido por los Reglamentos Roma I y Roma II responde a un modelo unilateral, en el que los beneficios producidos por sus soluciones no se miden por el nivel de ecuanimidad con el que se estructura la distribución de poderes competenciales entre las autoridades de los Estados parte o por la eficacia recíproca de sus resoluciones, sino que el objetivo es proporcionar homogeneidad normativa y previsibilidad de resultado en materia de determinación de ley aplicable. Tal falta de dependencia del comportamiento de las autoridades de otros Estados permite que las normas de conflicto de estos dos Reglamentos no estén sujetas a las limitaciones propias de otros instrumentos y gocen de aplicación universal; esto es, sus soluciones se aplican a todos los supuestos en los que una autoridad de un Estado miembro tenga que identificar el régimen aplicable a una relación privada internacional de naturaleza civil o mercantil, sin importar la procedencia de las partes involucradas en la misma o la ley que resulte aplicable.<sup>6</sup>

Esta unilateralidad ha constituido un elemento fundamental a la hora de afrontar los retos e incertidumbres que el Brexit presenta para el Reino Unido, pues ha proporcionado un rango de alternativas viables más amplio que el disponible en relación con los instrumentos que siguen el modelo de reciprocidad. En concreto, las opciones posibles que desde un principio se barajaron para responder al cese de aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II fueron principalmente tres. Primero, el Reino Unido pudo optar por retornar al régimen de ley aplicable en vigor antes de la aparición de estos instrumentos. En materia de obligaciones contractuales, ello suponía el recurso a la primigenia doctrina *common law* sobre el *proper law of the contract* o, al menos, la reactivación de la *Contract (Applicable law) Act 1990*, que

---

6 Art. 2 Roma I y art. 3 Roma II. Obviamente, todo ello, sin perjuicio de las exclusiones materiales contenidas en los arts. 1 Roma I y Roma II.

trasladó a Derecho interno las soluciones proporcionadas por el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. En cuanto a las obligaciones extracontractuales, esta primera opción suponía la vuelta a la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*, que constituyó la primera plasmación legislativa de la práctica que los tribunales ingleses habían creado en materia extracontractual.

La segunda opción, mucho más ambiciosa, pasaba (quizá todavía pasa) por concluir con la Unión Europea un acuerdo de cooperación civil internacional que persiguiera perpetuar el régimen existente en materia de ley aplicable y, probablemente, también el previsto en otros instrumentos de la Unión. Sin perjuicio de los evidentes problemas que esta solución generaba en relación con el rol que debía jugar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el grado de vinculación que sus decisiones podían producir sobre las autoridades británicas, este modelo probablemente constituía la alternativa óptima para eliminar la incertidumbre producida por el Brexit.

Por último, y esta es la opción que deriva del modelo unilateral sobre el que reposa el régimen de ley aplicable, el Reino Unido podía convertir a los Reglamentos Roma I y Roma II en Derecho interno a través de una o varias *Acts of Parliament*, que “domesticaran” o “britanizaran” el régimen europeo de ley aplicable. Es decir, una posibilidad facilitada por el hecho de que el ejercicio de determinación de la ley reguladora de una relación jurídico-privada no está condicionado por la decisión que las autoridades de otros Estados adopten en un supuesto de hecho equivalente y, por tanto, no requiere de una regulación coordinada a nivel supraestatal.

#### **4. LA DOMESTICACIÓN DEL RÉGIMEN EUROPEO Y LA *EUROPEAN UNION (WITHDRAWAL) ACT***

La tercera opción descrita en el apartado anterior es el modelo por el que ha optado el Reino Unido. Como ya anunció el Gobierno británico a través del Documento “*Providing a crossborder civil judicial cooperation framework - A Future Partnership Paper*” publicado el 22 de agosto de 2017<sup>7</sup> y en línea con las conclusiones de la *House of Commons* en el informe derivado de un largo proceso de consulta con expertos<sup>8</sup>, el régimen conflictual de los Reglamentos Roma I y Roma II se han incorporado al Derecho interno. Sin embargo, esta adopción no se ha llevado a cabo a través de leyes separadas para cada uno de los instrumentos, sino que ha formado parte de un macro-proceso de nacionalización legislativa que ha convertido en Derecho interno todo el Derecho europeo de aplicación directa vigente en el día de entrada en eficacia del Brexit (1 enero 2021). La ley que ha producido tal voluminosa<sup>9</sup> conversión fue aprobada el 28 junio 2018 bajo el título de *European Union (Withdrawal) Act*, más popularmente conocida (al menos originalmente) como *Great Repeal Act*. Tal título resulta algo paradójico pues su efecto no ha sido tanto el de “*repeal*” (excepto la *European Communities Act 1972*<sup>10</sup>) como el de perpetuar el régimen jurídico vigente en el momento de salida de la Unión Europea. De hecho, se habla generalmente

7 HM GOVERNMENT, “*Providing a crossborder civil judicial cooperation framework - A Future Partnership Paper*” (22 de agosto de 2017), 6, p.19.

8 HOUSE OF COMMONS - JUSTICE COMMITTEE, “*Implications of Brexit for the justice system*” (22 de marzo de 2017) 15, que calificaba a esta alternativa como la “*straightforward option*”.

9 Se estima que el Derecho europeo afectado por esta Ley comprendía más de 12.000 Reglamentos de la UE y unos 7.900 instrumentos y 186 leyes aprobados por el Parlamento inglés para implementar legislación de la UE.

10 Ley por la cual se introdujo a Derecho interno la ratificación de los Tratados de Adhesión del Reino Unido a la Unión y, por tanto, se dio entrada al Derecho europeo en el ordenamiento jurídico británico.

de “*retained EU law*” (Derecho de la UE retenido), por ejemplo en las secciones 6 y 7 de la *Act*, que tratan la “*interpretation of retained EU law*” y el “*status of retained EU law*” respectivamente.

Antes de comenzar el análisis de esta solución, conviene realizar dos apuntes ya centrados en materia de obligaciones contractuales<sup>11</sup>. El primero es que la nacionalización del régimen del Reglamento Roma I no ha requerido la derogación de la *Contract (Applicable law) Act 1990*. De acuerdo con la sección 5.2 de la *European Union (Withdrawal) Act*, el principio de primacía del Derecho de origen europeo sobre el nacional continúa aplicándose una vez este Derecho de la Unión ha entrado a formar parte del ordenamiento jurídico interno<sup>12</sup>. Por tanto, los preceptos que se contienen en la *Act 1990*<sup>13</sup> para excluir su aplicación en los supuestos (la mayoría) en los que era de aplicación el Reglamento Roma I<sup>14</sup> han sido modificados para referirse tras el Brexit a la versión nacionalizada de este instrumento.

El segundo es que la solución adoptada está sometida a un periodo de transición hasta el día de entrada en eficacia del Brexit, esto es, el 1 de enero de 2020. Hasta ese día, el Reglamento

---

11 En relación con las obligaciones extracontractuales, véase PENADÉS FONTS, M., “Brexit y el régimen de ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, Vol. XVII, 2017, pp. 125-154, que constituye una versión anterior y en ciertos aspectos más extensa del presente artículo.

12 El texto del precepto es: “*the principle of the supremacy of EU law continues to apply on or after exit day so far as relevant to the interpretation, disapplication or quashing of any enactment or rule of law passed or made before exit day*”.

13 Secs. 4A y 4B de la *Act 1990* introducidas por la *Law Applicable to Contractual Obligations (England and Wales and Northern Ireland) Regulations* (SI 2009/3064), regla 2, y la *Law Applicable to Contractual Obligations (Scotland) Regulations* (SSI 2009/410), regla 2, con ocasión de la entrada en vigor del Reglamento Roma I.

14 Previsión que era absolutamente innecesaria desde el punto de vista del Derecho europeo, pero que responde a una tradición en la forma de legislar británica.

Roma I ha continuado siendo de plena aplicación y los contratos concluidos hasta entonces se rigen por el Reglamento y no por la legislación interna, por muy equivalente que pretenda ser. Así lo reconoce expresamente el art. 66.a del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica<sup>15</sup>, según el cual “*en el Reino Unido, el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo se aplicará respecto de los contratos celebrados antes del final del período transitorio*”.

Las siguientes dos secciones evalúan el instrumento normativo empleado por el Reino Unido para introducir algunas modificaciones en el articulado de la versión nacionalizada del Reglamento Roma I (Sección V) y los beneficios que acarrea la solución adoptada comparada con la opción que consistía en volver al régimen previo a Roma I (Sección VI).

## **5. LAS MODIFICACIONES EN LA VERSIÓN “DOMESTICADA” DEL REGLAMENTO ROMA I**

Sin perjuicio de ser la opción aparentemente más sencilla, la nacionalización del Reglamento Roma I ha requerido varias adaptaciones que reflejen su nueva realidad: un instrumento de origen europeo que se inserta en el ordenamiento jurídico de un Estado no-miembro. Estas adaptaciones se han llevado a cabo a través de “*The Law Applicable to Contractual Obligations and Non-Contractual Obligations (Amendment etc.) (EU Exit) Regulations 2019 No. 834*”. Un *statutory instrument* que trata de forma conjunta la domesticación de los regímenes de Roma I y II en el Reino Unido y que, desde el punto de vista competencial, ha emitido el propio ejecutivo británico haciendo uso de la facultad que le otorga la

15 Acuerdo 2019/C 384 I/01, DO C 384I de 12.11.2019, p. 1/177.



sección 8.1 de la *European Union (Withdrawal) Act* para adaptar o corregir las normas nacionalizadas (cláusula “*Henry VIII*”).

En general, el Reino Unido ha optado por la opción menos invasiva y más conservacionista de las que cabían para llevar a cabo este proceso. En este sentido, se acerca al pronóstico realizado por un experto en la materia que, dejando muestra del pragmatismo británico, predijo que estas adaptaciones serían cuestión de “minutos en vez de horas”<sup>16</sup>. Ello se debe a que, en contra de lo que hace un tiempo se podría haber pensado, y como seguidamente se explica, el Reino Unido no ha decidido desproveer al régimen Roma I de sus importantes elementos europeos.

La primera de las adaptaciones hace referencia a la definición de universalidad del régimen de ley aplicable que, según su artículo 2, ha pasado a decir que “*Any law specified by this Regulation shall be applied whether or not it is the law of the United Kingdom or a part of the United Kingdom*”. Es decir, se ha sustituido la referencia a Estados miembros por la de Reino Unido.

La segunda y más importante diferencia es que en el resto de preceptos en los que el Reglamento se refiere a los Estados miembros, el gobierno británico no ha optado por limitar el alcance territorial al Reino Unido sino que ha mantenido su alcance europeo. Esto lo ha hecho mediante la modificación del ámbito geográfico previsto en el art. 1.4<sup>17</sup>, cuya nueva redacción prevé:

---

16 BRIGGS, A., “Written Evidence: Secession from the European Union and Private International Law”, presentado frente al *Select Committee on the European Union - Justice Sub-Committee on “Brexit: civil justice cooperation and the CJEU”*, 2017, p. 14.

17 El texto original en su versión española prevé que “A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «Estado miembro» todos los Estados miembros a los que se aplica el presente Reglamento. No obstante, en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 7, el término «Estado miembro» designará a todos los Estados miembros.”

In this Regulation, “relevant state” means the United Kingdom and—

- (a) in Article 3(4) and Article 7, all the Member States;
- (b) in all other Articles, the Member States to which Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), as it has effect in EU law and as amended from time to time, applies.

Este precepto conlleva varias implicaciones de calado. Por una parte, desde el punto de vista del Reino Unido se persigue de forma general mantener la operativa territorial del régimen Roma I en idénticos términos a los que existían antes de la salida de la Unión Europea. Por otra, aquellos preceptos que están diseñados expresamente para tutelar intereses de los Estados miembros seguirán, desde la perspectiva británica y quizá de forma algo paradójica, cumpliendo con ese propósito. Esto tiene especial relevancia en relación con los arts. 3.4 y 7 Roma I.

Según el art. 3.4, una elección de Derecho de un Estado de fuera de la Unión Europea no desplaza la aplicación de las normas europeas que no pueden excluirse mediante acuerdo cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros. La aplicación de este régimen a todos los “*relevant states*” implica que los tribunales del Reino Unido continuarán ofreciendo la protección sobre las normas no disponibles de Derecho europeo tras el Brexit a pesar de su salida del espacio normativo de la Unión. La única precisión a este respecto es que la definición de normas que no puedan excluirse no incluirá aquellas que se adopten tras la salida de la Unión, sino

que solo alcanzará el “*retained EU law*” a fecha de 31 de diciembre de 2020. Con ello se pretende preservar la protección que merece el “*acquis comunitaire*” durante la permanencia a la Unión, mientras que se respeta la libertad futura del Reino Unido de redefinir las normas no dispositivas y, en esencia, la libertad de contrato.

Sin duda, no puede pasar desapercibido que esta decisión representa una importante concesión pro-europea por parte del Reino Unido<sup>18</sup>. Ello se debe a que, sin perjuicio de la decisión a ese lado del Canal de la Mancha, el alcance territorial del art. 3.4 Roma I por parte de los Estados miembros tras el Brexit excluirá el Reino Unido. Así, situaciones que tengan su vinculación con Estados miembros y con el Reino Unido no podrán actuar como obstáculo a la plena validez de la elección de ley aplicable que pretende limitar el art. 3.4 Roma I. Es decir, podrán evadirse las normas imperativas del Reino Unido en contratos que no tengan vínculos extra-europeos mediante la elección de una ley de fuera de la Unión si la disputa se lleva a las autoridades de los Estados miembros, pero no si se acude a los tribunales del Reino Unido. Todo esto sin perjuicio de que en supuestos contractuales alguna de estas disposiciones pueda constituir una norma de policía extranjera que pueda invocarse en virtud del art. 9 Roma I si se dan los requisitos allí exigidos<sup>19</sup>.

---

18 Quizá esta concesión es más teórica que real porque la jurisprudencia demuestra que la ocurrencia de este tipo de escenarios es escasa. Además, cuando se dan, la interpretación que han dado los tribunales ingleses a los requisitos del art. 3.4 Roma I es muy estricta, al menos si se aplican por analogía las decisiones en los asuntos *Dexia Crediop SpA v Comune di Prato* [2017] EWCA Civ 428 y *Banco Santander Totta SA v Companhia de Carris de Ferro de Lisboa SA* [2016] EWHC 465 (Comm).

19 En cualquier caso, hay que recordar que las normas no disponibles de Derecho europeo no perderán su relevancia en el Reino Unido en el momento del Brexit, sino que por mor de la *European Union (Withdrawal) Act*, y sin perjuicio de que puedan introducirse reformas legales o jurisprudenciales de forma posterior, tales normas devendrán automáticamente normas no disponibles de Derecho inglés. Del mismo modo, las partes del ordenamiento de la Unión que actualmente

Las modificaciones en relación con los contratos de seguro cubiertos por el art. 7 Roma también cuentan con un razonamiento similar. De acuerdo con el texto del Reglamento, la norma de conflicto especial solo se aplica si los riesgos cubiertos por el seguro están “localizados en el territorio de los Estados miembros” (art. 7.1). Esta limitación también afecta al ejercicio de la autonomía conflictual, que en relación con esos contratos se ciñe, salvo excepciones, a la ley de determinados Estados miembros, pero no a Estados terceros (art. 7.3). Igualmente, cuando el riesgo cubierto tenga que ser objeto de un contrato de seguro obligatorio según la legislación de un Estado miembro, los requisitos establecidos por esa ley prevalecerán sobre la ley aplicable según los puntos de conexión generales establecidos por el precepto (art. 7.4). Por último, en caso de riesgos situados en varios Estados, el Reglamento solo contempla la opción de que se encuentren en Estados miembros, sin proporcionar una regla equivalente para situaciones que alcancen a Estados terceros (art. 7.5).

No cabe duda de que estas restricciones suponen una dentada importante al carácter universal que proclama el art. 2 Roma I. Su limitación responde a varias razones de política legislativa y a la existencia de una legislación sobre contratos de seguro que ha armonizado parte de esta área en los Estados de la Unión.

Pues bien, en vez de reducir el alcance geográfico del art. 7 a supuestos conectados con el Reino Unido o limitar la elección de ley a una británica, la versión adaptada del precepto opta por mantener un alcance muy similar al régimen pre-Brexit. Es decir,

---

se consideran conformadoras del orden público de los Estados (Derecho de la Competencia, protección de consumidores, protección de los agentes comerciales) seguirán formando parte de las excepciones de orden público de la versión nacionalizada del arts. 21 Roma I, sin perjuicio de que la *Supreme Court* británica pueda pronunciarse de forma distinta en el futuro.

se continuará aplicando a Reino Unido y Unión Europea bajo el paraguas de “*relevant states*”. Tal y como ocurría con el art. 3.4, la continuidad territorial del art. 7 supone otra importante concesión pro-europea ya que tras el Brexit la aplicación del art. 7 Roma I por las autoridades de los Estados miembros no podrá resultar en la designación de los Derechos británicos. Como consecuencia de esta disparidad (y quizá movido por otros intereses que pueda tener la potente industria del seguro británica una vez efectuado el Brexit), es posible que el Reino Unido acometa una revisión del art. 7 en el corto plazo. Una posible modificación que, a diferencia de las adaptaciones que se han listado hasta el momento, iría más allá de la mera corrección técnica y terminológica del texto “britanizado” del Reglamento y que, por tanto, no podrá corresponder al poder ejecutivo del Reino Unido en virtud de la controvertida cláusula “*Henry VIII*”, sino que requerirá de una plena tramitación parlamentaria<sup>20</sup>.

Una tercera modificación hace referencia a la sustitución de las referencias al “Derecho comunitario” en el Reglamento por la ya mencionada noción de “*retained EU law*”. Uno de estos supuestos es el art. 3.4, como ya se ha expuesto *supra*. Otro es el art. 23 Roma I, dedicado a reconocer que, con excepción de las normas del art. 7, las soluciones de conflicto previstas en el Reglamento Roma I se entienden sin perjuicio de las disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales. Tras el Brexit, tal subordinación quedará limitada a aquellas normas del Derecho de la Unión ya en vigor en el momento de la salida de la Unión Europea por parte del Reino Unido.

---

20 Con respecto a la polémica generada por estas cláusulas, vide FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Brexit 2: Comienzo de las negociaciones e inicio de los debates conducente a la Gran Ley Derogatoria británica (*Great Repeal Bill*)” (29 septiembre 2017), núm. 51, *La Ley - Unión Europea*, p. 1, párr. 12, y PURVES, R., “Brexit takes shape: the UK Government’s White Paper on “The Great Repeal Bill” (2017) Mayo, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* pp. 263-264, p. 264.

La cuarta modificación introducida por las *Regulations 2019 No. 834* tiene que ver con la eliminación del art. 22.2 Roma I. Con ello se confirma que el régimen Roma I se aplicará en el Reino Unido para resolver los conflictos de leyes interregionales relativos a obligaciones contractuales que afecten a las varias unidades territoriales del país (Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte).

La quinta adaptación relevante es que el art. 25.1 ya no dispone que el régimen de Roma I 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 Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales. A partir del 1 de enero de 2021, el régimen domesticado de Roma I estará exclusivamente subordinado a los convenios internacionales en los que el Reino Unido sea parte. Dado que las *Regulations 2019 No. 834* decretan la eliminación del art. 26 (Lista de los convenios), no será posible consultar un inventario de estos convenios, sino que será necesario obtenerlo a través de otras fuentes.

También conviene hacer una mención a la regla contenida en el art. 25.2, según la cual el Reglamento primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros cuando la relación contractual solo afecte a Estados miembros y siempre y cuando dichos convenios versen sobre las materias reguladas por el Reglamento mismo. El mantenimiento de este precepto demuestra la decisión del Reino Unido de respetar la primacía del régimen de Roma I sobre los convenios internacionales cuando las relaciones afecten únicamente a Reino Unido y Estados de la Unión. Esta solución es acorde con la que deriva del art. 351 TFUE. Sin embargo, no deja de resultar paradójico que tras el Brexit tal regla de prelación ha acabado

estando prescrita por una norma de Derecho interno. Es cierto que en la práctica probablemente no vayan a existir desencuentros en este punto entre los Estados parte de estos convenios (pues todos ellos contarán con la misma norma de prelación en los Reglamentos o en su Derecho interno), pero no puede negarse que desde el punto de vista del sistema de fuentes en el Derecho internacional público es una situación harto *sui generis*.

La sexta adaptación tiene que ver con la actualización de las referencias que el texto del Reglamento Roma I hace a otros instrumentos del Derecho de la Unión que han sido modificados o derogados desde la fecha de aprobación del Reglamento en 2008. Sin perjuicio de que tales remisiones se consideren corregidas de forma implícita en el contexto de la Unión Europea, carecía de sentido mantenerlas en la versión británica de Roma I si tales instrumentos ya no pertenecen al conjunto de “*retained EU law*”. Por esa razón, el gobierno británico ha aprovechado este trabajo de adaptación para actualizar tales referencias. Ejemplos de las mismas se encuentran, por ejemplo, en los arts. 1.2.j, 4.1.h, 6.4, 7.2 y 7.6.

Por último, las *Regulations 2019 No. 834* decretan la eliminación de los arts. 27 (Cláusula de revisión) y 29 (Entrada en vigor y aplicación). Ambas eliminaciones son plenamente razonables, sin perjuicio de que la posible divergencia producida por una reforma futura de las normas del régimen Roma I tanto por la Unión Europea como por el Reino Unido es una de las mayores incertidumbres (y riesgos) que esconde la opción de “nacionalización” del Derecho de la Unión por la que ha optado el Reino Unido.

## 6. LOS BENEFICIOS DE RETENER EL RÉGIMEN DE ROMA I

Sin duda, el mayor beneficio derivado de la decisión de continuar con un régimen basado en los instrumentos de ley aplicable vigentes en la Unión es la perpetuidad *el statu quo* y el mantenimiento de las soluciones existentes en el Reino Unido con antelación al Brexit.

Además, supone una mejora cualitativa sustancial si se toman en consideración las soluciones conflictuales que habrían resultado aplicables si se hubiera retornado al régimen pre-Roma I. Este juicio es predicable tanto en relación con el Convenio de Roma de 1980 como con respecto a la “*common law doctrine of the proper law of the contract*”.

En cuanto al primero, el Reglamento de Roma introdujo una serie de mejoras importantes que habrían sido perdidas si se hubiera retomado la aplicación de la *Contract (Applicable law) Act 1990*. Para empezar, y de forma fundamental para el Reino Unido, el Reglamento incluye un régimen conflictual para los contratos de seguro que no existía en el texto del Convenio<sup>21</sup> y a cuya inclusión contribuyó decididamente el fuerte ejercicio de lobby llevado a cabo por delegados británicos en Bruselas y miembros de la importante industria del seguro. Asimismo, el Reglamento elevó los requisitos de prueba para invocar la existencia de una elección tácita de ley, reestructuró el sistema de determinación de ley en defecto de elección pasando de meras presunciones a normas de conflicto estrictas y redujo los supuestos en los que se puede activar la cláusula de escape<sup>22</sup>, todo ello con el fin de aminorar el grado

---

21 Art. 7 Roma I. De acuerdo con el art. 1.3 Convenio de Roma, la mayoría de los contratos de seguro estaban excluidos de su ámbito objetivo de aplicación.

22 Arts. 3 y 4 Roma I comparados con los arts. 3 y 4 Convenio de Roma.



de incertidumbre que generaba el régimen general del Convenio de Roma<sup>23</sup>. Con este mismo objetivo, el Reglamento también restringió la regulación del impacto de las normas de policía sobre los contratos. Para ello, introdujo una definición de leyes de policía y acotó su relevancia a las normas imperativas del foro y las del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal.<sup>24</sup> Una sustancial limitación que fue apoyada por el Reino Unido, que había realizado una reserva en el momento de su firma del Convenio de Roma para excluir la aplicación del régimen mucho más amplio de normas policía en él contenido. Finalmente, el Reglamento redefinió el ámbito de aplicación de la norma de conflicto aplicable a los contratos de consumo con el principal fin de dar respuesta a prácticas habituales en el mercado financiero, tan relevante en la capital británica<sup>25</sup>.

Son todas estas razones las que llevaron al Reino Unido a ejercer su privilegio de *opt in* para sumarse al texto del Reglamento una vez habían concluido las negociaciones.<sup>26</sup> Por ello es razonable que ante las vicisitudes generadas por el Brexit el Gobierno británico se decantara por el moderno régimen del Reglamento frente a las anteriores soluciones del Convenio de Roma.

---

23 Aun y así, no puede ignorarse que los tribunales ingleses se han caracterizado por una aplicación algo laxa de las fórmulas de elección tácita de ley y la cláusula de escape, generalmente con el fin de favorecer la aplicación del Derecho inglés y, más importante aún, acabar concluyendo que los tribunales de Londres tienen competencia judicial internacional para resolver una disputa comercial transfronteriza. Para un análisis extenso de esta práctica véase, PENADÉS FONTS, M., “Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome”, 2015, vol. 78(2), *Modern Law Review*, pp. 241-295.

24 Art. 9 Roma I comparado con el art. 7 Convenio de Roma.

25 Arts. 6.4.d) y e) Roma I.

26 Esa era la recomendación que realizó el Gobierno en 2008 a través de la consulta abierta el 2 de abril de 2008 por el Ministry of Justice, bajo el título “*Rome I - Should the UK opt in?*”, 5.

Más clara es la superioridad del Reglamento de Roma I sobre la tradicional doctrina del *common law* acerca de la *proper law of the contract*, hasta el punto de que se ha llegado a decir que ningún jurista “cuerdo” podría haber defendido la opción de retroceder al superado régimen de *common law*<sup>27</sup>. Las razones son muchas y fueron claramente expuestas por el Profesor Adrian Briggs en su comparecencia escrita ante el Subcomité constituido por la *House of Lords* para evaluar el impacto del Brexit sobre el régimen actual de cooperación jurídica internacional en materia civil<sup>28</sup>. Entre ellas, reconoció el Profesor Briggs que en más de dos siglos de doctrina los jueces ingleses no llegaron a ponerse de acuerdo sobre si el método requerido para determinar la ley aplicable ha de tener dos fases (elección expresa y, en su defecto, ley de los vínculos más estrechos) o tres fases (elección expresa, elección tácita y, solo en su defecto, ley de los vínculos más estrechos). Una duda inexistente en la metodología tripartita del Reglamento Roma I. Igualmente crítico era el punto de que el *common law* nunca llegara a crear una norma de conflicto específica para los contratos en los que existe un desequilibrio en el poder de negociación de las partes (ej., consumidores o trabajadores), a diferencia del régimen mucho más sofisticado y tuitivo diseñado por la Unión. Un nivel de infradesarrollo que también lo demuestra la ausencia de una solución concreta para los problemas en los que se niega por una de las partes la existencia de un acuerdo de ley por entenderse que nunca llegó a concluirse un contrato válido que lo incluyera; cuestión resuelta desde los inicios del régimen europeo por los arts. 8 Convenio de Roma y 10 Roma I. En definitiva, un nivel de paradójica simpleza que también queda reflejado en la ausencia de líneas jurisprudenciales pacíficas sobre los efectos que se han de derivar de la ilegalidad del contrato en el lugar de su ejecución

---

27 BRIGGS, A., “Written Evidence...”, *cit.*, pág. 14, que llega a calificar de “espantosas” a algunas de las normas de conflicto inglesas derivadas del *common law*.

28 *Idem*.

o acerca de calificación del cálculo de la indemnización por daños como una cuestión de fondo (y por tanto regulada por la ley del contrato) o una cuestión procesal (y por ende sujeta a la *lex fori*), ambos interrogantes resueltos respectivamente en los arts. 9 y 12 Roma I.<sup>29</sup>

En definitiva, deriva de esta breve exposición que la elección de adoptar una normativa equivalente al Reglamento Roma I como nuevo régimen doméstico de determinación de ley aplicable a las obligaciones contractuales ha constituido la opción más sensata y razonable para el Reino Unido, que podrá seguir beneficiándose del sistema moderno que contribuyó activamente a construir durante sus décadas como Estado miembro y que hasta la fecha ha gozado del favor de jueces, académicos, empresas y ciudadanos británicos.

## **7. IMPLICACIONES ADICIONALES DEL BREXIT SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES EN EL CONTEXTO ARBITRAL**

Más allá de lo comentado en anteriores apartados, no cabe duda que un volumen significativo de disputas que requieren la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales se resuelve mediante arbitraje. El Brexit va a suponer una modificación de algunas facetas del marco regulatorio del arbitraje que venían influenciadas por el Derecho de la Unión Europea. Muchas de ellas tienen que ver con el cese en la aplicación del régimen derivado del Reglamento Bruselas I bis y del Convenio de Lugano II, como son, por ejemplo, la prohibición de las medidas

---

29 El documento que recoge la *Written evidence* del Profesor Briggs contiene más detalle sobre cada uno de estos puntos, párs. 18-19.

anti-proceso (*antisuit injunctions*)<sup>30</sup> o las limitaciones competenciales para la adopción de medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral<sup>31</sup>. Estas cuestiones competenciales caen fuera del ámbito de este artículo. Sin embargo, existen otras derivaciones del Brexit en el arbitraje que, si bien menos comentadas, pueden tener una relevancia significativa.

### **7.1. La exclusión del Derecho de la UE del “*appeal on a point of law*” de la sección 69 *Arbitration Act***

Una peculiaridad del Derecho arbitral inglés es la posibilidad de que, al amparo de la sección 69 de la *Arbitration Act* de 1996, las partes de un procedimiento arbitral con sede en Inglaterra y Gales puedan interponer un recurso de anulación contra un laudo sujeto al Derecho inglés en cuanto al fondo del asunto sobre la base de que la aplicación de tal Derecho por los árbitros es errónea. Sin duda, esta es una *rara avis* en el Derecho arbitral comparado, que se caracteriza generalmente por proteger la finalidad del laudo y la imposibilidad de escrutinio del fondo del asunto por las autoridades judiciales de la sede. Aún y así, los beneficios de un régimen tan restrictivo en el contexto de un mecanismo como el arbitral caracterizado por una elevada confidencialidad paradójicamente derivan en un riesgo sustancial de osificación para aquellos regímenes como el inglés que se nutre de forma muy significativa del *common law* y la doctrina del precedente. Es por ello que, bajo los criterios de gravedad y relevancia que prevé la propia sección 69<sup>32</sup> y siempre que las

---

30 Asunto C-185/07, *Allianz SpA y Generali Assicurazioni Generali SpA c/ West Tankers Inc*, ECR 2009 I-00663, ECLI:EU:C:2009:69.

31 Asunto C-391/95, *Van Uden Maritime BV c/ Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line y otros*, ECR 1998 I-07091, ECLI:EU:C:1998:543.

32 La sección 69.3 prevé que: “*Leave to appeal shall be given only if the court is satisfied—*

partes no hayan excluido su aplicación<sup>33</sup>, resulta posible recurrir el laudo por errores en la aplicación de Derecho inglés. Con ello se abre la puerta a la intervención judicial respecto de cuestiones estrictamente jurídicas y, por lo tanto, se da la oportunidad para que puedan dictarse sentencias públicas que resulten útiles para el desarrollo del Derecho inglés.

Pues bien, sin perjuicio de que este mecanismo encuentra su principal razón de ser en las peculiares necesidades del Derecho inglés de contratos para poder mantener el grado de sofisticación y desarrollo de los que frecuentemente hace gala, el hecho de que “*point of law*” en la sección 69 se defina como “*a question of the law of England and Wales*” (section 82.1 *Arbitration Act*) ha producido que cuestiones de Derecho de la Unión Europea también queden cubiertas por ese mecanismo. Ello se debe a que, en virtud de los principios de primacía y efectividad, las normas de origen europeo se integran y devienen elementos constitutivos de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Como resultado, con anterioridad al Brexit efectivo resultaba posible activar la sección 69 en virtud de una aplicación errónea del

---

(a) *that the determination of the question will substantially affect the rights of one or more of the parties,*

(b) *that the question is one which the tribunal was asked to determine,*

(c) *that, on the basis of the findings of fact in the award—*

(i) *the decision of the tribunal on the question is obviously wrong, or*

(ii) *the question is one of general public importance and the decision of the tribunal is at least open to serious doubt, and*

(d) *that, despite the agreement of the parties to resolve the matter by arbitration, it is just and proper in all the circumstances for the court to determine the question.”*

33 La sección 69.1 sujeta su aplicación expresamente a un “*Unless otherwise agreed by the parties*”, lo que en la práctica se refiere no solo a exclusiones expresas sino también a la referencia en el convenio arbitral a que la decisión arbitral será definitiva y vinculante (“*final and binding*”). Este requisito se satisface también si tal carácter definitivo y vinculante se prevé por las normas o reglamento de arbitraje elegido por las partes. Asimismo, la sección 69.1 dispone que “*an agreement to dispense with reasons for the tribunal’s award shall be considered an agreement to exclude the court’s jurisdiction under this section*”.

Derecho de la Unión Europea. Esta opción ampliaba más de lo necesario el ámbito del “*appeal on a point of law*”, se alejaba de las razones verdaderas que motivan la existencia del precepto y, en general, contribuían a diluir la finalidad de los laudos arbitrales dictados en territorio inglés. Tras el periodo transitorio, el Derecho de la Unión Europea ya no estará cubierto por la sección 69, sin perjuicio de que la aplicación de las normas de origen europeo retenidas e integradas en el Derecho inglés en virtud de la *European Union (Withdrawal) Act* 2018 sí permanecerán susceptible de revisión a través del “*appeal on a point of law*” en su “nueva” condición de Derecho inglés.

## **7.2. La validez de los convenios arbitrales y la normativa imperativa de la UE**

El Derecho de la Unión Europea está poblado por normas imperativas. La necesidad de garantizar su aplicación llevó al TJUE en el Asunto *Ingmar*<sup>34</sup> a concluir que la existencia de una elección expresa de ley aplicable a favor del Derecho del Estado de California en un contrato de agencia entre un empresario californiano y un agente inglés relacionado con el territorio británico no podía tener como efecto la inaplicación de la normativa nacional de los Estados miembros que implementa los artículos 17 y 18 de la Directiva de Agencia. Esta normativa garantiza determinados derechos de compensación al agente comercial una vez terminado el contrato de agencia<sup>35</sup>. El artículo 9.2 Roma I ofrece asidero normativo para alcanzar este resultado

---

34 Asunto C-381/98, *Ingmar GB Ltd c/ Eaton Leonard Technologies Inc*, ERC 2000 I-09305, ECLI:EU:C:2000:605

35 Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DO L 382, p. 17).

cuando la disputa ha de decidirse por los tribunales de un Estado de la UE<sup>36</sup>.

Una aplicación extensiva de esta jurisprudencia, y de los principios de cooperación leal, primacía y efectividad que la subyacen, ha llevado a algunos Estados a adoptar una jurisprudencia más intervencionista. De acuerdo con alguna jurisprudencia belga, alemana e inglesa, no resultarán ejecutables las cláusulas de atribución de foro y los convenios arbitrales a favor de tribunales o sede de fuera del territorio de la UE cuando el Derecho que vaya a ser aplicado a la disputa no garantice la tutela de los intereses protegidos por la normativa imperativa de la Unión Europea<sup>37</sup>. Es decir, en vez de condicionar la validez y eficacia de tales cláusulas y convenios a que se tenga que aplicar la citada normativa imperativa en el procedimiento foráneo

---

36 No parece que los preceptos de la Directiva de Agencia, referentes a la indemnización posterior a la terminación del contrato, satisfagan los requisitos del art. 9.3 Roma I, en virtud del cual, los tribunales de un Estado Miembro de la UE también podrán aplicar 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*”.

37 Véanse la sentencia de la *Cour de cassation* belga de 16 noviembre 2006 (*Van Hopplynus Instruments S.A. / Coherent Inc.*), disponible en *Rev. belge dr. com.*, 2007, p. 889; la sentencia del *Oberlandesgericht München* alemán de 17 mayo 2006, disponible en *Praxis De s Internationalen Privat- Und Verfahrensrechts* 2007, p. 322. Ambas analizadas con detalle en KLEINHEISTERKAMP, J., “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements”, 2009, vol. 3(2), *World Arbitration & Mediation Review*, pp. 91–120. En el Reino Unido, las resoluciones relevantes son las sentencias en los asuntos *Accentuate Ltd v ASIGRA Inc* [2009] EWHC 2655, de 30 octubre 2009, y *Fern Computer Consultancy Ltd v Intergraph Cadworx & Analysis Solutions Inc* [2014] EWHC 2908 (Ch), de 29 agosto 2014. Aun así, reciente jurisprudencia belga de primera instancia demuestra un movimiento progresivo a aceptar los convenios arbitrales sitos en el extranjero y sujetos a un Derecho distinto al belga, a pesar de que ello pueda hacer peligrar la aplicación de la normativa imperativa belga. En este sentido, véanse la sentencia del Juzgado Mercantil de Tournai, de 21 diciembre 2016, y del Juzgado Mercantil de Leuven, de 19 mayo 2020 (A/20/00034, *Akron.NV c/ Amphenol (Maryland) Inc.*) (ambas en materia de distribución).

(plano de ley aplicable), los tribunales han optado por invalidar la elección de foro realizada por las partes (plano de competencia) con el fin de que acaben siendo tribunales nacionales de un Estado miembro los que resuelvan la disputa.

La compatibilidad de esta jurisprudencia con el posible efecto reflejo del régimen Bruselas/Lugano y con el Convenio de la Haya de 2005 sobre cláusulas de atribución de foro es, sin duda, una cuestión hartamente controvertida. En el plano arbitral supone, además, una actitud hostil al arbitraje que puede contravenir el espíritu que subyace a la Convención de Nueva York de 1958 y contradice la lógica de la “*second look doctrine*”. Según esta doctrina, resulta apropiado ampliar el alcance de la arbitrabilidad sin perjuicio de que la decisión arbitral pueda ser sometida a controles de orden público en la fase post-laudo a través de las acciones de anulación y de reconocimiento y ejecución.

En tanto en cuanto esta excepcional jurisprudencia en el Reino Unido tenga su origen en el deber de los jueces ingleses de garantizar la efectividad y primacía del Derecho de la Unión<sup>38</sup>, es muy probable que la salida de la Unión lleve al cese de la misma. Y ello porque, como expresamente declara la sección 3.1 de la *European Union (Withdrawal) Act 2018*, “*The principle of the supremacy of EU law does not apply to any enactment or rule of law passed or made on or after exit day*”.

### **7.3. La aplicación del régimen de Roma I por tribunales arbitrales**

Una derivación adicional del Brexit concierne el impacto que la decisión de retener el régimen del Reglamento Roma I tiene

---

38 Como así reconoció expresamente la *High Court* en *Accentuate Ltd v ASIGRA Inc* [2009] EWHC 2655, de 30 octubre 2009.



sobre el método de determinación de ley aplicable a las obligaciones contractuales en el contexto del arbitraje internacional. El Reglamento Roma I dispone expresamente en su art. 1.2.e que sus normas no son aplicables a “los convenios de arbitraje”. Esta referencia no implica necesariamente que el Reglamento no sea aplicable por tribunales arbitrales, sino únicamente que su régimen no es apropiado para establecer la ley aplicable a los acuerdos y cláusulas de sumisión arbitral. Tales acuerdos y cláusulas han de considerarse como contratos separables a efectos conflictuales en virtud del principio de separabilidad previsto, por ejemplo, en la sección 7 *Arbitration Act* o el artículo 16.1 Ley Modelo CNUDMI de arbitraje comercial internacional. La misma conclusión se deriva del art. V.1.a Convención de Nueva York 1958. Para la determinación de la ley rectora a estas cuestiones el Derecho inglés prevé la aplicación de la “*common law doctrine of the proper law of the contract*”, ya mencionada en el apartado anterior<sup>39</sup>.

El régimen conflictual aplicable al fondo del asunto, sin embargo, no es materia pacífica. Ello se debe a que el Reglamento Roma I no excluye su aplicación de la esfera arbitral, aunque tampoco la confirma. No obstante, hay varios argumentos que parecen apuntar que el Reglamento no está diseñado para ser aplicado sin más por tribunales arbitrales.

La primera razón es que el texto del Reglamento habla en varios momentos de “foro” (ej., art. 9.2 y 21), “tribunales de los Estados miembros” (considerando 37) e, incluso, “juez” (ej., considerando 16). Dada la jurisprudencia del TJEU relacionada con el hecho de que referencias a tribunales de los Estados miembros no pueden entenderse generalmente realizadas a los

---

39 La reciente sentencia de la *United Kingdom Supreme Court* en el asunto *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v OOO Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38 constituye la principal resolución sobre la materia.

tribunales arbitrales sitos en esos Estados<sup>40</sup>, no parece que el legislador de la Unión tuviera en mente al arbitraje comercial como objetivo durante la redacción del Reglamento.

El segundo motivo es que el régimen conflictual está diseñado sobre la base de un fuerte principio territorialista. Así lo demuestra el vínculo prioritario que los artículos 9 y 21 conceden a las leyes de policía y a las nociones de orden público del “foro”. Esta estructura deriva de la vinculación que tienen las autoridades públicas estatales con el ordenamiento jurídico de su territorio y casa mal, al menos, con las concepciones deslocalizadas o universalistas del arbitraje que desligan la actividad jurisdiccional de los tribunales arbitrales con el territorio en el que el procedimiento tiene su sede.

Una tercera razón para defender que el Reglamento Roma I no contempla a los árbitros como sus destinatarios directos es que todas las legislaciones de los Estados miembros en materia de arbitraje cuentan con un régimen de determinación de ley aplicable al fondo del asunto (ej., la sección 46 *Arbitration Act* o el art. 34 Ley de Arbitraje española). Ninguno de estos preceptos contiene referencia alguna al Reglamento Roma I o similar y, por el contrario, se basa en un régimen mucho más laxo. Por una parte, no se limita la elección de ley a Derechos nacionales sino que también se permite la selección de Derechos a-nacionales (“normas jurídicas”). Por otra, en ausencia de elección por las partes los tribunales tienen discrecionalidad amplia para determinar la ley aplicable de la forma que entiendan apropiada, estando autorizados incluso en algunos ordenamientos para aplicar el método de “*voie direct*” y prescindir de la lógica conflictual.

---

40 Así lo disponen los Asuntos C-125/04, *Denuit and Cordenier c/ Transorient*, [2005] Rec. I-923, párr. 13; C-126/97, *Eco Swiss China Time v Benetton International NV*, [1999] Rec. I-3019 *Eco Swiss, cit.*, párr. 34; y C-102/81, *Nordsee*, [1982] Rec. I-1095, párrs. 10–12.

Como consecuencia de motivos como los expuestos, la práctica arbitral entiende generalmente que si el Reglamento Roma I es aplicable por tribunales arbitrales no es en virtud de un mandato directo del instrumento de la Unión sino que es fruto del ejercicio por el tribunal de su facultad de determinación de las normas jurídicas aplicables según estime apropiado. En arbitrajes con sede inglesa, tal circunstancia deriva en que surjan dudas importantes acerca de si un tribunal arbitral deba decantarse por el Reglamento Roma I o, por el contrario, por un método más afín a la “*common law doctrine of the proper law of the contract*”. En muchas ocasiones, los resultados de aplicar una u otra vía pueden variar de forma significativa, sobre todo por la ausencia de un precepto equivalente al art. 4.1 Roma I, la falta de regímenes especiales como los previstos en los arts. 5 a 8 Roma I y el tratamiento algo diferente de las normas internacionalmente imperativas.

Pues bien, la decisión del Reino Unido de mantener las normas del Reglamento Roma I en casi toda su integridad y de consolidarlo como régimen conflictual de aplicación general, representa un rechazo implícito de la valía de la “*common law doctrine of the proper law of the contract*” como solución apropiada para las obligaciones contractuales internacionales. Con ello es muy posible que los tribunales arbitrales se aproximen a la mencionada dicotomía con una visión mucho más favorable al régimen contenido en el Reglamento Roma I, tanto por su sofisticación como su completitud y, por tanto, que incrementen proporcionalmente los arbitrajes con sede inglesa en los que se aplique este instrumento.

## 8. CONCLUSIÓN

La llegada del Brexit ha puesto en jaque la estabilidad del sistema de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil que hasta esa fecha había regido en el Reino Unido. En sede de ley aplicable a las obligaciones contractuales esta incertidumbre viene sustancialmente aminorada debido a la posibilidad de que el instrumento que regula esta materia puede operar de forma unilateral y universal. Sobre esta base, este artículo ha analizado las implicaciones de la decisión del Reino Unido de nacionalizar el Reglamento Roma I a través de la *European Union (Withdrawal) Act* y las *(EU Exit) Regulations 2019 No. 834*. Aunque aparentemente sencilla, el estudio detenido de esta solución ha demostrado que su viabilidad ha requerido la introducción de múltiples modificaciones en el articulado del Reglamento Roma I y que, en ese ejercicio, el Reino Unido ha adoptado una postura más deferente hacia los intereses europeos de la que inicialmente se podía esperar. Quizá no está toda la esperanza perdida.

## 9. BIBLIOGRAFIA

BRIGGS, A., “Written Evidence: Secession from the European Union and Private International Law”, presentado frente al *Select Committee on the European Union - Justice Sub-Committee on “Brexit: civil justice cooperation and the CJEU”*, 2017

ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. (eds.) y PENADÉS FONTS, M. (coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Brexit 2: Comienzo de las negociaciones e inicio de los debates conducente a la Gran Ley Derogatoria británica (*Great Repeal Bill*)” (29 septiembre 2017), núm. 51, *La Ley - Unión Europea*, p. 1

KLEINHEISTERKAMP, J., “The Impact of Internationally Mandatory Laws on the Enforceability of Arbitration Agreements”, 2009, vol. 3(2), *World Arbitration & Mediation Review*, pp. 91–120

PENADÉS FONTS, M., “Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome”, 2015, vol. 78(2), *Modern Law Review*, pp. 241-295

----, “Brexit y el régimen de ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, Vol. XVII, 2017, pp. 125-154

----, *Elección tácita de ley en los contratos internacionales*, Cizur Menor, Aranzadi - Thomson Reuters, 2012; PURVES, R., “Brexit takes shape: the UK Government’s White Paper on “The Great Repeal Bill” (2017) Mayo, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law* pp. 263-264

# **LA “PUERTA TRASERA” DE LA LEY HELMS-BURTON. ¿ES POSIBLE DEMANDAR EN ESPAÑA A PARTICULARES POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA NACIONALIZACIÓN DE BIENES EN CUBA?**

*IVÁN HEREDIA CERVANTES*

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS LÍMITES A LA EFECTIVIDAD DE LA LEY HELMS-BURTON: 2.1. Límites impuestos por el ordenamiento estadounidense. 2.2. El juego del estatuto de bloqueo de la UE. 3. LA DEMANDA DE CENTRAL SANTA LUCÍA L.C. CONTRA MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL S.A: EL SUPUESTO DE HECHO Y LA NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN EJERCITADA. 4. CUESTIONES RELATIVAS A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN: ¿EXISTE CUANDO EL ESTADO NO ES DEMANDADO?: 4.1. El artículo 6.2 b) de la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados. 4.2. El artículo 2 a) de la Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros. 4.3. La Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales como Derecho consuetudinario. 4.4. La posición de nuestros tribunales. 5. ¿EXISTENCIA DE UNA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LOS TRIBUNALES CUBANOS?: 5.1. Precisiones previas. 5.2. La inclusión de la acción ejercitada por Santa Lucía dentro del foro exclusivo en materia jurídico-real. 6. EFICACIA DE LA NACIONALIZACIÓN EN ESPAÑA. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

En el año 1992 el Congreso de EE.UU. aprobó la “Ley para la democracia en Cuba” también llamada “Ley Torricelli”, por ser este el congresista y posteriormente senador demócrata que la impulsó. La Ley Torricelli endureció el embargo ya existente sobre el régimen cubano, al prohibir el comercio con Cuba de las filiales de sociedades estadounidenses establecidas en el extranjero. Posteriormente, el 12 de marzo del año 1996, el presidente Bill Clinton firmó la llamada Ley de la Libertad Cubana y Solidaridad Democrática (Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act of 1996), también conocida como Ley Helms-Burton (en adelante, LHB) recogiendo los apellidos de sus impulsores. La ley codificó las diferentes medidas de bloqueo adoptadas hasta la fecha por la administración estadounidense frente al régimen cubano por las nacionalizaciones y actos expropiatorios realizados durante la revolución de 1959 y su aprobación se produjo, al menos formalmente, como respuesta al derribo de dos avionetas del grupo “Hermanos al Rescate” el 24 de febrero de 1996, operadas por pilotos estadounidenses de origen cubano mientras volaban en espacio aéreo cubano.

Sin duda, la parte más controvertida de la LHB es su Título III, criticado ferozmente por su carácter extraterritorial<sup>1</sup>,

---

1 Sobre la problemática asociada a Ley Helms-Burton y, en particular, a su Título III, *vid.*, entre otros: CLAGETT, B.M., “The Controversy over Title III of the Helms-Burton Act; Who is breaking International Law- The United States or the States that have made themselves co-conspirators with Cuba in its unlawful confiscations?”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 30, 1996-1997, págs. 271-315 ; COSNARD, M., “Les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d’investir dans certains pays”, *Annuaire Français de Droit International*, 1996, núm. 42, págs. 33-61; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas”, *Derecho de los Negocios*, núm. 72, 1996, págs. 13-27; KAUFAMAN PURCEL, S., “La Ley Helms-Burton y el embargo estadounidense contra Cuba”, *Foro*

y en virtud del cual se regula la posibilidad de que cualquier ciudadano estadounidense que se considere perjudicado por la nacionalización o expropiación de bienes, como consecuencia del proceso revolucionario cubano, ejercite ante los tribunales de EE.UU. acciones cuyo montante sea superior a 50.000 \$ (sin tener en cuenta los intereses, gastos y honorarios de abogados), frente a las personas físicas o jurídicas que “trafican” -utilizando el literal de la propia LHB- con tales bienes. Como consecuencia de las protestas de aliados tradicionales de EE.UU. con fuertes intereses en Cuba como la UE o Canadá, las diferentes administraciones estadounidenses, tanto demócratas como republicanas, habían decretado la suspensión de la aplicación del Título III desde el momento mismo de la aprobación de la Ley, durante periodos sucesivos de seis meses. Sin embargo, la administración Trump ha endureció su posición respecto del régimen cubano y tras anunciar el 17 de abril de 2019 su intención de levantar la suspensión, el Título III se encuentra plenamente vigente desde el 2 de mayo de 2019.

La entrada en vigor del Título III ha supuesto la presentación de un elevado número de demandas ante los tribunales estadounidenses por parte de nacionales de este Estado,

---

Internacional, 1-7-2003, Vol. 43, 3 (173), págs. 704-718; LOWENFELD, A. F., “The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act”, *The American Journal of International Law*, Vol. 90, núm. 3, julio, 1996, págs. 419-434; MUSE, R.L., “A Public International Law Critique of the Extraterritorial Jurisdiction of the Helms-Burton Act (Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996)”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 30, 1996-1997, págs. 207-270; ROY, J., “El impacto internacional de la Ley Helms-Burton”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, Vol. 1 (2), págs. 487-510; SEPPALA, C.R., GHERARI, H., SZUREK, S., “La pratique américaine récente: les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy”, en *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, París, 1998, págs. 83-97. *Vid.*, asimismo, el Dictamen del Comité Jurídico Interamericano (accesible en: <http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/INFOANUAL.CJI.1996.ESP.pdf>).



que en muchas ocasiones son descendientes de cubanos. No obstante, la efectividad de la LHB hasta la fecha está siendo mucho menor que la que preveían sus impulsores y los demandantes se están encontrando con serios obstáculos para llevar a buen puerto sus reclamaciones. Y ello se debe a dos motivos fundamentales. En primer lugar, a los obstáculos que se están encontrando para obtener una resolución favorable en EE.UU. debido a diversos motivos sobre los que nos centraremos a continuación (falta de competencia internacional de los tribunales estadounidenses, negación de legitimación para invocar la propia LHB a sujetos cuyos derechos fueron adquiridos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley o ausencia de “standing”). En segundo lugar, a la adopción por parte de la UE y de algunos Estados como Canadá, de normas de bloqueo destinadas a privar de efectividad a las demandas planteadas al albur de la LHB, que impiden, tanto a las autoridades de estos Estados, como a los sujetos sobre los que se proyecta dicha normativa, cooperar con las autoridades de EE.UU. o de cualquier otro Estado, en la implementación de las medidas contempladas en la LHB. Estas normas de bloqueo permiten además a las empresas que quedan dentro de su cobertura reclamar ante los tribunales de la UE por los daños que puedan sufrir como consecuencia de la aplicación de las medidas contempladas en la LHB.

Las dificultades apuntadas han hecho que sujetos que buscaban obtener una compensación ante los tribunales estadounidenses en aplicación de la LHB decidan plantear sus reclamaciones ante tribunales de otros Estados. Los objetivos que se pueden perseguir con ello son muy variados. Ciertamente se puede pretender garantizar el éxito de una futura ejecución frente al demandado en el caso de obtener la victoria en el procedimiento, al litigar ante tribunales en los que éste tenga bienes como, por ejemplo, los de su domicilio. Pero además, el

procedimiento iniciado fuera de EE.UU. puede tener una mera función instrumental de cara a un futuro litigio en territorio estadounidense, ahora sí, al amparo de la LHB. Piénsese que, tal y como se verá a continuación, entre las restricciones impuestas a las autoridades y sujetos sobre los que se proyecta las normas de bloqueo adoptadas frente a la LHB se encuentra la imposibilidad de colaborar en la obtención y práctica de pruebas que puedan ser utilizadas en procedimientos que apliquen la LHB. Ello supone que, incluso asumiendo una derrota en el procedimiento iniciado fuera de EE.UU., dicho procedimiento puede resultar de utilidad para tener acceso a material probatorio que podría ser empleado para ejercer una futura demanda en EE.UU. y que de otro modo no podría ser obtenido debido al juego de la mencionada normativa de bloqueo.

En este contexto se enmarca precisamente la reclamación iniciada ante el Juzgado de 1ª instancia nº 24 de Palma de Mallorca por la sociedad estadounidense Central Santa Lucía LC, propiedad de la familia Sánchez-Hill, frente a la sociedad española Meliá Hotels International S.A. El supuesto que dio origen al litigio resulta de especial interés por varios motivos. Por un lado, es una clara muestra de lo que se acaba de apuntar, es decir, de cómo los posibles beneficiados por el juego de la Ley Helms-Burton intentan sortear las limitaciones impuestas tanto por el “estatuto de bloqueo” de la UE (Reglamento 2271/96 y normativa comunitaria y nacional de desarrollo), como por el propio ordenamiento estadounidense, para poder alcanzar los objetivos perseguidos por dicha Ley. Por otro lado, suscita cuestiones especialmente relevantes con relación tanto a la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones estatales, como a la delimitación de los contornos de la inmunidad de jurisdicción y, en concreto, si ésta puede apreciarse cuando el Estado no sea formalmente demandado en el proceso. Y finalmente, obliga

a delimitar con precisión el ámbito de aplicación de los foros exclusivos en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles y a pronunciarse sobre su “eficacia refleja” en aquellos casos en los que el inmueble del que derive el litigio, estuviera situado fuera de la UE.

## **2. LOS LÍMITES A LA EFECTIVIDAD DE LA LEY HELMS-BURTON**

### **2.1. Límites impuestos por el ordenamiento estadounidense**

Como se acaba de indicar, demandar ante los tribunales estadounidenses en aplicación de la LHB no siempre está al alcance de todos los potenciales demandantes, aunque a priori cumplan los requisitos contemplados en la propia Ley. Al margen de los problemas probatorios relativos a la titularidad o a la existencia de gravámenes sobre los bienes<sup>2</sup>, a la caducidad de las licencias y concesiones administrativas o la precisión de los derechos de los demandados respecto de las posibles mejoras e inversiones realizadas en los bienes<sup>3</sup>, una primera dificultad se encuentra en

---

2 Téngase en cuenta que la LHB (artículo 303) considera como prueba concluyente de la posesión legítima de un interés en la propiedad, un certificado que haya emitido la Comisión para la Liquidación de Reclamaciones en el Extranjero conforme al título V de la Ley de Liquidación de Reclamaciones Internacionales de 1949. No obstante, si una demanda no posee la citada certificación, el tribunal que conozca de la reclamación podrá nombrar a un experto, que podrá ser la propia Comisión para la Liquidación de Reclamaciones en el Extranjero, a fin de que determine el monto y la posesión de la reclamación.

3 *Vid.* IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 63, 2020, págs. 81-112, págs. 87-88 (accesible en <http://ced.revistas.deusto.es/index/>).

la posibilidad de que los tribunales estadounidenses se declaren incompetentes. Es cierto que la LHB legitima a los ciudadanos estadounidenses para reclamar por los daños que aleguen haber sufrido, siempre que se verifiquen los requisitos por ella exigidos. Ahora bien, para que dichas reclamaciones puedan ser ejercitadas ante los tribunales de EE.UU. es necesario que éstos posean competencia para resolverlas y esto es algo que no siempre está garantizado<sup>4</sup>. Uno de los motivos (seguramente el principal), se encuentra en el amplísimo elenco de sujetos frente a los que la LHB posibilita el ejercicio de una reclamación. El Título III permite dirigirse frente a cualquier persona que “trafique” con bienes expropiados, y según el artículo 4.13 de la Ley, dicho término, no sólo incluye a propietarios, compradores y vendedores de bienes “confiscados” (según la terminología empleada por la propia Ley), categoría que incluye todo bien que hubiera sido objeto de nacionalización, expropiación o cualquier otro tipo de apropiación de la propiedad o del control de ésta por el Gobierno cubano, sino a cualquier sujeto que controle, use o administre estos bienes, participe en una actividad comercial que se beneficie de los bienes confiscados o, en general, obtenga un beneficio de su explotación, incluso de forma indirecta por mediación de un tercero<sup>5</sup>. El problema que plantea la amplitud con la que se define

---

4 Y ello a pesar de que la propia Ley art. [302 (6)] impide a los tribunales estadounidenses aplicar la doctrina del “Act of State” en los supuestos contemplados por la LHB.

5 Según el artículo 4.13 de la LHB, una persona “trafica” con propiedades confiscadas si, a sabiendas e intencionalmente: i) vende, transfiere, distribuye, reparte, cambia, administra o enajena de otro modo una propiedad confiscada, o compra, arrienda, recibe, posee, controla, administra, usa o adquiere de otro modo una propiedad confiscada o posee interés en ella. ii) participa en una actividad comercial en que utilice una propiedad confiscada o se beneficie de otro modo de ella; o ii) promueve o dirige el tráfico (descrito en los apartados i) o ii) realizado por otra persona o participa en él o se beneficia de él, o de otro modo se involucra en dicho tráfico (descrito en los apartados i) o ii) por mediación de otra persona, sin la autorización de un nacional de los Estados Unidos que haya presentado una reclamación de esa propiedad.

el término “traficar” es que en muchos casos no está garantizado que el demandado goce de una mínima vinculación con EE.UU. (“minimum contacts”) y que, en consecuencia, se verifiquen los requisitos para que los tribunales estadounidenses gocen de “personal jurisdiction” frente a los demandados<sup>6</sup>.

En otros casos, la imposibilidad de litigar ante los tribunales estadounidenses deriva de la exigencia de que la legitimación de los demandantes para ejercitar la acción existiera con anterioridad

---

6 Un claro ejemplo de lo apuntado lo encontramos en el asunto *Cueto Iglesias c. Pernod Ricard*, resuelto por un juez federal de Florida, en el que los demandantes alegaban ser los propietarios de una empresa fabricante de ron expropiado por el régimen cubano, así como de los bienes y de determinados derechos de propiedad industrial empleados por la demandada. En dicho asunto, el órgano jurisdiccional apreció, en primer lugar, la inexistencia de “general personal jurisdiction”, es decir la ausencia de un vínculo estrecho del demandado con la esfera jurídico-económico estadounidense. En este asunto la demandante alegaba que la demandada poseía una filial en EE.UU. cuyas actividades podían ser imputadas a la matriz en aplicación de la “alter ego theory”. El órgano jurisdiccional estadounidense consideró, en cambio, que no era posible aplicar la “alter ego theory” ya que, para que ello no bastaría con acreditar que la filial era un mero instrumento de la matriz francesa para operar en el mercado estadounidense, sino, además, que la matriz incurrió en una conducta inapropiada (*improper conduct*) en la constitución o funcionamiento de la filial y que como consecuencia de dicha conducta, causó un daño a los demandantes, algo que, según el órgano jurisdiccional, el demandante no logró acreditar. Además, el tribunal consideró que, incluso si pudiera darse entrada a la “alter ego theory”, carecería de “general personal jurisdiction” ya que en el caso de demandados domiciliados fuera del Estado federal en el que se presenta la demanda (en este caso, Florida), sería necesario que los vínculos con dicho Estado federal fueran de una intensidad tal que pudiera considerarse que el demandado “se encuentra en casa”, (“the defendant’s contacts with the forum state are so substantial as to render them essentially at home there”) algo que, en principio, únicamente se verificaría si éste se incorporó en dicho Estado o si su principal centro de negocios se encontrase en Florida, circunstancias ambas que no se verificaban en ese caso.

Ante la inexistencia de “general personal jurisdiction”, el juez de Florida pasó a analizar la existencia de “specific general jurisdiction”, para lo cual, sería necesario que el litigio derivase o tuviera estrechos vínculos con la actividad del demandado en Florida, algo que, para el órgano jurisdiccional tampoco acontecería.

a la fecha de entrada en vigor de la LHB, es decir, antes del 12 de marzo de 1996; y ello incluso en aquellos supuestos en los que dicha legitimación derivase de una sucesión *mortis causa*. Este fue el criterio seguido por otro juez federal de Miami en una resolución dictada el 9 de julio de 2020 en el marco del asunto *García-Bengoechea c. Carnival Corporation*<sup>7</sup>.

Una tercera dificultad a la que se enfrentan los demandantes que acuden a los tribunales estadounidenses es la apreciación de la existencia de “Standing”, es decir la apreciación de que el demandante tiene un caso o controversia real frente al demandado en los términos contemplados en la Constitución estadounidense. No se verificará este requisito, a menos que el demandante acredite lo que en terminología del Tribunal Supremo se conoce como “*injury in fact*”, esto es, una intromisión en un interés legalmente protegido que sea concreta y específica (“*concrete and particularized*”) y actual o inminente, es decir, que no sea una mera conjetura o hipótesis”. Parece claro que los demandantes podrían haber sufrido perjuicio en los términos apuntados por parte del gobierno cubano como consecuencia de las medidas de nacionalización de sus bienes. Ahora bien, es mucho más dudoso, y de ello dan prueba las contradicciones existentes en la jurisprudencia estadounidense, acreditar este requisito cuando el demandado es un tercero que simplemente se beneficia de la propiedad expropiada<sup>8</sup>.

---

7 Asunto 1:19-cv-21725-JLK. Accesible en: <https://www.willkie.com/-/media/pwa/articles/latest-attachments/2-2020/7-july/20200715-order-and-memorandum-javier-garciabengoch.pdf>.

8 Una clara disertación sobre esta cuestión, con una relación detallada de las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha, puede encontrarse en BELLINGER, J., MIRSKI, S., “Conflicting rulings in cases brought under the Helms-Burton Act”, en <https://www.lawfareblog.com/conflicting-rulings-cases-brought-under-helms-burton-act>.

## 2.2. El juego del estatuto de bloqueo de la UE

La aplicación de la LHB se ha encontrado además con la firme oposición de muchos de los Estados en los que las eventuales decisiones de condena frente a los demandados podrían hacerse efectivas o cuyas autoridades deberían colaborar (mediante el traslado de comunicaciones judiciales, práctica de pruebas, etc.) con las estadounidenses. El ejemplo más claro lo encontramos en el estatuto de bloqueo aprobado por la UE, que a su vez tiene una clara influencia de la normativa equivalente canadiense. Dicho estatuto, consecuencia de la frontal oposición comunitaria, no sólo a la LHB, sino también a las normas equivalentes dictadas frente a Libia e Irán, tiene su regulación básica en el Reglamento (CE) n.º 2271/96 del Consejo de 22 de noviembre de 1996 relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella<sup>9</sup>.

El Reglamento 2271/96 ha sido actualizado y desarrollado a través de dos nuevos instrumentos. De un lado, el Reglamento Delegado (UE) 2018/1100 de la Comisión, de 6 de junio de 2018, por el que se modifica el anexo del Reglamento (CE) n.º 2271/96 del Consejo, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella<sup>10</sup>. De otro, el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 de la Comisión, de 3 de agosto de 2018, por el que se establecen los criterios para la aplicación del artículo 5, párrafo segundo, del Reglamento (CE) n.º 2271/96<sup>11</sup>. Asimismo, el Reglamento

---

9 *DOCE* L 309, de 29 de noviembre de 1996, 1. Rectificación en *DOCE* L 179, de 8 de julio de 1997, 10.

10 *DOUE* L 199, de 7 de agosto de 2018, 1.

11 *DOUE* L 199, de 7 de agosto de 2018, 7.

2271/96 se complementó a través de disposiciones de los Estados miembros, centradas, en particular, en concretar el régimen de sanciones establecido por el propio Reglamento. En el caso de España, dichas disposiciones se contemplan en la Ley 27/1998, de 13 de julio, sobre sanciones aplicables a las infracciones de las normas establecidas en el Reglamento (CE) número 2271/96, del Consejo, de 22 de noviembre, relativo a la protección frente a la aplicación extraterritorial de la legislación de un país tercero<sup>12</sup>.

En línea con el amplio elenco de sujetos susceptibles de ser objeto de una reclamación en aplicación de la LHB, las personas amparadas por el estatuto de bloqueo de la UE, pero también obligadas por los deberes que impone, se enumeran en el artículo 11 del Reglamento 2271/96 y son los siguientes: (1) toda persona física residente en la UE y nacional de un Estado miembro; (2) toda sociedad constituida en la UE; (3) toda persona física o jurídica contemplada en el apartado 2 del artículo 1 del Reglamento (CEE) n° 4055/86 (nacionales de los Estados miembros establecidos fuera de la Comunidad y compañías navieras establecidas fuera de la Comunidad y controladas por nacionales de un Estado miembro, siempre que sus buques estén registrados en ese Estado miembro con arreglo a su legislación); (4) cualquier otra persona física residente en la UE, a menos que se encuentre en el país del que es nacional; y (5) cualquier otra persona física que se encuentre en la UE, incluidos sus aguas territoriales y el espacio aéreo, y en toda aeronave o buque sujetos a la jurisdicción o control de un Estado miembro, que actúen profesionalmente.

---

12 *BOE* de 14 de julio de 1998. Se ha criticado el carácter obsoleto de esta norma y, en particular, la reducida cuantía de las sanciones contempladas (*vid.* IRIARTE ÁNGEL, J.L. “La Ley Helms-Burton ...”, *loc. cit.*, págs. 98-99).



En cuanto al contenido del estatuto de bloqueo, en primer lugar se establece la prohibición de que los sujetos incluidos en el ámbito material del estatuto respeten de forma directa o a través de una filial o intermediario los requisitos o prohibiciones, incluidos los requerimientos de juzgados extranjeros, basados en la aplicación de la LHB, a menos que la Comisión Europea autorice el cumplimiento. Ello supone, por ejemplo, la imposibilidad de testificar, actuar como peritos o facilitar la práctica de pruebas (p.ej., respondiendo a solicitudes de “pre-trial discovery”).

La prohibición de cooperación se extiende también a los Estados. De este modo, se impide a las autoridades de los Estados miembros que cooperen con autoridades extranjeras que apliquen la LHB. Ello supone la imposibilidad de reconocer resoluciones de otro Estado que hayan aplicado la LHB o de facilitar cualquier tipo de cooperación por parte de las autoridades de los Estados miembros (judiciales o extrajudiciales) para realizar notificaciones o actos de práctica de prueba<sup>13</sup>. A todo lo señalado se une además la obligación de notificar a la Comisión cuando cualquiera de los sujetos antes mencionados se vean afectados, de forma directa o indirecta, por la aplicación de la LHB y la imposición de sanciones y multas coercitivas (en el caso de España, desarrolladas en Ley 27/1998), en el caso de no cumplir con dicha obligación. El Reglamento 2271/96 contempla, no obstante, la posibilidad

---

13 En este sentido, el Ministerio de Justicia español ha considerado, con relación a la intervención de la autoridad central española en el marco del Convenio de la Haya de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, que el cumplimiento de cualquier solicitud de notificación o traslado basada en el Título III de la citada Ley Helms-Burton que pretenda hacer valer sus previsiones en territorio español, constituye un atentado a la soberanía española en los términos del artículo 13 del Convenio de La Haya sobre notificación internacional..

de obtener autorizaciones, siempre que se acredite el riesgo de un perjuicio grave para los intereses propios o los de la UE.

Pero al margen de las obligaciones expuestas, el Reglamento 2271/96 reconoce también un derecho de compensación por los daños sufridos como consecuencia de la aplicación de la LHB y la posibilidad de demandar ante los tribunales de los Estados miembros en reclamación de dichos daños a la persona física o jurídica, o a cualquier otra entidad, que haya causado los daños, o a cualquier persona que actúe en su nombre o como intermediario. Ello supone que en el caso de que una empresa amparada por la normativa europea de bloqueo sea demandada en EE.UU. en aplicación de la LHB, dicha empresa podrá iniciar un procedimiento en el territorio de la UE frente al demandante en el procedimiento en EE.UU. por los daños que este procedimiento pudiera causarle. Según el artículo 6 del Reglamento 2271/96, la compensación podrá revestir la forma de incautación y venta de activos en poder de esas personas, entidades, personas que actúen en su nombre o intermediarios dentro de la Comunidad, incluidas las acciones que posean en una persona jurídica constituida en sociedad en la Comunidad.

El artículo 6 del Reglamento 2271/96 contempla la posibilidad de recurrir a los foros del Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas I bis), para ejercitar el derecho a obtener una compensación en territorio comunitario<sup>14</sup>. No obstante, el Reglamento 2271/96 establece una regla específica de competencia judicial internacional y también permite demandar ante los tribunales de cualquier Estado miembro en el que la persona o entidad causante de los daños o quien actúe

---

14 El Reglamento 2271/96 se refiere en realidad al Convenio de Bruselas de 1968, sustituido a día de hoy por el Reglamento Bruselas I bis.

en su nombre o como intermediario posea bienes. Con ello se facilita la ejecución de eventuales resoluciones de condena, al garantizar la identidad entre el Estado de tramitación del procedimiento y el Estado de ejecución. Cabe entender además que, al contrario de lo que acontece con el Reglamento Bruselas I bis, que somete su aplicación, con carácter general, al requisito de que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro, el foro de competencia introducido por el Reglamento 2271/96 resultará aplicable con independencia del Estado de domiciliación del demandado. Lo contrario supondría privarlo de casi toda relevancia práctica (que es el problema al que se enfrentan las reglas del Reglamento Bruselas I bis) en este ámbito, ya que los demandados generalmente estarán domiciliados fuera de la UE.

### **3. LA DEMANDA DE CENTRAL SANTA LUCÍA L.C. CONTRA MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL S.A.: EL SUPUESTO DE HECHO Y LA NATURALEZA DE LA PRETENSIÓN EJERCITADA**

Brevemente resumido, el litigio que enfrenta a la sociedad estadounidense Central Santa Lucía L.C. contra la sociedad Meliá Hotels International S.A., domiciliada en Palma de Mallorca tiene su origen en los siguientes hechos:

El gobierno revolucionario cubano a través de la Ley 890, de 15 de octubre de 1960, decidió nacionalizar todos los bienes y empresas pertenecientes a personas naturales o jurídicas, en el marco de una política nacional destinada a abolir la propiedad privada. La aplicación de dicha ley, según la demandante, habría supuesto la expropiación de manera ilícita de unos terrenos ubicados en Holguín dedicados a la explotación azucarera, denominados “Ingenio Santa Lucía”, que pasaron a ser

propiedad del gobierno cubano. Años después, Meliá obtuvo una autorización estatal para explotar y gestionar una parte de dichos terrenos que recibe el nombre de “Playa Esmeralda” y que en la actualidad pertenecen a una sociedad pública cubana denominada Gaviota. En el marco de dicha explotación se construyeron diversos complejos hoteleros explotados por Meliá, que le han reportado una serie de beneficios económicos y que según Santa Lucía debían ser considerados como frutos derivados de una posesión ejercitada de mala fe.

Santa Lucía LC alegaba ser la sucesora de los que, en su opinión, serían los propietarios de los terrenos y presentó inicialmente una solicitud de conciliación ante los juzgados de 1ª Instancia de Palma de Mallorca. Tras el archivo de la solicitud, Central Santa Lucía demandó en Palma de Mallorca a Meliá Hotels International S.A. y merece la pena detenerse a analizar en profundidad la naturaleza, contenido y fundamento de la acción ejercitada, porque su correcta comprensión resulta vital para resolver de forma adecuada las diferentes cuestiones que se suscitan en el marco de este procedimiento.

En concreto, la demandante solicitaba al Juzgado que procediese a la liquidación del Estado posesorio de los terrenos, en virtud del artículo 455 CC y reclamaba a Meliá una cantidad equivalente a los beneficios económicos, que esta última había obtenido durante los últimos cinco años por la explotación de los hoteles situados en “Playa Esmeralda”. La demandante consideraba que la demandada se estaba aprovechando de manera consciente y por tanto de mala fe, de una nacionalización de bienes que debe ser considerada ilícita de acuerdo a las normas de Derecho internacional. Dicho de otro modo, lo que pretendía Santa Lucía con la acción ejercitada era la rendición de los frutos posesorios que según ella estaría obteniendo Meliá Hotels por la

posesión de mala fe de unos hoteles construidos años después de la expropiación sobre el terreno que la actora afirma que son de su propiedad. Y para ello ejercitó la acción de liquidación del estado posesorio contemplada en el artículo 455 CC. Este dato es de vital importancia para apreciar el contenido de la acción ejercitada por Santa Lucía y no caer en el error de calificarla, no a la luz de su verdadera naturaleza, sino de la denominación que le atribuye la actora. Ciertamente la demandante se refiere a la acción en el suplico de la demanda como de “enriquecimiento ilícito” y ello le lleva a calificarla como de naturaleza meramente extracontractual, algo que sorprendentemente es aceptado sin reparo por algunos de los trabajos que se han publicado hasta la fecha sobre esta resolución<sup>15</sup>. Sin embargo, tal y como han reiterado incesantemente nuestros Tribunales con relación a la apreciación de una posible incongruencia *extra-petitum*, los órganos judiciales no se encuentran vinculados por el literal de las peticiones de las partes contenidas en su suplico, sino que deberán pronunciarse acerca de todo aquello que necesariamente se derive de la acción efectivamente ejercitada. Como ha señalado el TS<sup>16</sup>, siguiendo los postulados del TC<sup>17</sup>, “*el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas*”.

Resulta muy esclarecedor a la hora de calificar la naturaleza de la pretensión, el contenido de la solicitud de conciliación. Dicha solicitud incluía varias peticiones de avenencia, pero en

---

15 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Efectos legales en España de las expropiaciones de bienes inmuebles en Cuba. Un fascinante viaje por la geopolítica y el Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2020, vol. 12, n° 2, págs. 254-266, pág. 258; IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La Ley Helms-Burton ...”, *loc. cit.*, págs. 91 y 95.

16 *Vid.*, *v.gr.* STS núm 433/2007, de 25 de abril.

17 Sentencias del TC (Sala Primera) núm. 227/2000 de 2 octubre y núm. 133/2010, de 2 diciembre.

la primera de ellas se solicitaba el reconocimiento del “*derecho de Central Santa Lucía L.C. como sucesor de los derechos de Santa Lucía Company S.A. y Sánchez Hermanos Company S.A. (SHP) en virtud del título de cesión, sobre todos los derechos inherentes a las propiedades donde se encuentran construidos los hoteles Son Río/Luna Mares y el hotel Paradius Río de Oro, en Playa Esmeralda de Cuba*”. De hecho, esta petición constituía el fundamento de las anteriores, de tal modo que sin tal previo reconocimiento de los pretendidos derechos de propiedad no resultaba posible obtener la indemnización que solicitaba la demandante. Meliá planteó declinatoria por entender, entre otras circunstancias, que la petición principal era una acción relativa a derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en Cuba y que, por tanto, correspondía a estos tribunales la competencia exclusiva para resolverla en virtud del “efecto reflejo” del artículo 24.1 del Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas I bis). Ante esta circunstancia, Santa Lucía modificó su pretensión principal en el momento de presentar la demanda, que ya no se refería expresamente al reconocimiento de su condición de propietario, sino al enriquecimiento injusto de Meliá, pero lo cierto es que mantuvo de forma casi literal los argumentos empleados en la solicitud de conciliación, hasta el punto de que, como ya se ha apuntado, fundamentó su derecho a obtener un resarcimiento por parte de Meliá en el hecho de que es dicha sociedad, y no el Estado cubano, en su condición de legítimo propietario de los terrenos expropiados y en la defensa de sus atributos como titular del dominio de los terrenos.

Frente a la demanda presentada por Santa Lucía, Meliá opuso declinatoria por falta de jurisdicción y competencia judicial internacional de los tribunales españoles, que fue estimada por el Juzgado de primera instancia núm. 24 de Palma de Mallorca a través de un Auto de 2 de septiembre de 2019<sup>18</sup>. La demandante

---

18 Id Cendoj: 07040420242019200001.

recurrió en apelación la estimación de la declinatoria y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección núm. 3) estimó el recurso mediante Auto de 18 de marzo de 2020<sup>19</sup>. Sobre ambas resoluciones nos centraremos a continuación con detalle.

#### **4. CUESTIONES RELATIVAS A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. ¿EXISTE CUANDO EL ESTADO NO ES EL DEMANDADO?**

Una de las cuestiones de mayor interés que plantea la demanda presentada por Central Santa Lucía LC contra Meliá Hotels International S.A atañe a la alegación por parte de la demanda de la inmunidad de jurisdicción del Estado cubano. Evidentemente, la objeción más clara para apreciar dicha inmunidad en este caso reside en el hecho de que la parte demandada es la sociedad española y no el Estado cubano. Ahora bien, la cuestión, no es tan sencilla como podría parecer a primera vista y merece una reflexión más detallada.

El artículo 2 de la Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros (LO 16/2015) estipula que: *“A los efectos de la presente Ley Orgánica, se entiende por: a) Inmunidad de jurisdicción: prerrogativa de un Estado, organización o persona de no ser demandado ni enjuiciado por los órganos jurisdiccionales de otro Estado.* Como puede comprobarse, el precepto diferencia entre aquellos casos en los que el Estado extranjero es formalmente el destinatario de una demanda, de aquellos otros en los que es “enjuiciado”. Por otro, lado, el artículo 49 de la propia Ley estipula que *“Los órganos jurisdiccionales españoles apreciarán de oficio las cuestiones relativas a la inmunidad a las que se refiere la presente Ley Orgánica y se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando se haya formulado*

---

19 Id Cendoj: 07040370032020200016.

*demanda, querrela o se haya iniciado el proceso de cualquier otra forma*”, lo que perfectamente permite incluir aquellos supuestos en los que, como acontece en la demanda ejercitada por Santa Lucía, el proceso se inició a través de una demanda, no contra el propio Estado, sino contra un tercero; en este caso, Meliá Hotels<sup>20</sup>.

En cualquier caso, y ante las dudas que plantea el argumento literal a la hora de interpretar el artículo 2 a) de la LO 16/2015, lo más razonable para poder realizar un análisis adecuado de la cuestión es acudir al argumento genético. En otras palabras, es esencial tener presente que la LO 16/2015 tiene como modelo, tal y como se afirma en su Preámbulo, a la Convención de 2004 de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, un texto al que se adhirió España, pero que no se encuentra en vigor en la actualidad, y que constituye el referente directo y más autorizado para interpretar la voluntad de nuestro legislador<sup>21</sup>. Pues bien, la Convención, contempla de forma expresa la posibilidad de que se aprecie inmunidad de jurisdicción pese a que el Estado no aparezca como demandado

---

20 Es cierto que, en la medida en que el artículo 49 de la LO 16/2015 exige la apreciación de oficio de la inmunidad, si se apreciase ésta frente a un Estado que no ha sido demandado y que por tanto no participa en el procedimiento, se impediría su derecho a renunciar a la inmunidad. No obstante, para solventar este problema, bastaría con que el órgano jurisdiccional emplazará al Estado extranjero y sólo si éste no compareciese, habría de apreciar de oficio la inmunidad. De hecho, esta solución parece la única posible en un ordenamiento como el nuestro en el que el litisconsorcio pasivo necesario debe apreciarse de oficio (*vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Cizur Menor, 2008, pág. 160).

21 *Vid.* GARCIMARTÍN ÁLFEREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 5ª Ed., Madrid, 2019, pág. 65; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.), *La Ley Orgánica de 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, núm. 55, Madrid, 2016, págs. 7-40, págs. 24-25.



en el procedimiento. En concreto, el artículo 6.2 señala que podrá existir inmunidad de jurisdicción: “(a) cuando el Estado es mencionado como parte en el proceso; (b) cuando no es mencionado como parte en el proceso, pero este proceso tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado”. Resulta necesario, por tanto, detenernos en el artículo 6.2 b) de la Convención para identificar su contenido y estar en disposición de analizar si su contenido ha sido incorporado a nuestro ordenamiento.

#### **4.1. El artículo 6.2 b) de la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados**

Un primer dato a tener en cuenta es que los supuestos regulados en el artículo 6.2 b) de la Convención no son aquéllos en los que formalmente el demandado, en lugar del propio Estado, es alguna de sus “emanaciones” (representantes, ministros, entes territoriales, etc.). Dichos supuestos quedan cubiertos por el artículo 2.1 a). El precepto se refiere, por el contrario, a los supuestos de “procesamiento o enjuiciamiento indirecto” del Estado extranjero (“*indirect impleading*”)<sup>22</sup>, es decir, a aquellos procesos en los que no aparece como demandado ninguna de las personas o entes que han de ser consideradas como “Estado” a la luz de la definición contemplada en el mencionado artículo 2.1 a), pero que sin embargo pueden incidir en los bienes, derechos, intereses o actividades del Estado extranjero. Por otro lado, aunque el artículo 6.2 carece de indicación alguna sobre el marco procesal en el que deberá desenvolverse la apreciación de la inmunidad de jurisdicción de un Estado que no sea parte

---

22 GRANT, T., “Article 6”, en O’KEEFE, R., TAMS, C.J., *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, Oxford, 2013, pág. 109.

en el proceso, se considera que no será necesario que el Estado intervenga para invocarla, por lo que deberá apreciarla de oficio el órgano jurisdiccional que conozca del asunto<sup>23</sup>.

Los ejemplos clásicos que se suelen incluir en el artículo 6.2 son los embargos preventivos o ejecuciones sobre bienes de un Estado y las acciones *in rem* contra buques estatales previstas, fundamentalmente, en los países de *common law*, en las que formalmente el demandado en el procedimiento es el propio buque, pero resulta evidente que se ven afectados de forma directa los intereses del Estado propietario del buque o del Estado que lo opera<sup>24</sup>. Además, junto a estos casos, se suelen incluir también en el precepto aquellos otros en los que un Estado interviene en un procedimiento pendiente entre dos sujetos para afirmar un derecho o interés sobre el bien objeto de disputa. En estos supuestos, según el artículo 8.2 de la Convención, no cabrá entender que el Estado extranjero ha renunciado a su inmunidad de jurisdicción. Y, finalmente, un tercer ejemplo de procedimiento que suele incluirse en el artículo 6.2 es aquel en el que es demandado un

---

23 GRANT, T., "Article 6", *op.cit.*, pág. 111.

24 GRANT, T., "Article 6". *Vid.*, no obstante, artículo 16 de la Convención. Dentro de la doctrina española, F. GASCÓN INCHAUSTI (*Inmunidades ...*, *op.cit.*, págs. 157-158) considera que el de las acciones *in rem* previstas en materia marítima sería el único supuesto inscribible en el artículo 6.2 b) de la Convención. En consecuencia, dado que estas acciones no existirían en el ordenamiento español, considera que el artículo 6.2 b) no podría ser aplicado por nuestros tribunales y que, por tanto, las normas sobre inmunidad de jurisdicción únicamente podrán entrar en juego cuando el Estado extranjero fuera parte en el proceso en calidad de demandado. No obstante, como se verá a continuación, la doctrina sí admite la existencia de supuestos adicionales que pueden ser incluidos en el artículo 6.2 b) e incluso en los trabajos de redacción de la Convención se daba por hecha posibilidad. Así, por ejemplo, según el Relator Especial Suchariktul, debía entenderse que un procedimiento se había iniciado contra un Estado, con independencia de que fuera o no parte en el proceso "so long as the proceeding in effect seeks to compel that other State either to submit to the jurisdiction of the court or to bear the consequences of a determination by the Court which may affect the rights, interests, properties or activities of that other State" (*Summary record 1479<sup>th</sup> ILC meeting* (n.7), 323, para. 47).

antiguo representante de un Estado extranjero y dicho Estado alegue que se trata de un procedimiento que afecta a sus los bienes, derechos, intereses o actividades<sup>25</sup>. Ahora bien, la doctrina asume que estos no son los únicos casos que pueden ser incluidos en el precepto y que su redacción es lo suficientemente amplia como para incluir otro tipo de acciones<sup>26</sup>. En la misma línea se pronunció la delegación estadounidense durante el proceso de redacción del texto convencional, al considerar que, a la luz de la redacción del precepto, podrían incluirse dentro de su ámbito de aplicación incluso los procedimientos relativos a reglamentos bancarios o financieros que puedan tener consecuencias sobre las actividades de un Estado extranjero<sup>27</sup>.

En definitiva, no es sencillo delimitar el perímetro de casos en los que cabe considerar que existe un menoscabo de los *bienes, derechos, intereses o actividades* del Estado. Y las dificultades se acrecientan además como consecuencia de las diferencias de redacción de las diversas versiones lingüísticas de la Convención. Así, mientras que en el artículo 6.2 b) de la versión española se hace referencia a aquellos supuestos en los que el proceso “*tiende efectivamente a menoscabar los bienes, derechos, intereses o actividades de ese otro Estado*” extranjero, otras como la inglesa, emplean una redacción más flexible en la que únicamente se exige que los bienes, derechos, intereses o actividades del Estado extranjero se vean *afectados* (“*the proceeding in effect seeks to affect the property, rights, interests or activities of that other State*”)<sup>28</sup>. En cualquier caso, lo que sí parece claro es que la amplitud de la redacción empleada por el precepto no puede servir para englobar cualquier tipo de afeción

---

25 GRANT, T., “Article 6”, *op.cit.*, págs. 109-110.

26 *Ibidem*, págs.110-111.

27 *Vid.* Informe del Secretario General del 4 de agosto de 1992, núm. 10.

28 Por su parte, la versión francesa utiliza una redacción similar a la española (“*que cette procédure vise en fait à porter atteinte aux biens, droits, intérêts ou activités de cet autre*”).

de los intereses estatales, por mínima que sea. De este modo, se considera que la incidencia del procedimiento sobre el Estado extranjero no debe ser meramente económica social o política, sino de naturaleza legal. Es decir, en el marco del proceso debe dictarse algún pronunciamiento jurídico que tenga repercusión sobre el Estado extranjero. Y el ejemplo paradigmático que se invoca es aquel proceso en cuyo seno se declara o afirma un título de propiedad de un tercero frente al Estado o cualquier tipo de carga o gravamen sobre bienes que dicho Estado considera como propios<sup>29</sup>. Pues bien, como puede comprobarse, eso es justamente lo que acontece en el presente supuesto, en el que, como ya se ha indicado, el éxito de la demanda está condicionado a que se reconozca la condición del demandante como propietario del inmueble y, por tanto, la negación de tal cualidad para el Estado cubano.

#### **4.2. El artículo 2 a) de la Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros**

A la luz de lo señalado con relación al artículo 6.2 b) de la Convención es defendible sostener que cuando el artículo 2 a) de la LO 16/2015 diferencia aquellos casos en los que el Estado es demandado, de aquellos otros en los que es *enjuiciado*, el contenido que debe atribuirse a este segundo término ha de ser similar al empleado por el mencionado precepto del texto convencional. Por supuesto, caben otras interpretaciones y, por ejemplo, se ha sostenido, aunque sin aportar argumentos, que el término *enjuiciado* se refiere a aquellos casos en los que el Estado es el destinatario de una acción penal<sup>30</sup>. No obstante, esta interpretación choca con la

---

29 GRANT, T., "Article 6", *op.cit.*, págs. 109-11.

30 *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Efectos ...", *loc. cit.*, pág. 258.

redacción del ya mencionado artículo 49 de la Ley, según el cual: “*Los órganos jurisdiccionales españoles apreciarán de oficio las cuestiones relativas a la inmunidad a las que se refiere la presente Ley Orgánica y se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan cuando se haya formulado demanda, querrela o se haya iniciado el proceso de cualquier otra forma (...) respecto de cualquiera de los entes, personas o bienes que gocen de inmunidad conforme a la presente Ley Orgánica*”. Como puede comprobarse, el precepto contempla expresamente los supuestos en los que el Estado pueda ser parte en el proceso a través de una demanda “civil” o de una querrela, pero además, se refiere a la posibilidad de apreciar la inmunidad de jurisdicción cuando se hubiera iniciado el proceso “*de cualquier otra forma*”, con lo que nuestro legislador tiene en mente situaciones adicionales a aquellas en las que el Estado es formalmente el destinatario de una demanda o un querrela. Es más, el empleo de la expresión “*respecto de las personas que gocen de inmunidad*”, parece dar a entender que la LO 16/2015 se alinea con el contenido del artículo 6.2 b) de la Convención y apuesta por reconocer la inmunidad de jurisdicción cuando el Estado extranjero no sea el destinatario de una demanda (o de una querrela), pero puedan verse menoscabados por el proceso sus bienes, intereses o derechos.

Por supuesto, tal y como se acaba de exponer al analizar el contenido del artículo 6.2 b) de la Convención, no podría ser suficiente para activar el juego de la inmunidad de jurisdicción (una figura que, en la medida en que constituye una limitación al derecho de acceso a la jurisdicción, debe ser objeto de interpretación restrictiva) un mero efecto económico, social o político sobre el Estado. En cambio, sí parece que resulta suficiente para justificar su activación el hecho de que en el marco de un procedimiento pudiera reconocerse un título de propiedad o una carga sobre bienes que el Estado considera como de su titularidad. Y esto es precisamente lo que acontece en la demanda

ejercitada por Santa Lucía frente a Meliá; el éxito de la pretensión ejercitada depende de que los tribunales españoles reconozcan a la demandante la condición de propietario de los terrenos expropiados y, consecuentemente con ello, se la nieguen al Estado cubano. Recuérdese que la demandante, como ya se ha indicado, basa su pretensión en el presupuesto de que habría sido privada ilícitamente de la propiedad del inmueble como consecuencia del acto de expropiación del gobierno cubano. Por este motivo considera que sus derechos dominicales y posesorios continuarían existiendo, por lo que tendría legitimación para reclamar frente a la demandada, la supuesta poseedora de mala fe, por los beneficios económicos que ésta hubiera obtenido. Evidentemente, sólo si nuestros tribunales niegan eficacia al acto de expropiación y reconocen con ello que la demandante es la propietaria de los terrenos y no el Estado cubano, la demanda podría ser estimada y Santa Lucía podría obtener una indemnización.

### **4.3. La Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales como Derecho internacional consuetudinario**

Ya se ha señalado que la Convención de Naciones Unidas de 2004 no se encuentra en vigor en España, por lo que, al margen, claro está, del valor referencial que pueda tener a la hora de interpretar nuestra normativa interna, sus soluciones no son directamente invocables. Ahora bien, la LO 16/2015 recuerda en su Preámbulo dos circunstancias. En primer lugar, que la Constitución impone una clara exigencia de cumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas del Derecho Internacional (arts. 93 a 96) y que entre ellas, lógicamente, se incluyen las obligaciones contenidas en tratados internacionales celebrados por España en materia de inmunidades, así como otro tipo de obligaciones que

puedan derivar del Derecho Internacional consuetudinario o de sentencias obligatorias de tribunales internacionales. En segundo lugar, que la propia Asamblea General de Naciones Unidas considera que las inmunidades recogidas en la Convención de 2004, constituyen “*un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional consuetudinario*”. Pues bien, de acuerdo a lo señalado, nuestro propio legislador estaría dando entrada al contenido del artículo 6.2 b) de la Convención, no ya como referente hermenéutico privilegiado para interpretar las dudas que puedan derivarse de la aplicación de la LO 16/2015, sino como parte integradora del Derecho consuetudinario al que hace referencia el Preámbulo. Ello, evidentemente, implicaría la obligación de los jueces españoles de cumplir con lo preceptuado por el artículo 6.2 b) en los términos antes expuestos<sup>31</sup>.

#### **4.4. La posición de nuestros tribunales**

La posición del Juzgado de primera instancia y de la Audiencia con respecto a este punto es radicalmente diferente. El primero, pese a no citar expresamente ni la LO 16/2015 ni la Convención, utiliza elaborados argumentos que encajan con el modo en el que conciben el problema ambos textos normativos. De este modo, admite la existencia de inmunidad de jurisdicción del Estado cubano, pese a no haber sido demandado, al considerar que la resolución de la demanda exige necesariamente la valoración de los actos de un Estado extranjero que se encuentran amparados por la inmunidad de jurisdicción, en concreto, la nacionalización del inmueble. Según el Juzgado, Santa Lucía reclama con su acción la defensa de un derecho de propiedad o de posesión

---

31 Es cierto, no obstante, que como el propio Preámbulo pone de manifiesto, “*perviven amplias dudas a propósito del carácter consuetudinario o no de buen número de aspectos de las inmunidades, en cuestiones de índole tanto sustantiva como procesal*”.

respecto de un bien y fundamenta su pretensión en el hecho de que fue privada ilícitamente de los terrenos en los que se ubican los hoteles y que por tanto sus derechos dominicales o posesorios nunca han dejado de existir, lo que la legitimaría para demandar a Meliá como actual poseedor de mala fe de dichos terrenos por los frutos percibidos ilícitamente. Todo ello supone, según el Juzgado, que la pretensión ejercitada obliga necesariamente a pronunciarse sobre la supuesta ilicitud de un acto *iuri imperii* de Cuba y, en consecuencia cabría apreciar su inmunidad de jurisdicción<sup>32</sup>.

Por el contrario, la Audiencia entiende que no existe inmunidad de jurisdicción y para ello, en lugar de rebatir los argumentos empleados por la juzgadora de instancia, se basa en la redacción del artículo 51 de la propia Ley 16/2015, según la cual, “*A los efectos de la presente Ley Orgánica, se entenderá que se ha incoado un proceso ante los órganos jurisdiccionales españoles contra cualquiera de los entes o personas que, de conformidad con la presente Ley Orgánica, gozan de inmunidad, si alguno de ellos es mencionado como parte contra la que se dirige el mismo.*”

Ciertamente cuesta entender el razonamiento de la Audiencia. Lo único que indica el precepto es que un ente que goce de inmunidad, incluidos por supuesto los Estados extranjeros, sólo puede considerarse como parte en el proceso cuando la demanda se dirija frente a él. Ahora bien, eso no quiere decir

---

32 Esta interpretación encajaría además con la que propone desde la doctrina española para la Convención de Naciones Unidas, y que resulta plenamente extrapolable a la LO 16/2015. Según tal interpretación, la inmunidad de jurisdicción también deberá entrar en juego cuando el objeto del proceso ponga en tela de juicio una relación o situación jurídica que pertenezca a una materia sobre la que se proyecta la inmunidad de jurisdicción, con independencia de que se plantee en el marco del procedimiento como fundamento o como decisión final del pleito (*vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades...*, *op. cit.*, págs. 140-142). Es cierto, no obstante, que dicho autor parte del presupuesto de que el Estado extranjero participa en el proceso como demandado.



que sólo los Estados que hayan sido demandados puedan gozar de inmunidad ni desmiente el hecho de que se puede apreciar inmunidad de jurisdicción a favor de un Estado aunque éste no haya sido demandado. La presunción de racionalidad que debe acompañar necesariamente al legislador obliga a asumir que a la hora de definir el término “inmunidad” e identificar quiénes gozan de ella, la LO 16/2015 encomienda esta tarea al artículo 2, cuyo título es, no se olvide “Definiciones” y no a al artículo 51, un precepto incluido en Título VII, cuyo título es “Cuestiones procedimentales”. Es más, el propio artículo 51 tiene claro que no es a él a quien corresponde la tarea de identificar el ámbito de la inmunidad de jurisdicción (objetivo y subjetivo) y que es necesario remitirse a otra norma para realizar este cometido. Obsérvese que el precepto utiliza la expresión: “contra cualquiera de los entes o personas que, *de conformidad con la presente Ley Orgánica, gozan de inmunidad*” y, claro está, los sujetos que gozan de inmunidad de acuerdo a la Ley 16/2015 son los que aparecen definidos en el artículo 2, es decir, los Estados, organizaciones o personas que sean demandados o *enjuiciados*.

De hecho, ya que la Audiencia optó por “asomarse” al Título VII de la LO 16/2015, lo correcto habría sido consultar también el contenido del ya mencionado artículo 49, el precepto que dentro de dicho Título determina el tratamiento procesal de la inmunidad de jurisdicción y que obliga a apreciarla de oficio cuando los sujetos amparados por ésta (el Estado y el resto de entes y personas contempladas en el artículo 2) sean los destinatarios de una demanda o de una querrela, pero también cuando el proceso se hubiera iniciado respecto del Estado “*de cualquier otra forma*”, término que, tal y como ya se ha indicado, permitiría incluir el supuesto que estamos analizando.

## **5. ¿EXISTENCIA DE UNA COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LOS TRIBUNALES CUBANOS?**

### **5.1. Precisiones previas**

A la luz de lo señalado hasta ahora, existen argumentos de peso para haber apreciado inmunidad de jurisdicción del Estado cubano en la demanda planteada por Santa Lucía frente a Meliá. No obstante, en el caso de que no se apreciara la existencia de inmunidad, la posibilidad de que los tribunales españoles conocieran de la demanda se encontraría todavía condicionada al requisito de que éstos tuvieran competencia judicial internacional sobre ella. Y eso es algo que, como se expondrá a continuación, resulta tremendamente discutible.

Ya se ha indicado que la demandante califica la acción ejercitada como de “enriquecimiento con causa ilícita” y ello le sirve para defender que se trataría de una acción de naturaleza extracontractual a los efectos de aplicar el Reglamento (UE) 1215/2012 (Reglamento Bruselas I bis). Ello supondría que tendría a su disposición dos foros alternativos de competencia judicial internacional. De un lado, el foro general del domicilio del demandado (artículo 4). De otro, el foro especial en materia extracontractual (artículo 7.2). El segundo no le daría la posibilidad de litigar en España porque sólo permite presentar la demanda ante los tribunales del lugar donde se hubiera producido o pudiera producirse el hecho dañoso que, de haberlo, se ubicaría sin duda en Cuba, al ser dicho Estado donde se encontraban los terrenos. En cambio, el primero sí le permitiría litigar en nuestro país, al tener la sociedad demandada su domicilio en Palma de Mallorca.

Ahora bien, como también se ha expuesto en reiteradas ocasiones a lo largo del trabajo, una cosa es la denominación que utilizó la demandante para calificar la acción que ejercita y otra muy diferente la verdadera naturaleza de ésta. En su demanda la actora afirma que el enriquecimiento injusto no tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico y que la norma en la que mejor se puede subsumir su pretensión es el artículo 455 CC. En definitiva, aunque la demandante basa formalmente su pretensión en la figura del enriquecimiento injusto, el fundamento jurídico concreto en el que reposa es el artículo 455 CC, un precepto que se incluye dentro de la normativa sobre liquidación del estado posesorio -es decir, la normativa que regula el conjunto de actos que sirven para determinar, en el momento de extinguirse el hecho posesorio, los derechos y obligaciones que afectan al propietario y al poseedor con relación a la cosa poseída- y que regula la rendición de los frutos obtenidos de mala fe por el aprovechamiento de la propiedad de un tercero, obligando al poseedor de mala fe a abonar los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir<sup>33</sup>. La cuestión que se plantea por tanto es si realmente los tribunales españoles tendrían competencia judicial internacional para conocer de este tipo de acción.

Y un obstáculo que se cierne sobre esta posibilidad es que la acción ejercitada pueda ser calificada como una acción de naturaleza real sobre los terrenos ubicados en Cuba. El motivo es que nuestro ordenamiento atribuye la competencia exclusiva para conocer de estas acciones a los tribunales del Estado de situación

---

33 Art. 455 CC: “El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiere podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.”

del inmueble a través de los artículos 24.1 del Reglamento 1215/2012 (Reglamento Bruselas I bis) y 22.1 del Convenio de Lugano de 2007, de tal modo que los tribunales de cualquier Estado miembro de la UE o parte del Convenio de Lugano que no sea el de ubicación del inmueble deberán abstenerse de oficio de conocer de cualquier pretensión de esta naturaleza<sup>34</sup>.

Es cierto, no obstante, que los foros exclusivos mencionados limitan su eficacia a aquellos supuestos en los que el inmueble se ubique en otro Estado miembro de la UE o en un Estado parte del Convenio de Lugano. Sin embargo, en el caso de la demanda planteada por Santa Lucía, el inmueble se encuentra en territorio cubano y ninguno de estos textos normativos contempla una respuesta expresa para tales supuestos. Los artículos 27 del Reglamento 1215/2012 y 19 del Convenio de Lugano obligan a los jueces españoles a inhibirse de oficio cuando se les presente un asunto cuya competencia corresponde en exclusiva a los tribunales de otro Estado miembro o de otro Estado contratante del Convenio. En cambio, no existe ninguna regla equivalente que obligue a los jueces de estos Estados a inhibirse cuando el criterio de conexión del foro exclusivo (en este caso, el lugar de situación del inmueble) se ubique en terceros Estados.

---

34 Por el contrario, en el caso del foro exclusivo de la LOPJ (artículo 22 a), su diseño, evidentemente, es unilateral y lo único que indica es que los tribunales españoles son competentes con carácter exclusivo para conocer de las acciones reales relativas a inmuebles ubicados en España. Quede claro, en cualquier caso, que este foro exclusivo carece de contenido práctico. En la medida en que el inmueble se ubique en España, dado que los foros exclusivos se aplican con absoluta independencia del domicilio del demandado o de la vinculación del litigio con otro Estado miembro, el artículo 22 a) y el resto de foros exclusivos de la LOPJ carecen prácticamente de relevancia práctica (*vid.* GARCIMARTÍN ÁLFERREZ, F.J., *Derecho internacional privado ...*, *op. cit.*, pág. 16; HEREDIA CERVANTES, I., Artículo 24<sup>o</sup>, en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLÉN, M.L., MONTERO MURIEL, F., *Comentario al Reglamento (UE) n° 12215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pamplona, 2016, págs., 504-505).

Ante esta situación, los informes explicativos al Convenio de Bruselas de 1968 y al Convenio de Lugano de 1988<sup>35</sup>, así como algún sector doctrinal<sup>36</sup>, consideran que seguirían siendo aplicables el resto de reglas contempladas en el Reglamento y, por tanto, si alguna de ellas designara a un tribunal de un Estado miembro (p.ej., en virtud del foro general del domicilio del demandado), éste podrían declararse competente. Sin embargo, la interpretación más razonable pasa por aplicar analógicamente a estos supuestos las reglas contempladas en el Reglamento y en el Convenio a través del llamado “efecto reflejo” de los foros exclusivos<sup>37</sup>. En defensa de esta solución cabe invocar, fundamentalmente, dos argumentos. El primero es la reciprocidad cooperativa<sup>38</sup>: si España se considera exclusivamente competente para conocer de un determinado tipo de litigio, lo razonable es admitir también la competencia exclusiva de otros Estados<sup>39</sup>. El

35 Vid. Informe Jenard/Möller núm. 54; Informe Almeida Cruz/Desantes Real/Jenard, núm. 25 e Informe Pocar, núm. 93.

36 Vid. v.gr. en RAUSCHER, T. (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. EuZPR/EuIPR*, págs. 471-472; WENNER, C., “Grundstückseigentum im Ausland – Gerichtsstand im Inland? – Ein Beitrag zu §24 ZPO und Art.22 Nr.1 EuGVO”, *FS JAGENBURG*, Múnich, 2002 págs. 1013-1026, págs.. 1015 y ss.

37 FERNÁNDEZ ARROYO, D., Exorbitant and exclusive grounds of jurisdiction in European private international law: will they ever survive?, en *FS Erik Jayme*, 2004, págs. 169-186, p. 178; GAUDEMET-TALLON, H., “Les frontières extérieures de l’espace judiciaire européen: quelques repères”, en: *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, La Haya, 1996, págs. 85-104, pág. 89; LIMA PINHEIRO, L., en MAGNUS U., MANKOWSKI, P., *Brussels I Bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, vol. 1, Colonia, 2016, págs. 416-417; VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ÁLFERÉZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª Ed., Madrid, 2007, págs. 257-258.

38 Con más detalle, HEREDIA CERVANTES, I., “Artículo 24”, *op. cit.*, págs. 505-506; LIMA PINHEIRO, L., en MAGNUS U., MANKOWSKI, P., *op. cit.*, págs. 416-417; VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ÁLFERÉZ, F.J., *op. cit.*, págs. 257-258.

39 Por ejemplo, si asumimos que los tribunales españoles son los más adecuados para resolver los litigios jurídico-reales relativos a inmuebles ubicados en España, también deberíamos asumir que los tribunales cubanos son los que se encuentran en mejor disposición de resolver litigios similares relativos a inmuebles ubicados en este país.

segundo es la economía procesal. Dado que todo proceso supone un coste para la administración de justicia española, la asunción de competencia por parte de nuestros tribunales sólo estaría justificado cuando existiesen grandes posibilidades de que la decisión fuera a ser eficaz; y esto es precisamente lo que peligraría en el caso de que nuestros tribunales conociesen de litigios sobre los que se declaran exclusivamente competentes los tribunales de otro Estado. De un lado, lo normal es que se trate de litigios en los que la ejecución de la resolución se debería llevar a cabo en el Estado con competencia exclusiva, lo que supone que se rompería la unidad entre la tutela declarativa y ejecutiva que, tal y como ya se ha apuntado, resulta vital en la resolución de las materias sometidas al foro exclusivo. De otro, existen grandes posibilidades de que la resolución no sea reconocida en el país de ejecución al haberse vulnerado sus competencias exclusivas.

En definitiva, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de la acción ejercitada por Santa Lucía estaría condicionada, en primer lugar, a su no calificación como acción real a los efectos del artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis (o 22.1 del Convenio de Lugano). Si la acción no se calificase como real, sino como extracontractual, los tribunales españoles serían competentes en aplicación del artículo 4 del Reglamento Bruselas I bis, al tener la sociedad demanda su domicilio en España. En cambio, si la acción se considerase como de naturaleza jurídico-real, los tribunales españoles sólo serían competentes si se rechazase el efecto reflejo de los foros exclusivos. En caso contrario, nuestros tribunales deberían declararse incompetentes<sup>40</sup>.

---

40 La doctrina favorable a admitir el efecto reflejo de los foros exclusivos considera, no obstante, que a diferencia de lo que acontece con aquellos casos en los que el criterio de conexión empleado por el foro exclusivo (la ubicación del inmueble en el caso del artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis) se ubique dentro de la UE, el control de competencia no deberá realizarse de oficio, sino a instancia de

## 5.2. La inclusión de la acción ejercitada por Santa Lucía dentro del foro exclusivo en materia jurídico-real

Dentro del ordenamiento interno español, la jurisprudencia ha declarado en reiteradas ocasiones la naturaleza real de las acciones de liquidación del Estado posesorio<sup>41</sup>. Sin embargo, esta circunstancia no es suficiente para poder invocar con éxito el foro exclusivo. Por el contrario, a la hora de aplicar el artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis la calificación de la acción ejercitada no ha de realizarse a la luz del ordenamiento nacional, sino a partir de una interpretación autónoma, acorde con los objetivos y fines del propio Reglamento.

El TJUE ha ido concretando los contornos de dicha interpretación autónoma a través de una abundante jurisprudencia. Según la Corte de Luxemburgo, “no basta con que la acción afecte a un derecho real inmobiliario o tenga relación con un bien inmueble para determinar la competencia del tribunal del Estado miembro donde se halla el inmueble. Es preciso, por el contrario, que la acción se base en un derecho real y no en un derecho personal”<sup>42</sup>. Ello supone que las acciones incluidas en este foro son únicamente aquellas destinadas a “determinar la extensión, la consistencia, la propiedad o la posesión de un bien inmueble, o la existencia de otros derechos reales sobre dichos bienes, y a garantizar a los titulares de esos derechos la protección de las facultades vinculadas a sus títulos”<sup>43</sup>.

---

parte (vid. ugr., GARCIMARTÍN ÁLFEREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, op. cit., pág. 163; HEREDIA CERVANTES, I., “Artículo 24”; op. cit., pág. 506).

41 Vid. Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 6 de junio y, en especial, de 14 de enero de 2014 (Id Cendoj: 28079110012014100008). Entre la jurisprudencia menor, vid. Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª), de 30 de septiembre de 2015 y de 4 de abril de 2015 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2ª), de 15 de julio de 2011.

42 Vid. Sentencia del TJUE (Sala 1ª), de 11 de noviembre de 2020 (C-433/19) y todas las que cita.

43 Vid. Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 14 de febrero de 2019 y jurisprudencia citada.

Y el concepto “derecho real”, también ha sido objeto de interpretación autónoma por parte del TJUE<sup>44</sup>, en unos términos que encajan con la concepción que tienen prácticamente todos los Estados miembros sobre esta figura, y que había sido ya propuesta en el Informe SCHLOSSER al Convenio de Bruselas de 1968<sup>45</sup>. Según el TJUE, “*la diferencia entre un derecho real y un derecho personal reside en el hecho de que el primero, al gravar un bien corporal, surte sus efectos frente a todos, mientras que el segundo únicamente puede invocarse contra el deudor*”<sup>46</sup>.

Asumido lo anterior, lo cierto es que existen motivos de peso para considerar que la acción ejercitada por Santa Lucía era una acción de naturaleza jurídico-real en el sentido del artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis. Nos encontramos ante una acción que, como recordó el Juzgado de 1ª Instancia, “*trae causa, prima facie, de la propiedad del legítimo poseedor como título de atribución del derecho a los frutos producidos*”<sup>47</sup>, y que, según el TS tiene unos efectos restitutorios “*que se residencian, más bien, en la obligación de entrega de la cosa cuya adquisición ha devenido ineficaz, por la resolución del título que la justificaba, dando lugar a la restitución y liquidación del estado posesorio*”<sup>48</sup>. Es decir, se trata, en definitiva, de una acción ejercitada por quien

---

44 Vid. STJUE de 19 de enero de 1990, As. 115/88.

45 “Informe del Profesor P. Schlosser sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 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. Según este Informe (núm. 166) “*mientras un derecho personal únicamente podrá invocarse contra el deudor, el derecho real que grava un bien corporal, surte sus efectos con respecto a todos. La consecuencia jurídica esencial que caracteriza por tanto a un derecho real es la facultad que su titular tiene para reclamar el bien gravado con ese derecho a toda persona que no posea un derecho real de rango superior*”.

46 Sentencia del TJUE, 16 de noviembre de 2016, C-417/15, núm. 31 y jurisprudencia citada.

47 Sentencia del TS de 14 de enero de 2014,

48 STS de 30 de abril de 2013, Id Cendoj: 28079110012013100712.



se considera titular dominical y legítimo poseedor de los terrenos nacionalizados, en defensa de los atributos y facultades inherentes a tales derechos, defensa que en este caso consiste en la rendición de los frutos obtenidos de mala fe por el aprovechamiento de la propiedad de un tercero, a quien se considera que ha disfrutado ilícitamente de su posesión y que debería concluir con la entrega de los terrenos ubicados en territorio cubano a quien se considera su propietario y poseedor legítimo<sup>49</sup>. Y como se acaba de indicar, para el TJUE estas acciones quedan indudablemente incluidas en el artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis<sup>50</sup>.

El Juzgado de Primera Instancia, al igual que el Ministerio Fiscal, comparte en términos generales esta interpretación. Aunque ni uno ni otro citan la jurisprudencia del TJUE en interpretación del artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I bis, sus argumentos coinciden con los de la Corte de Luxemburgo. De este modo, consideran aplicable el foro exclusivo al entender que la actora fundamenta su acción en el hecho de que se considera

---

49 DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup>.R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997, pág. 107.

50 De hecho, existe una vinculación inescindible de la acción de liquidación del estado posesorio con la acción reivindicatoria, ya que tal liquidación se vincula con el hecho de que la actora reivindica y recupera la posesión. En puridad, la acción de liquidación del estado posesorio posee una naturaleza accesorio a la acción reivindicatoria, en la medida en que sólo procede si previamente se ha estimado aquélla. En consecuencia, no cabría ejercitar la acción de liquidación del estado posesorio sin haber antes reivindicado la cosa, ya que solamente así podrá el demandante probar su derecho sobre la misma. Es muy claro al respecto DELGADO ECHEVARRÍA, J. (*Adquisición y restitución de frutos por el poseedor*, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 28, núm. 3, 1975, págs. 551-634, págs. 632 – 633), al señalar que: “*En general, no puede ejercitarse con independencia la acción dirigida a recuperar la posesión (sobre la base de la titularidad del desposeído sobre la cosa) y la relativa a abono de frutos por el poseedor. Es decir, no puede el propietario exigir frutos sin reivindicar la cosa (más estrictamente, sin ejercitar al menos una acción declarativa de propiedad sobre las cosa-madre), pues sólo así podrá probar su derecho de propiedad, la posesión del demandado y la mala fe de éste. A lo más, cabrá admitir que el abono de frutos se pida en proceso posterior, pero sobre la base de la sentencia condenatoria en el de reivindicación*”.

propietaria y legítima poseedora de los terrenos expropiados – con lo que el éxito de la demandante estaría condicionado al reconocimiento por los tribunales españoles de su condición de propietaria y poseedora.

La Audiencia Provincial, por el contrario, niega que la acción ejercitada sea de naturaleza real en los términos requeridos por los artículos 24.1 del Reglamento Bruselas I bis y 22 a) LOPJ. A diferencia del Juzgado de primera instancia, sí hace un breve recorrido por la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo y extrae acertadamente sus líneas maestras. Sin embargo, más allá de eso, su argumentación en ningún caso parece indagar en la verdadera naturaleza de la pretensión, limitándose a dar por buena la calificación realizada por la actora, esto es, que se trata de una mera acción de “enriquecimiento con causa ilícita” y que, consecuentemente con ello, debe ser calificada como extracontractual. Ello supone que el foro general del domicilio del demandado quedaría expedito y, en consecuencia, los órganos jurisdiccionales españoles serían competentes.

La posición de la Audiencia resulta especialmente sorprendente. Por un lado, recuerda acertadamente que para el TJUE no basta con que la “*acción afecte a un derecho real inmobiliario o tenga relación con un bien inmueble, sino que es necesario que la acción se base en un derecho real y no en un derecho personal*”. Sin embargo, al fiarse ciegamente de la denominación que le atribuye la actora, ni siquiera se plantea que, precisamente la acción ejercitada por la sociedad cubana tiene su fundamento en un derecho real, al invocarse para defender los atributos inherentes a la condición de legítimo propietario y poseedor. Sorprende además que no entre a valorar esta cuestión ni siquiera para refutar la argumentación del Juzgado de Primera Instancia que, como ya se ha indicado, si la analizó y además de forma exhaustiva.

## 6. EFICACIA DE LA NACIONALIZACIÓN EN ESPAÑA

Aunque formalmente la pretensión ejercitada por la sociedad demandante persiga la condena de la demandada como consecuencia de su “*enriquecimiento por causa ilícita*”, ello no puede hacer olvidar que la respuesta a dicha pretensión obliga necesariamente a los órganos jurisdiccionales españoles a entrar a valorar el acto de expropiación realizado por las autoridades cubanas. Dicho en otros términos, para resolver la pretensión ejercitada por Central Santa Lucía LC resulta imprescindible fiscalizar la nacionalización realizada al amparo de la Ley 890 de 1960 de la República de Cuba. Que nuestras autoridades admitan la validez de dicho acto es de lo que depende que la demandante siga o no siendo propietaria de los terrenos nacionalizados y si, por tanto, tiene algún tipo de derecho indemnizatorio<sup>51</sup>. Como señaló el Juzgado de primera instancia, la resolución de este asunto pasa necesariamente por *enjuiciar* (y como ya sabemos, el término “enjuiciar” posee una especial relevancia para la correcta resolución de este asunto) la legitimidad de un acto que emana del poder soberano del Estado. Y es que no puede olvidarse que, como señala la Sala 1ª del TS en su sentencia de 30 de diciembre de 2010 (una resolución sobre la que volveremos a continuación)<sup>52</sup>: “*El sistema español de transmisión de derechos es causal, no abstracto - como regla -. Lo que significa que la validez y eficacia de los cambios de titularidad no se desligan o independizan de la causa que los produce, sino que la existencia y licitud de ésta se consideran condicionantes de aquellas cualidades jurídicas*”<sup>53</sup>.

---

51 En defensa de la licitud de la expropiación realizada por el Estado cubano, *vid.* el comentario de A.G. LÓPEZ MARTÍN al Auto del Juzgado de primera instancia núm. 24 de Palma de Mallorca, de 2 de septiembre de 2019, *REDI*, 2020 (1), págs. 231-237, págs., 333-234)

52 Id Cendoj: 28079110012010100856.

53 FJ Décimosegundo.

Téngase en cuenta que si se optara por negar eficacia en España a la expropiación realizada por el gobierno cubano, los derechos dominicales y posesorios sobre el inmueble continuarían existiendo y por tanto, la actora estaría legitimada frente a la demandada, como actual poseedora de mala fe, por los beneficios económicos que hubiera obtenido. Como señaló el TS en la mencionada Sentencia de 30 de diciembre de 2010, citando a su vez una anterior de 25 de septiembre 1.992<sup>54</sup>, “(...) *no nos corresponde controlar la legitimidad de los actos ejecutados en Cuba como consecuencia de la aplicación de la Ley 890. Pero sí, dada la significación que en nuestro sistema de atribución patrimonial tienen la existencia y la licitud de la causa, valorarlas en la medida en que sea necesario para determinar la validez de la nueva titularidad causada por la expropiación de la marca número 99.789, y publicada por el registro de la propiedad industrial. A ese control indirecto tienen pleno derecho los demandantes, conforme a nuestro ordenamiento*”. Se da además la particularidad de que en ambas resoluciones el Alto Tribunal debió valorar la eficacia de nacionalizaciones realizadas por el Estado cubano, por lo que, como tendremos oportunidad de comprobar, muchas de las afirmaciones en ellas vertidas resultan plenamente extrapolables al litigio entre Santa Lucía y Meliá<sup>55</sup>.

---

54 Id Cendoj: 28079110011992101229. El TS dictó con esa fecha otras dos sentencias con un contenido idéntico (Id. Cendoj: 28079110011992102238 y 28079110011992103161).

55 Se ha sostenido la imposibilidad de invocar estas resoluciones a la hora de dar respuesta a la demanda interpuesta por Santa Lucía, con el argumento de que en ellas no se plantea cuestión alguna de inmunidad de jurisdicción (*vid.* el comentario de J.L. IRIARTE ÁNGEL, en *Bitácora Millenium Dipr*, Revista núm. 12, págs. 61-68, pág. 65, accesible en file:///C:/Users/ivan.heredia/Downloads/Dialnet-DeNuevoSobreElProblemaDeLaCompetenciaJudicialInter-7505902%20(4).pdf). Pues bien, ciertamente estas resoluciones no abordan el problema de la inmunidad de jurisdicción. Ahora bien, lo que sí resulta indiscutible es que resultan esenciales para dar respuesta al problema que estamos abordando, es decir, la identificación de las condiciones a las que se supedita la eficacia en España de las nacionalizaciones extranjeras y, más en concreto, el modo en el que ha de operar la cláusula de orden público en este ámbito.

Pues bien, a la luz de lo expuesto, la cuestión que se plantea es fácil de ver: ¿pueden los tribunales españoles enjuiciar los actos soberanos de un Estado, incluso cuando tal enjuiciamiento no constituya el objeto principal de la demanda, pero sí condicione de forma absoluta la solución que se dé a ésta? Meliá entendía que no, pero ni el Juzgado de primera instancia ni la Audiencia Provincial analizaron esta cuestión.

Desde hace años ha existido un amplio e interesante debate doctrinal sobre el método analítico que resulta más adecuado para abordar los problemas que plantea la eficacia internacional de las nacionalizaciones. El método “clásico” basa sus postulados en el llamado “principio de territorialidad”, que aunque en la práctica conduzca a resultados similares, debe diferenciarse de la doctrina del “Act of State”, reconocida en algunos países anglosajones<sup>56</sup>. La plasmación práctica del principio de territorialidad en este ámbito es muy sencilla: los Estados no podrán enjuiciar los actos de nacionalización realizados por un Estado extranjero y reconocerán sus efectos cuando dichos actos se proyecten sobre bienes situados en dicho Estado. Es decir, los Estados no pueden entrar a

---

56 El fundamento de la doctrina del “Act of State” reposa en el respeto a la soberanía de los Estados y en la intención de no atentar contra la estrategia del poder ejecutivo en el ámbito de las relaciones internacionales. Su origen se encuentra en la resolución adoptada por los tribunales ingleses en el marco del asunto Bamfield en 1674 y aparece ya perfectamente esbozada en la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 1897 en el asunto “Underhill vs. Hernández” donde afirmó que: “Cada Estado soberano está obligado a respetar la independencia de los demás Estados soberanos, y los tribunales de ningún país deben tener jurisdicción para juzgar los actos de los gobiernos de los países llevados a cabo dentro de su propio territorio. La reparación de daños por razón de dichos actos debe ser obtenida a través de los conductos disponibles entre los poderes soberanos”. (168 U.S. 250, / 1897). Posteriormente, la Corte Suprema tendría oportunidad de depurar más sus argumentos en el asunto “OETJEN vs. CENTRAL LEATHER CO.” de 1918, en el que señaló que: “Permitir que la validez de los actos de un Estado soberano sean reexaminados y tal vez sancionados por las Cortes de otro Estado, pondría en peligro ciertamente las relaciones amistosas de los gobiernos y vejaría la paz entre las naciones.” (246 U.X. 297, 303-304).

valorar la licitud de los actos de nacionalización o expropiación realizados por otro Estado respecto de los bienes situados dentro del territorio del Estado nacionalizador o expropiador (efectos territoriales de la expropiación). Y a la inversa: un Estado no puede pretender que sus actos tengan eficacia respecto de bienes ubicados en el territorio de otro Estado (efectos extraterritoriales de la expropiación<sup>57</sup>).

Pues bien, como puede comprobarse, la aplicación del “modelo clásico” al litigio entre Santa Lucía y Meliá implica unas conclusiones muy claras. Nos encontramos ante un supuesto en el que el bien litigioso no se encuentra en España, sino en Cuba, por lo que nuestros tribunales no podrían entrar a valorar su licitud. De hecho, el acto expropiatorio carece de efecto o incidencia alguna en nuestro país. No se trata sólo de que los bienes nacionalizados se ubiquen en Cuba y no en España, sino que, además: (i) el Estado en el que se produciría el daño que la demandante alega haber padecido es también Cuba y (ii) la demandante ni es española, ni tiene domicilio o residencia en nuestro país, ni presenta vínculo alguno con España.

Por lo que se refiere a la segunda perspectiva, considera que el problema a resolver en los supuestos de nacionalizaciones extranjeras no consiste en dar una respuesta jurídica *ex novo* a un determinado hecho –por lo que no podría existir un conflicto de leyes ni debería recurrirse a la normativa conflictual–, sino en decidir si un acto concreto ya adoptado por una autoridad extranjera, en virtud del cual se ha decidido realizar una

---

57 *Vid. in extenso*, MUNCH, F., “Les effets d’une nationalisation à l’étranger”, *Recueil des Cours*, vol. 98 (1959-II), pág. 439. *Vid.*, asimismo : AL KATEEB, G., *La nationalisation en droit international*, tesis, Montpellier, 1970; BOYE, A.K., *L’acte de nationalisation*, Estrasburgo, Berger-Levrault, 1979, págs. 176 y ss.; NOVOA MONREAL, E., *Defensa de las nacionalizaciones ante los tribunales extranjeros*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie I. Estudios de Derecho Económico, N 92, México, 1976.

apropiación de determinados bienes<sup>58</sup>, podría desplegar efectos en el Estado requerido<sup>59</sup>. Dicho de otro modo, las autoridades de los Estados diferentes al Estado nacionalizador se verán obligadas a abordar esta cuestión de manera similar a si se tratara de reconocer cualquier otro acto adoptado por una autoridad –judicial o extrajudicial- extranjera y, por tanto, simplemente deberán valorar si “abren o cierran la puerta” al acto extranjero, es decir, si aceptan o rechazan sus efectos. Y una de las circunstancias que se deberán tener en cuenta a la hora de realizar esta operación es la posible violación del orden público del Estado requerido, de tal manera que el acto nacionalizador extranjero no se reconocerá en el caso de que ello suponga una vulneración de los derechos y libertades fundamentales contemplados en el ordenamiento de dicho Estado, tanto de origen interno como supranacional.

Dentro de nuestra doctrina<sup>60</sup>, en línea con lo señalado y ante la ausencia de normativa al respecto, se ha defendido la necesidad de que el reconocimiento de efectos en España a las nacionalizaciones extranjeras se someta a dos requisitos<sup>61</sup>: la competencia internacional del Estado que dictó al acto y la verificación de que el reconocimiento de la nacionalización en España no atenta contra nuestro orden público<sup>62</sup>.

---

58 RIGAUX, F., VERHOEBEN, J., “Nationalisations et relations internationales”, *Journal des Tribunaux*, 5 de junio de 1982, pág. 495.

59 *Vid.* BOYE, A.K., *op. cit.*, en particular, págs. 91-113, 123-135 y 175 y ss.; MAYER, P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé, vol. XVII, París, 1973, núms. 156-167 y 257-284.

60 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., MACHO GÓMEZ, C., “Eficacia internacional de las nacionalizaciones sobre las marcas de empresa: el asunto «Havana Club» ante los tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, 2012, n° 2, pp. 159-176, págs. 168 y ss. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Eficacia internacional de las nacionalizaciones*, Madrid, 1988, esp. págs. 85 y 86.

61 QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Eficacia internacional ...*, *op. cit.*, pág. 185.

62 No es posible, por el contrario, identificar con claridad el enfoque por el que opta el TS, si bien, como veremos, su concepción sobre el juego de la cláusula de

Por lo que se refiere al primer requisito, lo que supone es que las autoridades españolas están obligadas a realizar un control de la competencia de las autoridades extranjeras con la función de determinar si existe una vinculación razonable de los sujetos afectados por la nacionalización con el Estado nacionalizador; es decir, un requisito similar al exigido por el artículo 46.1 c) *in fine* de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil. Y para nuestra doctrina tal vinculación existiría siempre que los afectados se encontraran claramente integrados dentro de la esfera jurídico-económica del Estado extranjero<sup>63</sup>. Evidentemente, dicho requisito se verificaría en el caso que estamos analizando en la medida en que los titulares de los bienes nacionalizados eran cubanos y dichos bienes se ubican en dicho país.

En cuanto al segundo requisito al que se condiciona la eficacia en España de una nacionalización extranjera, esto es, la no contrariedad con el orden público español, la doctrina española considera que su juego debe vertebrarse en torno a dos presupuestos.

*De un lado*, deberá tenerse en cuenta la peculiar naturaleza de las nacionalizaciones y sus diferencias con las expropiaciones forzosas contempladas en los ordenamientos nacionales. De este modo, de las tres garantías a las que el artículo 33.3 de la Constitución somete el poder expropiatorio del Estado, esto es: la existencia de una causa de interés general, la disponibilidad de

---

orden público resulta esencial para el presente supuesto. Es cierto, no obstante, que, pese a su falta de precisión sobre esta cuestión la Sala 1ª de nuestro TS, parece decantarse por el enfoque conflictual en la ya mencionada Sentencia de 30 de diciembre de 2010 (citada). En cambio, resulta imposible identificar la aproximación que siguió el Alto Tribunal, en su anterior Sentencia de 25 de septiembre de 1992 (citada).

63 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Efectos legales ...”; *loc. cit.*, pág. 260; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., MACHO GÓMEZ, C., “Eficacia internacional...”, *loc. cit.*, págs. 168-169; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Eficacia internacional...*, *op. cit.*, págs. 189-235.



un procedimiento que permita la defensa jurídica del expropiado y la existencia de una indemnización justa, se considera que, en la práctica, únicamente el requisito de la indemnización debería tener relevancia a la hora de dotar de contenido a nuestro orden público internacional en este ámbito<sup>64 65</sup>.

*De otro lado*, deberá realizarse una aplicación atenuada del orden público internacional, de tal manera que su juego sólo podría admitirse en aquellos casos en los que el supuesto tenga una vinculación tan estrecha con España, como para considerar que realmente la expropiación del bien derivada del acto nacionalizador extranjero podría afectar a nuestra esfera jurídico-económica. Y ante la inexistencia de normas que concreten de

---

64 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., MAGHO GÓMEZ, C., “Eficacia internacional...”, *loc. cit.*, págs. 173-174.

65 En el caso de la exigencia de una causa real y concreta que justifique la nacionalización se señala que debe considerarse como un motivo suficiente querer modificar el modelo económico de un país (GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “25 de septiembre de 1992. Nacionalización extranjera. Efectos sobre marcas registradas en España. Contrariedad con el orden público”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia Civil*, n°30, 1992, págs. 883-884). Se ha señalado asimismo que si se impusiera el cumplimiento de este requisito se estaría exigiendo más incluso que en un procedimiento expropiatorio, ya que en éstos únicamente debería especificarse no la causa de la expropiación, pero no la finalidad a la que se va a dedicar el bien expropiado [*vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 25 de septiembre de 1992”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI, 1994, pág. 382].

En cuanto a la necesidad de contar con un procedimiento que permita la defensa jurídica del afectado por el acto de nacionalización, asumir que constituye un elemento integrador de nuestro orden público internacional a la hora de reconocer o no los efectos de una nacionalización extranjera resulta difícilmente defendible desde el momento en que nuestro ordenamiento contempla en el artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa un procedimiento de urgencia en el que las garantías brillan por su ausencia y en el que se permite adelantar el momento de ocupación de la finca expropiada, sin que el expropiado prácticamente tenga posibilidad de oponerse (en similares términos, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “25 de septiembre...”, *loc. cit.*, pág. 884). No obstante, la STS de 25 de septiembre de 1992 (FJ Tercero) sí parece exigir la existencia de un procedimiento contradictorio previo a la nacionalización con audiencia de los sujetos afectados.

forma expresa la naturaleza de dicho vínculo, se considera que, en principio, este requisito se verificará cuando en el Estado en el que se pretende obtener la eficacia del acto expropiatorio se ubiquen bienes afectados por dicho acto<sup>66</sup>. Recuérdese además que este segundo requisito operaría de manera cumulativa con el anterior, de tal modo que, aunque nuestras autoridades llegaran a la conclusión de que los sujetos expropiados no obtuvieron compensación alguna o esta no fue justa, únicamente se podría denegar eficacia a la nacionalización si dicho acto se proyecta sobre bienes ubicados en España.

Si trasladamos lo expuesto al litigio entre Santa Lucía y Meliá, en la medida en que los terrenos objeto de expropiación no se ubican en España, sino en Cuba, no se verificaría la conexión mínima con nuestro país que exige la concepción atenuada del orden público internacional y, por tanto, no podría denegarse eficacia a la nacionalización cubana. De hecho, no se trata sólo de que los bienes nacionalizados no se ubiquen en España. Es que difícilmente puede decirse que el acto de nacionalización tenga una mínima vinculación con España, desde el momento en que el supuesto perjudicado carece de vinculación alguna con nuestro país (ni tiene domicilio, ni nacionalidad, ni bienes en España, ni realiza aquí actividad económica alguna).

Por lo que se refiere a la posición de nuestra jurisprudencia sobre esta materia, se contiene, fundamentalmente, en las sentencias de la Sala 1ª del TS de 25 de septiembre de 1992 y de 30 de noviembre de 2010 ya citadas, en las que el Alto Tribunal debió valorar la eficacia de expropiaciones realizadas por el Estado cubano con la finalidad de determinar la titularidad de unos derechos de marca. No obstante, al contrario que acontece

---

66 HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., MACHO GÓMEZ, C., “Eficacia internacional...”, *loc. cit.*, págs. 174-175.

con la demanda interpuesta por Santa Lucía, los bienes objeto de litigio y que fueron afectados por la nacionalización, no se encontraban en Cuba sino en España. Se trataba, en concreto, de litigios en los que estaba en juego la titularidad sobre marcas españolas.

No es fácil determinar a cuál de los dos modelos expuestos se ha adherido nuestra jurisprudencia o si, como se ha señalado, mezcla erróneamente los dos modelos. Ahora bien, sea como fuere, lo que resulta indudable es que el TS sólo permite negar eficacia a la nacionalización realizada por un Estado extranjero en aquellos casos en los que pueda violarse el orden público español y que, además, el Alto Tribunal apuesta por una “concepción atenuada” del orden público. En concreto, para el TS los jueces españoles sólo podrán declarar la ilicitud de una nacionalización extranjera cuando ésta (citando la terminología empleada por el propio Tribunal), tenga “proyección normativa” en España. Y para el TS tal requisito se concreta en la necesidad de que la expropiación derivada de la nacionalización realizada por las autoridades extranjeras afecte a bienes ubicados en nuestro país, algo que, como ya sabemos, no se verifica en el litigio que estamos analizando. Según el TS, la posibilidad de enjuiciar los actos realizados por un Estado extranjero se encuentra vinculada a la defensa de valores constitucionales y, en particular, a la propiedad privada, la libertad de mercado y el principio de contradicción. Ahora bien, el juego de dichos valores constitucionales, según el TS, se limita exclusivamente a las consecuencias que la actuación del Estado extranjero tiene sobre los bienes ubicados en España, no sobre los bienes localizados en el Estado que realizó la actuación<sup>67</sup>. Como se señala en la Sentencia de 25 de septiembre de 1992 y posteriormente en la de 30 de diciembre de 2010: “*Nuestros*

---

67 STS de 25 de septiembre de 1992, FJ Tercero y STS de 30 de noviembre de 2010, FJ Decimosegundo.

*Tribunales de la jurisdicción ordinaria civil no pueden ni deben inmiscuirse en temas como los aquí planteados en cuanto se refiere a su proyección normativa en el país de origen, pero si han de velar porque los actos ejecutados en España por quienes con arreglo a la Ley de Origen - Código de Comercio y Civil cubanos -, tienen titularidad para ello, no puedan ser descalificados y anulados en virtud de normas jurídicas emanadas si de un Estado soberano, pero cuya finalidad y hasta su estructura y filosofía que las anima chocan frontalmente con la Carta Magna Española.*

## **7. CONCLUSIONES**

Los sujetos amparados por el Título III de la Ley Helms-Burton se enfrentan a serias dificultades para obtener un resarcimiento efectivo ante los tribunales estadounidenses debido, tanto a las restricciones impuestas por el propio ordenamiento estadounidense, como al juego de la normativa de bloqueo a la propia Ley Helms-Burton contemplado en ordenamientos como el canadiense o el de la UE, que impide a los particulares y a las autoridades de dichos Estados cualquier tipo de cooperación con las autoridades estadounidenses para implementar los objetivos de dicha Ley. Ante este escenario, una alternativa para quien se considera perjudicado por las nacionalizaciones y actos de expropiación realizados por el régimen revolucionario cubano consiste en ejercitar sus demandas ante tribunales de otros Estados, sin invocar directamente la Ley Helms-Burton. Tras esta estrategia puede residir la intención de garantizar la futura ejecución de una eventual demanda favorable, eludiendo el juego de las normas nacionales de bloqueo, pero también es posible que el procedimiento tenga un valor meramente instrumental y sea utilizado para, por ejemplo, obtener material probatorio que pueda ser utilizado en una posterior demanda en Estados Unidos.

La demanda ejercitada en España por Central Santa Lucía LC frente a Meliá Hotels se enmarca, precisamente en este contexto y plantea cuestiones de especial interés. La primera es la posibilidad de apreciar inmunidad de jurisdicción del Estado cubano, aunque dicho Estado no fue formalmente demandado. Como se ha expuesto en el trabajo, existen razones de peso para decantarse a favor de esta posibilidad a través de una interpretación del artículo 2 a) de la LO 16/2015 acorde con el contenido del artículo 6.2 b) de la Convención de Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados. En segundo lugar, se suscita la cuestión de si, en el caso de que no se apreciara la inmunidad de jurisdicción, los tribunales españoles carecerían de competencia judicial internacional por corresponder ésta con carácter exclusivo a los tribunales cubanos. En el trabajo, al igual que hizo el Juzgado de 1ª Instancia de Palma de Mallorca, se opta por esta interpretación, a partir de dos elementos. De un lado, se considera que la acción ejercitada -una acción de liquidación del estado posesorio- debe ser calificada como una acción jurídico-real incluida en el foro exclusivo del artículo 24.1 del Reglamento Bruselas I. Asumido lo anterior, se apuesta por el “efecto reflejo” de este foro exclusivo y se considera que únicamente los tribunales cubanos deberían resolverla. Por último, dado que la acción ejercitada obliga a los tribunales españoles a determinar con carácter previo la licitud de la nacionalización de los bienes cuya propiedad sostienen los demandantes, se analiza la cuestión de si los tribunales españoles pueden negar su eficacia a los actos soberanos de un Estado extranjero cuando dicho enjuiciamiento no constituya el objeto principal de la demanda, pero sí condicione de forma absoluta la solución que se le dé a ésta. La conclusión alcanzada es que, en la medida en que los bienes expropiados no se encuentran en España, sino en Cuba, dicha posibilidad debe quedar descartada.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

AL KATEEB, G., *La nationalisation en droit international*, tesis, Montpellier, 1970

BELLINGER, J., MIRSKI, S., “Conflicting rulings in cases brought under the Helms-Burton Act”, en <https://www.lawfareblog.com/conflicting-rulings-cases-brought-under-helms-burton-act>.

BOYE, A.K., *L'acte de nationalisation*, Estrasburgo, Berger-Levrault, 1979

---- “Efectos legales en España de las expropiaciones de bienes inmuebles en Cuba. Un fascinante viaje por la geopolítica y el Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2020, vol. 12, n° 2, págs. 254-266

---- “The Controversy over Title III of the Helms-Burton Act: Who is breaking International Law- The United States or the States that have made themselves co-conspirators with Cuba in its unlawful confiscations?”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 30, 1996-1997, págs. 271-315

COSNARD, M., “Les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d’investir dans certains pays”, *Annuaire Français de Droit International*, 1996, núm. 42, págs. 33-61

DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Adquisición y restitución de frutos por el poseedor*, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 28, núm. 3, 1975, págs. 551-634

DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup>.R., *Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio*, Madrid, 1997

FERNÁNDEZ ARROYO, D., Exorbitant and exclusive grounds of jurisdiction in European private international law: will they ever survive?, en *FS Erik Jayme*, 2004

GAUDEMET-TALLON, H., “Les frontières extérieures de l’espace judiciaire européen: quelques repères”, en: *E Pluribus Unum – Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, La Haya, 1996, págs. 85-104

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas”, *Derecho de los Negocios*, núm. 72, 1996, págs. 13-27

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho internacional privado*, 5ª Ed., Madrid, 2019

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “25 de septiembre de 1992. Nacionalización extranjera. Efectos sobre marcas registradas en España. Contrariedad con el orden público”, *Cuadernos Cívitas de jurisprudencia Civil*, nº30, 1992, págs. 883-884

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades procesales y tutela judicial frente a Estados extranjeros*, Cizur Menor, 2008

GRANT, T., “Article 6”, en O’KEEFE, R., TAMS, C.J., *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, Oxford, 2013

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., MACHO GÓMEZ, C., “Eficacia internacional de las nacionalizaciones sobre las marcas de empresa: el asunto «Havana Club» ante los tribunales españoles”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, 2012, nº 2, pp. 159-176

HEREDIA CERVANTES, I., Artículo 24”, en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLÉN, M.L., MONTERO MURIEL, F., *Comentario al Reglamento (UE) n° 12215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Pamplona, 2016

IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 63, 2020, págs. 81-112, págs. 87-88 (accesible en <http://ced.revistas.deusto.es/index/>)

JIMÉNEZ BLANCO, P., “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 25 de septiembre de 1992”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI, 1994, pág. 382

KAUFAMAN PURCEL, S., “La Ley Helms-Burton y el embargo estadounidense contra Cuba”, *Foro Internacional*, 1-7-2003, Vol. 43, 3 (173), págs. 704-718

LOWENFELD, A. F., “The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act”, *The American Journal of International Law*, Vol. 90, núm. 3, julio, 1996, págs. 419-434

MAGNUS U., MANKOWSKI, P., *Brussels I Bis Regulation, European Commentaries on Private International Law*, vol. 1, Colonia, 2016

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Dir.), *La Ley Orgánica de 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, núm. 55, Madrid, 2016, págs. 7-40



MAYER, P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Bibliothèque de droit international privé, vol. XVII, Paris, 1973

MUNCH, F., “Les effets d’une nationalisation à l’étranger”, *Recueil des Cours*, vol. 98 (1959-II)

MUSE, R.L., “A Public International Law Critique of the Extraterritorial Jurisdiction of the Helms-Burton Act (Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996)”, *George Washington Journal of International Law and Economics*, vol. 30, 1996-1997, págs. 207-270

NOVOA MONREAL, E., *Defensa de las nacionalizaciones ante los tribunales extranjeros*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie I. Estudios de Derecho Económico, N 9 2, México, 1976

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Eficacia internacional de las nacionalizaciones*, Madrid, 1988

RIGAUX, F., VERHOEBEN, J., “Nationalisations et relations internationales”, *Journal des Tribunaux*, 5 de junio de 1982, pág. 495

ROY, J., “El impacto internacional de la Ley Helms-Burton”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, Vol. 1 (2), págs. 487-510

SEPPALA, C.R., GHERARI, H., SZUREK, S., “La pratique américain récente: les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy”, en *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. A propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, Paris, 1998, págs. 83-97

VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ÁLFEREZ, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª Ed., Madrid, 2007

WENNER, C., “Grundstückseigentum im Ausland – Gerichtsstand im Inland? – Ein Beitrag zu §24 ZPO und Art.22 Nr.1 EuGVO”, *FS JAGENBURG*, München, 2002 págs. 1013-1026

# PLURALIDAD NORMATIVA EN MATERIA DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES: EL SISTEMA DE DERECHO INTERREGIONAL A PRUEBA

*ALBERT FONT I SEGURA*

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. FUNDAMENTO Y CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES: 2.1. Fundamento de la pluralidad normativa. 2.2. Las bases de las obligaciones contractuales. 2.3. La dualidad civil-mercantil. 2.4. La unidad de mercado. 3. DUPLICIDAD DE PLANOS Y ARTICULACIÓN DE SISTEMAS PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE: 3.1. Duplicidad de planos. 3.2. Articulación entre sistemas para determinar la ley aplicable. 3.2.1. La determinación del carácter internacional o interregional del supuesto. 3.2.2. Interrelación entre el RRI y el ordenamiento plurilegislativo español. 4. EL ARTÍCULO 10.5 CC: 4.1. Delimitación del ámbito material. 4.2. Operatividad de sus conexiones en el plano interregional: 4.2.1. *Autonomía conflictual*. 4.2.2. *Estatuto personal común*: 4.2.2.1. La vecindad civil común. 4.2.2.2. La residencia habitual común. 4.2.3. *Lugar de celebración del contrato*. 4.2.4 *Las reglas especiales*: 4.2.4.1. Contratos relativos a bienes inmuebles. 4.2.4.2. Compraventas de muebles corporales 5. BREVES REFLEXIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

1. El trabajo que se presenta a continuación pretende poner de manifiesto el desajuste del sistema de Derecho interregional actualmente vigente para regular los conflictos internos de leyes en materia de obligaciones contractuales. La pertinencia del tema reside principalmente en la modificación del CDCFN<sup>1</sup> y la STC 132/2019<sup>2</sup> cuya doctrina puede representar un giro relevante en la pluralidad normativa en el ámbito contractual, propiciando una nueva dimensión en el tráfico jurídico interregional<sup>3</sup>. La disparidad normativa incrementará potencialmente unos conflictos de leyes que deberán prevenirse y resolverse mediante un sistema que es a todas luces inadecuado y obsoleto. Para exponer tal desajuste cabe abordar previamente *fundamento y condicionantes constitucionales* (2) cuya presentación es inexcusable para deslindar con precisión el contexto en el que se producen los conflictos de leyes en el seno del ordenamiento español. No obstante, hay que tener presente que el contenido peculiar del ordenamiento plurilegislativo español suscita conflictos de leyes en un doble plano, el internacional y el interno, que son regulados a su vez por una duplicidad de sistemas. Por ello, debe analizarse la *duplicidad de planos y articulación de sistemas para determinar la ley aplicable* (3). Así, se somete el sistema

---

1 Vid. la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril (BOE-A-2019-8512).

2 STC 132/2019, de 13 de noviembre, mediante la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto. El TC declara la inconstitucionalidad y correspondiente nulidad del precepto legal autonómico relativo al pacto de condición resolutoria formalizado notarialmente e inscrito en el registro de la propiedad.

3 Con anterioridad, advirtiendo ya las dificultades de la determinación de la ley aplicable en supuesto interregionales, *vid.* FONTANELLAS MORELL, J.M., “La apertura de un segundo frente en la problemática interregional de la prescripción: las acciones de origen contractual”, *AEDIPr*, 2017, pp. 1209-1216.

interregional a una primera prueba de estrés, apuntando las dificultades y paradojas que genera la interrelación entre ambos planos. La segunda prueba se lleva a cabo mediante el análisis de la aplicación del precepto que rige los conflictos interregionales: *el artículo 10.5 CC* (4). El examen de sus puntos de conexión va a poner de relieve las debilidades del sistema y su falta de adecuación a la realidad plurilegislativa avalada constitucionalmente. Finalmente, se presentan unas *breves reflexiones* (6).

## **2. FUNDAMENTO Y CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES**

2. La pluralidad normativa del ordenamiento español en materia contractual debe leerse en clave constitucional. En efecto, en este ámbito, aparte del fundamento general de la pluralidad normativa (2.1), existen unos condicionantes adicionales que hay que tomar en consideración, como son la competencia exclusiva del Estado respecto de las bases de las obligaciones contractuales (2.2), la característica dualidad del Derecho privado – civil/mercantil – (2.3) y el concepto jurisprudencial de la unidad de mercado (2.4).

### **2.1. Fundamento de la pluralidad normativa**

3. La pluralidad normativa se ha conjugado tradicionalmente en España en materia de familia, matrimonial especialmente, y de sucesiones. La pluralidad en el ámbito del Derecho patrimonial y, en concreto, en materia de obligaciones contractuales, tenía una presencia prácticamente testimonial. Ahora bien, dejando a un lado el breve paréntesis republicano, la CE introdujo un cambio radical en este panorama.

4. La organización territorial del Estado establecida en el Título VIII de la CE que prevé la creación de Comunidades Autónomas a las que se confirió capacidad legislativa para “la conservación, modificación y desarrollo (...) de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, conforme al art. 149.1.8<sup>a</sup> CE, provocó una profunda transformación. El precepto dista de ser claro y su aplicación ha generado una conflictividad competencial indeseable. Por una parte, el precepto (“allí donde existan”) establece una atribución de carácter territorial<sup>4</sup>, lo que determina una pluralidad asimétrica, y una vinculación temporal a las instituciones preexistentes a la CE. Por otra parte, conlleva una atribución material que no se limita a la conservación y modificación de los derechos civiles, sino también a su “desarrollo”. La interpretación de este término y su conjugación con la vinculación temporal es la clave de bóveda del sistema plurilegislativo español y paradójicamente también, la causa de su inestabilidad. El TC había ido consolidando una jurisprudencia conforme a la cual cabe desarrollar el Derecho civil, especial o foral, partiendo de las instituciones preexistentes a la adopción de la CE mediante la regulación de instituciones conexas que permitían su crecimiento orgánico.

No obstante, esta jurisprudencia se vio truncada por dos sentencias cuyo contenido es contradictorio entre sí. Por una parte, en la STC 133/2017 se declaró la inconstitucionalidad, y correspondiente nulidad, de los preceptos legales autonómicos que regulaban en Galicia la adopción y la autotutela en la Ley 2/2006, cuando se trataba sin duda alguna de instituciones conexas a las preexistentes, modificando aparentemente la práctica seguida hasta entonces<sup>5</sup>. Por otra parte, en la STC 132/2019 se avaló la

---

4 Tal como ha recordado el TC en SSTC 82/2016, de 28 de abril de 2016 y 192/2016, de 16 de noviembre.

5 Crítica con la sentencia, GARCÍA RUBIO, M.P., “La competencia del legislador

constitucionalidad del Libro sexto del CCCat con el argumento central de que cabe el desarrollo de instituciones reguladas con posterioridad a la entrada de la CE, introduciendo además el Derecho histórico como base legitimadora, lo que supone también una alteración esencial del criterio jurisprudencial aplicado hasta entonces<sup>6</sup>.

A la vista de esta última sentencia, cabe esperar que el TC aclare el sentido de su criterio, despejando la incógnita acerca de si nos encontramos ante un punto de inflexión que permita a todas las CCAA con Derecho civil propio aspirar a construir un subsistema completo o solo a aquéllas que poseían un Derecho preconstitucional que lo permitiera. En pugna está una concepción basada en una conexidad progresiva, con los únicos límites establecidos en el 2º inciso del art. 149.1.8ª CE, y una concepción basada en un Derecho general estatal que admite la regulación

---

gallego sobre Derecho civil tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre ¿Interpretación del artículo 149.1.8.ª asimétrica o sencillamente discriminatoria?”, *Foro Galego*, nº 205, 2018, pp. 9-39. La explicación se encuentra, según EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. “Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, 33, pp. 47-78, en la diferencia que deriva de la distinción ente “conexión institucional específica” y “conexión institucional orgánica”, siendo la primera conexión la relevante para la atribución de competencia, en contra de lo que se había mantenido hasta entonces en la jurisprudencia constitucional en la que bastaba “una conexión orgánica referida al conjunto de las materias contenidas en las compilaciones o las mantenidas consuetudinariamente”, p. 61.

- 6 La STC ha despertado ya un vivo debate, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña. ¿Incidente o punto de inflexión?”, *REDI*, 2020, 2, pp. 313-320; FONT I SEGURA, “La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña. ¿Una cuestión de principios?”, *REDI*, 2020, 2, pp. 321-328; ARENAS GARCÍA, R., “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, en “Crónica de Derecho Interterritorial” (coord. FONT I SEGURA y ARENAS GARCÍA, R.), *AEDIPr*, 2019-2020, pp. 640 y ss.; CUARTERO RUBIO, V., “El título competencial en materia interregional en el contexto de una plurilegislación civil en crecimiento”, *Derecho Privado y Constitución*, 36, 47-78.

autonómica de instituciones más o menos aisladas teniendo como límite las instituciones preexistentes a la CE. Dicho de otro modo, la configuración de un ordenamiento plurilegislativo en el que estén presentes el Derecho civil estatal y otros subsistemas cuasicompletos y autosuficientes<sup>7</sup> o bien, el Derecho civil estatal y otros subsistemas fraccionados y dependientes. En cualquier caso, con independencia de la orientación que tome la jurisprudencia constitucional con posterioridad a la STC 132/2019, el resultado actual de este reparto competencial es una pluralidad normativa relevante en materia de obligaciones contractuales.

## **2.2. Las bases de las obligaciones contractuales**

5. En materia contractual, como se apuntó al inicio del epígrafe, la CE añade otros constreñimientos a la pluralidad, siendo quizá el más importante, y hasta la fecha el más vaporoso, el de la competencia exclusiva del Estado en relación a las bases de las obligaciones contractuales, ámbito vedado a la pluralidad<sup>8</sup>. La pluralidad en materia contractual queda limitada en la medida en que todos los Derechos civiles españoles participan de una base común elaborada por el legislador estatal. La justificación

---

7 Como apunta CUARTERO RUBIO, V., *loc. cit.*, nota 6, p. 65, todo ordenamiento aspira de modo inherente a la completitud.

8 La responsabilidad por daños, contractual y extracontractual, al menos en materia de consumo y comercio interior (SSTC 71/1982 y 264/1993), serían de exclusiva titularidad estatal, pero el TC no ha proclamado que esta competencia repose en el título de “las bases de las obligaciones contractuales”. *Vid.* ESPIAU ESPIAU, S., “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo”, *Derecho Privado y Constitución*, 2000, 14, pp. 82-88, crítico con esta jurisprudencia y señalando la relevancia de que la competencia exclusiva se atribuye en materia de las reglas relativas a las “bases de las obligaciones contractuales”, consideradas como efectos de los contratos. Se añade a esta precisión que la competencia no se atribuye en materia de las reglas relativas a las “bases de las obligaciones”, ni tampoco de las “bases de los contratos”.



se encontraría en la función que despliega el contrato como instrumento jurídico fundamental para el intercambio de bienes y prestación de servicios<sup>9</sup>. El alcance y contenido de las bases de las obligaciones contractuales carece todavía de un cuerpo doctrinal en la jurisprudencia del TC suficientemente sólido para delimitar con precisión la competencia exclusiva del Estado<sup>10</sup>. Las consideraciones del TC apuntan a que las bases vienen constituidas por “aquellas reglas que contengan los elementos esenciales que garanticen un régimen contractual común para todos los ciudadanos”, premisa a partir de la cual efectúa todo su análisis. No obstante, todavía es pronto para llegar a conclusiones definitivas. sobre el alcance de las bases de las obligaciones contractuales.

En suma, la limitación pone de manifiesto que constitucionalmente, más allá de estas bases, se contempla un ordenamiento plurilegislativo, lo que conduce inexorablemente a la diversidad de soluciones<sup>11</sup>. Por ello, la STC 132/2019 constituye una advertencia de primera magnitud en relación al desarrollo y consolidación de la pluralidad en materia contractual, pero también supone un aviso al legislador estatal en relación a la necesidad de establecer estas bases comunes<sup>12</sup>.

---

9 Vid. STC 132/2019 FJ<sup>o</sup> 6 y 7.A y 7.C. Hay que precisar que, a diferencia de lo mantenido por el TC, que la competencia exclusiva en materia de las reglas de las bases de las obligaciones contractuales no es, en absoluto, una competencia compartida entre el Estado y las CCAA, en el que el primero tiene la competencia básica y las segundas, en la medida en que tengan competencia, lo son para su desarrollo.

10 Véanse los FJ<sup>o</sup> 6 y 7, y los votos particulares a la STC, en particular, por ser a mi juicio el más incisivo y concreto, el emitido por el magistrado RICARDO ENRÍQUEZ SANGHO.

11 Vid. el análisis de MIRAMBELL I ABANCÓ, A., “La competència catalana en materia d’obligacions i contractes”, en *La codificació del dret contractual de consum en el Dret Civil català*, coord. LLÀGER MATAÇÀS, M.R., Madrid, 2015, pp. 25-35.

12 Vid. el Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de enero de 2015 al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil [837/2014 (JUSTICIA)]. Igualmente, *vid.* GETE-

### 2.3. La dualidad civil-mercantil

6. Otro condicionante es el de la dualidad civil-mercantil presente en el ordenamiento español. La dualidad del Derecho privado no es propiamente un condicionante a la pluralidad, sino simplemente una herencia que proviene de los tiempos de la codificación. Sin embargo, esta distinción viene constitucionalmente avalada al distinguir la Norma fundamental entre legislación civil, cuya competencia legislativa es plural – sujeta a los límites previstos en el art. 149.1.8ª CE –, y legislación mercantil, cuya competencia legislativa es detentada en exclusiva por el Estado de acuerdo con el art. 149.1.6ª<sup>13</sup>. Ello significa que

---

ALONSO Y CALERA, MC, “Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 4, pp. 27-65, ya advertía que la unificación del “sustrato de las relaciones jurídicas obligatorias” pasa por el ejercicio de la competencia exclusiva prevista en el art. 149.1.8ª CE, *vid.* p. 42; también, DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Los derechos civiles españoles hace cuarenta años ¿qué ha cambiado?”, en *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, coord. BAYOD LÓPEZ, M.C., 2019, pp. 40-41; igualmente, GARCÍA RUBIO, M.P., “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 1, p. 25; asimismo, 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*, 2014, vol. I, 3, pp. 59-60; identificando como bases de las obligaciones contractuales el plazo de prórroga y la resolución, es también del mismo parecer, FENOY PICÓN, N. “La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. III, (con un completísimo aporte doctrinal), pp. 1067-1068 y, aunque implícitamente, también GÓMEZ POMAR, F., “Un nuevo Código”, Editorial, *InDret*, 2013; muy claramente GÓMEZ POMAR, F., “Contratación sujeta a Derecho catalán, Derecho internacional privado y Derecho interregional”, en la magnífica ponencia (no publicada) presentada en las *Vintenes Jornades de Dret Català a Tossa*, 20-21 septiembre 2018.

13 *Vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., “¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil - Código de comercio?”, en E. BOSCH (dir.), Decanato del Colegio de Registradores

la pluralidad normativa existe *prima facie* en tanto la obligación contractual no sea calificada como mercantil, dado que, si lo es, queda sujeta a la legislación estatal. Surge entonces la dificultad de calificar la obligación contractual como mercantil o como civil. La calificación civil la expone potencialmente a la pluralidad normativa y, si está presente un elemento de heterogeneidad, al conflicto de leyes. La calificación mercantil supone, en principio<sup>14</sup>, que se va a aplicar exclusivamente la legislación adoptada en exclusiva por el legislador en materia mercantil, impidiendo la pluralidad y, sin ella, el conflicto interno de leyes. El problema es que no hay, y seguramente no puede haber, un criterio que de forma prístina distinga entre el contrato mercantil y el contrato civil<sup>15</sup>.

7. La dualidad civil-mercantil no sigue un esquema binario sino subsidiario. La legislación civil, en su calidad de derecho general o común, se erige en derecho supletorio del mercantil. Esta supletoriedad está consagrada en el Código de comercio, donde se hacen distintas remisiones al Derecho común<sup>16</sup>. De este

---

de Cataluña (coord.), 2009, *Derecho contractual europeo*, BOSCH, Barcelona, 2009, pp. 509-524; FONT I SEGURA, A. y ORÓ MARTÍNEZ, C., “Cuestiones de Derecho internacional privado y de Derecho interregional” en J. VALLE ZAYAS, J. A. PÉREZ RIVARÉS, y J. R. SALELLES (Eds.), *Estudios sobre el Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, BOSCH Editor, Barcelona, 2012, pp. 433-470. Como ha puesto de relieve GARCÍA RUBIO, M.P., *loc. cit.*, nota 12, el fundamento constitucional resulta esencial para rechazar que desde el ámbito mercantil se lleve a cabo la regulación de las bases de las obligaciones contractuales.

14 “En principio”, porque la pluralidad asoma a continuación en el siguiente párrafo.

15 La jurisprudencia del TC alude a la legislación mercantil, como título competencial, en el sentido de que “incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales” (STC 137/1981, FJº 3), debiendo distinguir “lo que es regulación de relaciones contractuales inter privados y lo que atañe a la intervención de los poderes públicos en esas relaciones contractuales” (STC 37/1997, FJº 2).

16 Véase art. 2, art. 50, art. 89, art. 310, art. 943 CCom.

modo, la relación puede ser calificada como mercantil, si bien puede ser regulada por la legislación civil, en calidad de Derecho común o supletorio. Ahora bien, en un ordenamiento que ampara la plurilegislación en materia contractual la supletoriedad es pluridireccional. El TS ha declarado que la expresión Derecho común contenida en el CCom se refiere a la pluralidad civil<sup>17</sup>, a falta, claro está, de legislación especial. La clave se encuentra en la conformación plural del ordenamiento español cuyo fundamento está sólidamente enraizado en la CE. Esta solución genera, sin embargo, un vivo debate<sup>18</sup>.

17 Según el TS, STS 28.6.1968 y STS 16.2.1987. Véase también la STSJ de Navarra de 8.9.2014, 286/2014 - ECLI: ES:TSJNA:2014:286. En la jurisprudencia menor, puede citarse el esclarecedor AAP Navarra de 10.4.2019, 431/2019 - ECLI: ES:APNA:2019:431A, “Aunque el carácter mercantil de la relación contractual no excluye por sí solo la aplicación de la normativa civil foral, como establece la jurisprudencia del TSJ de Navarra [ SSTSJN 2 marzo 1999 (RJ 1999, 5599) y 18/2000 (RJ 2000, 8816)], en cuanto el “Derecho común” a que se remite como ordenamiento supletorio el Código de Comercio en sus artículos 2 y 50, no es sólo el general del Código Civil sino también el foral vigente en los territorios con derecho propio [ SSTS 28 junio 1968 (RJ 1968, 3607) y 16 febrero 1987 (RJ 1987, 698)], las disposiciones de estos ordenamientos tan sólo resultan aplicables a los contratos mercantiles en lo que no se halle expresamente regulado por su legislación especial.”

18 Asumiendo la pluralidad civil supletoria al Derecho mercantil, *vid.* DÍEZ DEL CORRAL, J., “El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil (notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968”, *ADC*, 1969, pp. 692-703; posteriormente, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2018 (410/2018) Cuando una Cooperativa vende productos a sus socios, no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que no se aplica el plazo de prescripción del art. 1967.4º CC. Naturaleza civil o mercantil de la compraventa”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 10º (2018), Dykinson, Madrid, 2019, p. 344; BADOSA COLL, “El carácter de dret comú del Codi Civil de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 8, pp. 19-46; ABRIL CAMPOY, M., “La prescripción en el derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?”, *InDret*, 2011, 2, p. 16; BOSCH CAPDEVILA, E., “Introducción”, en *Derecho contractual europeo, problemática, propuestas y perspectivas*, dir. BOSCH CAPDEVILA, E., coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, ed. BOSCH, 2009, p. 28; GARCÍA RUBIO, M.P., “Plurilegislación,

---

supletoriedad y Derecho civil”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Universidad de Murcia, Murcia, Vol. I, p. 1951; FONT I SEGURA, “Nota a la Sentencia Audiencia Provincial Navarra núm. 297/2001 (Sección 3ª), de 16 de noviembre”, *REDI*, 2002, 1, pp. 451-458. También el Consejo de Estado, en su dictamen al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, aunque advirtiendo de la cuestión (“El Consejo de Estado comparte este parecer, por lo que quiere insistir en la necesidad de mantener una regulación general común de la contratación privada -lo más amplia posible- en el Código Civil, de forma que el Código Mercantil se limite a precisar aquellas reglas concretas en que el tratamiento mercantil haya de ser necesariamente diferente y, en su caso, con una remisión a las bases de las obligaciones contractuales del Código Civil (advirtiéndose que sólo las bases de las obligaciones contractuales serán necesariamente uniformes, mientras que pueden existir divergencias autonómicas fuera de esas bases, lo que obligaría a una especial atención en las remisiones que al Derecho Civil se hicieran desde el Código Mercantil). En definitiva, el Derecho privado común en materia de obligaciones y contratos debe ubicarse en el Código Civil, mientras que el Código Mercantil debe recoger sólo las reglas especiales que se considere pertinente mantener para el ámbito mercantil.”). Consciente de este “problema”, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación”, *RDM*, 2013, 289, pp. 39-40, que justifica por ello el Anteproyecto de ley de modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad. En el mismo sentido, Rojo Fernández-Río, A., “El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado”, *RDM*, 2014, 291, pp. 133-135. Sin embargo, otros autores argumentan que el Derecho común es el contenido en el CC; *vid.* DE CASTRO Y BRAVO, F., “El término Derecho común en el Código de comercio. Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo”, *ADC*, 1969, vol. 22, n° 4, pp. 839-873, lógicamente basado en argumentos previos a la CE y, sin tener en consideración la actual configuración estructural del Derecho privado en España, de ahí la preferencia por el Derecho civil de Castilla, en su condición de Derecho común (no solo por el momento histórico en que se promulgó el CCom, sea el de 1829 o el de 1885, sino también por el momento en que se escribió su contribución). Basándose en argumentos derivados de la CE, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español”, *InDret*, 2012, 1, p. 6 y ss.; ROCA GUILLAMÓN, J., “Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (Notas para una reflexión)”, en *Derecho de Obligaciones, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2013, pp. 193-279, p. 251.

## 2.4. La unidad de mercado

8. La unidad de mercado, un principio de creación jurisprudencial que no aparece propiamente en la CE, carece de entidad para, por sí sola, impedir de manera absoluta la pluralidad normativa en materia contractual. La libertad de mercado y empresa y libertades fundamentales (mercancías, trabajadores, servicios y capitales) se configuran como los principios básicos del orden económico de aplicación unitaria y general y no parece que la pluralidad normativa en materia contractual supongan *per se* un obstáculo a tales principios<sup>19</sup>, como, por otra parte, ha puesto de manifiesto el TJUE en el ámbito europeo<sup>20</sup>. En primer lugar, porque una jurisprudencia

---

19 Así se entiende en la STC 132/2019, “la diferente regulación de las obligaciones contractuales que en ella se contiene no impide que el Derecho a la libertad de empresa se ejerza en condiciones básicas de igualdad (art. 38 CE), pues estas condiciones están garantizadas por la legislación básica estatal, ni constituye un obstáculo a la libertad de circulación impuesta por el art. 139.2 CE, ya que esta regulación no incide en el ámbito garantizado por este principio constitucional.”.

20 Puede aportarse aquí la jurisprudencia adoptada en el contexto comunitario por parte del TJCE. En efecto, en la STJCE de 24.1.1991, as. 339/89, *Alsthom Atlantique*, se descartó que una norma de Derecho privado francés relativa al saneamiento por los vicios ocultos o defectos de la cosa vendida falseara la competencia o se opusiera a la libre circulación de mercancías en la medida en que “se aplica indistintamente a todas las relaciones comerciales regidas por el Derecho francés y no tiene por objeto o efecto restringir específicamente las corrientes de exportación y favorecer, de esa manera, la producción nacional o el mercado interior nacional. Además, las partes de un contrato de venta internacional generalmente pueden determinar libremente el Derecho aplicable a sus relaciones contractuales y evitar, de esa manera, estar sujetas al Derecho francés”. Sobre la sentencia y sus implicaciones, *vid.* FALLON, M., “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l’expérience de la communauté européenne”, *Rec. Des C.*, vol. 253, 1995, pp. 76-79, destacando la función que despliega el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales como norma unificada que reduce la incertidumbre. Puede citarse también, la STJCE de 13.10.1993, as. c-93/92, *Motorradcenter*, donde se declaró que los posibles efectos restrictivos sobre el comercio intracomunitario de una obligación de información precontractual prevista en el Derecho alemán

reiterada del TC ya preserva por sí misma la unidad (en definitiva, la unidad del ordenamiento jurídico), así por ejemplo en materia de consumo mediante la garantía de la competencia exclusiva del Estado en materia de condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas, de responsabilidad por daños<sup>21</sup>. En segundo lugar, porque no solo la legislación mercantil es de competencia exclusiva del Estado<sup>22</sup>, sino también todos aquellos ámbitos que contribuyen a la creación, organización y funcionamiento de un mercado<sup>23</sup>. En tercer lugar, porque la competencia exclusiva del Estado en relación a las bases de las obligaciones contractuales

---

eran demasiado “aleatorios e indirectos”, excluyendo que esta obligación pueda considerarse una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa. Con todas las prevenciones, cabe proyectar el razonamiento en un contexto interregional en el que, por añadidura, el grado de cohesión e integración es indiscutible. No en vano, el Derecho internacional privado es un Derecho *de* integración, que - en el plano europeo - pasa a ser un Derecho *para* la integración, mientras que el Derecho interregional es un Derecho *en o desde* la integración.

- 21 *Vid.*, respectivamente, STC71/1982, 62/1991 y, de nuevo, 71/1982. Al respecto, *vid.* DURBÁN MARTÍN, I., “Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, 2016, 30, pp. 257-288, donde procede a una crítica de la jurisprudencia constitucional en materia de consumo y comercio interior debido a la distinción efectuada entre el ámbito del Derecho público y el ámbito del Derecho privado, área en la que el Estado tendría competencia exclusiva fundada en las materias establecidas en el art. 149.1.6ª (legislación mercantil) y art. 140.1.8ª (legislación civil), lo que determinaría “la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido del derecho privado de los contratos (art. 149.1.6 y 8 CE)”, según la STC 124/2003. Como recuerda el citado autor, pp. 267-268, “(...) aunque se hable del derecho contractual como un conjunto, la distribución competencial, si se atiende a lo dispuesto en el texto constitucional, no es igual para la contratación civil que para la mercantil. Y, equiparar ambas categorías sin establecer los debidos matices, desvirtúa en buena medida el esquema de reparto de competencias constitucionalmente delineado”. La STC 132/2019, *vid.* FJº 2, supone una importante brecha en esta concepción.
- 22 “La uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado.”, declara el TC en STC 133/1997, de 16 de julio, FJº 4.A.
- 23 Véanse las materias contempladas en el art. 149.1 (en particular la 1ª, 7ª, 9ª, 10ª, 11ª o 13ª).

prevista en el propio art. 149.1.8<sup>a</sup> CE previene una dispersión normativa constitucionalmente indeseable en este ámbito<sup>24</sup>. Por todo ello, la unidad de mercado es, más que un condicionante a la pluralidad, un principio complementario y finalista que permite la pluralidad<sup>25</sup> y que, como límite, no puede ni debe tener mucho recorrido<sup>26</sup>.

### **3. DUPLICIDAD DE PLANOS Y PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN ENTRE SISTEMAS PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE**

9. Vistos los condicionantes constitucionales a que se ve sometido el tráfico jurídico interno en materia contractual, debe concretarse el instrumento para la resolución de los conflictos

---

24 *Vid.* el voto particular del magistrado RICARDO ENRÍQUEZ SANCHO a la STC 132/2019.

25 *Vid.* el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, “Por último, entiende este Consejo que es necesario enfatizar que el servicio a la unidad de mercado no puede afectar, sino que debe dejar a salvo las ya aludidas competencias que las Comunidades Autónomas tienen reconocidas en materia de Derecho Civil, en los términos previstos por el artículo 149, 1, 8<sup>a</sup>, de la Constitución), que no pueden quedar erosionadas por las competencias estatales en relación con la legislación mercantil (artículo 149, 1, 6<sup>a</sup>, de la Constitución).”

26 En cambio, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Presentación del Anteproyecto de Código mercantil”, en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., Aranzadi, 2014, p. 46, “parece evidente que las normas que tienen que regir de manera unitaria en todo el mercado tendrán que promulgarse en el ámbito de la legislación mercantil, puesto que las normas de carácter civil que hayan de regir para los contratos y que estén incluidas en el Código civil, no serán ya normas unitarias, sino que dependerá del Código civil que sea aplicable a la relación jurídica de que se trate. Al existir sobre las mismas materias una normativa estatal y otra autonómica, surgirá la duda de cuál de esas regulaciones legales deberá aplicarse en cada caso, lo cual es evidente que viene a fraccionar la unidad de mercado desde el punto de vista jurídico y cuando menos será fuente de una inseguridad incompatible con las exigencias de seguridad y previsibilidad de las relaciones jurídicas dentro del mercado”.



de leyes. Así, hay que tener presente que la determinación del Derecho civil español aplicable se regula de distinta forma en función del carácter internacional o interregional que tengan esos conflictos. Nos enfrentamos por ello a una *duplicidad de planos* (3.1) regulada por distintos instrumentos y por distintos legisladores. Ello genera unos problemas de *articulación entre sistemas* (3.2), también entre planos, cuya resolución no siempre va a ser fácil.

### 3.1. Duplicidad de planos

10. Permanece latente<sup>27</sup> el debate acerca de la existencia de una pluralidad de sistemas para regular los conflictos de leyes, suscitados en el plano internacional, por una parte, y en el plano interno, por la otra. Se argumenta que la premisa sobre la que se asienta la unidad del sistema para la resolución de los conflictos de leyes, y la eventual aplicación de normas internacionales para la regulación de los supuestos interregionales, determinan que el art. 16 CC efectúe una remisión dinámica<sup>28</sup>. No obstante, en esta contribución se parte de la consideración, como se mantiene en la

---

27 Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, 1993, 1, pp. 131-148, manteniendo la aplicación de las normas convencionales a supuestos interregionales en la medida en que tuvieran carácter *erga omnes* y abarcaran por completo la materia regulada por la norma de conflicto interna. La cuestión generó un vivo debate del que se da cuenta en *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década, Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1995, pp. 129-133.

28 Vid. BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, t. 249, 1994-V, pp. 145-368, desarrollando esta concepción en virtud de la cual la remisión efectuada por el art. 16 CC al Capítulo IV del Título preliminar del CC se extiende a las normas convencionales en cuanto las normas de conflicto internas se ven desplazadas por aquéllas, por efecto de su eficacia universal. Desde otra perspectiva, *vid.* GARAU JUANEDA, L., “El derecho interregional español ante un derecho internacional privado europeo común”, *AEDIPr*, 2006, 6, pp. 161-164.

práctica jurisprudencial<sup>29</sup>, de que hay una duplicidad de planos y una duplicidad de sistemas, así como de reguladores, en función del carácter internacional o interregional del supuesto<sup>30</sup>.

11. Así, en materia contractual, es de aplicación el RRI<sup>31</sup> para regular los conflictos de leyes internacionales<sup>32</sup>, mientras

29 No se han encontrado resoluciones que apliquen el RRI (o el Convenio de Roma) a supuestos interregionales.

30 Para un análisis en profundidad de la cuestión, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Sobre la aplicación de convenios internacionales y reglamentos europeos en derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 127-161. Valorando la oportunidad de regular los conflictos interregionales mediante las normas de origen europeo, *vid.* FONT I SEGURA, A., “Una nova etapa pel dret interterritorial?”, *La codificació del Dret civil de Catalunya*, Madrid, 2011, pp. 575-597 o, anteriormente, convencionales, *vid.* CASANOVAS Y LA ROSA, O., “El Derecho interregional desde una nueva perspectiva”, *REDI*, 1987, 2, pp. 477-486, esp. p. 485.

31 Sobre la posible aplicación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, antecedente inmediato del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), a los conflictos internos *vid.* BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *loc. cit.*, p. 172; de la misma autora, “La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXIV, 1995, pp. 282-286; VIRGÓS SORIANO, M., “Artículo 10, apartado 5”, en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. I, Vol. II, Edersa, p. 625; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “España se adhiere al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *REDI*, 1994,1, pp. 449-450; FONT I SEGURA, A. y ORRIOLS GARCIA, S., “Reflexions entorn a la rescissió per lesió en Dret interregional”, *RJC*, 1997, 3, p. 179 y ss.

32 *Vid.* art. 22.2 RRI: “Artículo 22. Estados con más de un sistema jurídico. 1 (...) 2. Un Estado miembro en el que las distintas unidades territoriales tengan sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales no estará obligado a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales.” Aunque en base al art. 21 de la propuesta, que no comprendía el apartado 2 reproducido anteriormente, cuyo contenido se limitaba al actualmente vigente ap. 1 del art. 22 RRI, se hubiera podido sostener la aplicación del RRI a los conflictos internos de leyes, *vid.* AÑOVEROS TERRADES, B., “El espacio judicial europeo”, en “Crónica de Derecho Privado Europeo”, coord. MORALES MORENO, M. y ARROYO AMAYUELAS, E., *ADC*, 2006, vol. 59, 3, p. 1350, pero con la versión definitiva esta posición es

---

difícilmente atendible dado que España no ha adoptado ningún acto en virtud del cual se pueda mantener que el art. 10.5 CC ha quedado desplazado por las reglas del RRI en relación a los supuestos interregionales. En el mismo sentido, CALVO CARAVACA, A.L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Article 2”, p. 86, ap. 6 (poniendo como ejemplo el caso español y la correspondiente aplicación del art. 10.5 CC a supuestos interregionales); asimismo, FRANZINA, P., “Article 22”, p. 844, ap. 26 (arguyendo la falta de competencia de la UE), ambos en *European Commentaries on Private International Law: Rome I Regulation – Commentary*, vol. II, (ed.) MAGNUS, U.; MANKOWSKI, P., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, p. 86. Debe indicarse que esta ha sido la opción practicada por España y que, por consiguiente, la (no) respuesta en el ámbito contractual no es aislada. Esta afirmación puede efectuarse también en materia de sucesiones (el Reglamento 650/2012 no rige los supuestos interregionales, *vid. i.a.* CALATAYUD SIERRA, A., “Dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje”, en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Calvo Vidal, I. (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014, pp. 123-149 o FONT I SEGURA y GINEBRA MOLINS, E., “Conflictos interregionales” y ley aplicable a la sucesión por causa de muerte” en *Tratado del Derecho de sucesiones vigente en España y Andorra*, dir. PRATDESABA RICART, R.; BOSCH CARRERA, A.; coord. BARCELÓ COMPTE, R. Thomson Reuters, 2020, pp. 203-249), en materia de regímenes económico matrimoniales (el Reglamento 2016/1103 no rige los supuestos interregionales, partiendo de tal consideración *vid. i.a.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos y Derecho interregional español”, *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación Libro homenaje al Profesor Dr. José María Espinar Vicente*, eds. PÉREZ VERA, E.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; GUZMÁN ZAPATER, M.; FERNÁNDEZ PÉREZ, A.; GUZMÁN PECES, M., Iprolex, Madrid, 2020) o en materia de efectos patrimoniales parejas registradas (el Reglamento 2016/1104 no rige los supuestos interregionales, *vid. i.a.* DIAGO DIAGO, P., “Artículo 20”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 204 o RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea*, CDT, 2019, Vol. 11, 1, pp. 8-50; *vid.*, sin embargo, GARAU JUANEDA, L., “Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco”, *Millenium DPr*, 2017, 6, pp. 24-40). Por el contrario, mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el propio legislador ha incorporado una remisión por referencia en los apartados 4º, 6º y 7º del art. 9 CC estableciendo explícitamente que el contenido de la filiación, el ejercicio de la responsabilidad parental, la protección de menores y las obligaciones de alimentos quedarán regulados por los Convenios que ahí se refieren. Por consiguiente, cabe inferir que el legislador no consideró que la remisión fuera dinámica porque si así lo hubiera concebido

que a los supuestos interregionales les es de aplicación el art. 10.5 CC. No cabe duda de que, como veremos en el próximo epígrafe (4), este último precepto no está adaptado ni a la realidad ni a las necesidades del tráfico interregional postconstitucional, entre otras cosas porque ni fue posiblemente concebido para el tráfico interregional, ni se adoptó con posterioridad a la CE. Tampoco cabe duda de que lo óptimo<sup>33</sup> sería tener un sistema de Derecho interregional que corriera paralelo o estuviera inspirado en el RRI, con las adaptaciones que fueran precisas<sup>34</sup>. Ahora bien, la falta de adecuación del precepto no invalida su aplicabilidad a los supuestos interregionales.

### **3.2. Articulación entre sistemas para determinar la ley aplicable**

12. La existencia de dos sistemas aplicables a dos planos distintos – el internacional y el interregional – puede provocar problemas de aplicación por la necesaria articulación entre ambos. La primera cuestión que debe plantearse es la determinación del carácter internacional o interregional del supuesto a efectos de establecer la aplicación del RRI o del art. 10.5 CC (3.2.1). La segunda cuestión es la interrelación entre el RRI y el ordenamiento plurilegislativo español, en la medida en que se trate de un supuesto internacional al que le sea de uno de los Derechos civiles de nuestro ordenamiento (3.2.2).

---

la remisión por referencia no hubiera sido necesaria.

33 *Vid.* FRANZINA, P. “Article 22”, *op. cit.*, nota 32, pp. 844-845, ap. 29-30.

34 *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., *op. cit.* nota 31.

### ***3.2.1. La determinación del carácter internacional o interregional del supuesto***

13. La delimitación entre el RRI y el art. 10.5 CC no va a plantear, en general, ningún problema. Usualmente los factores de heterogeneidad que configuran el supuesto estarán conectados con leyes de distintos países o bien exclusivamente con los Derechos civiles españoles. No obstante, resulta razonable pensar que en algunos casos esta delimitación no va a ser tan fácil y se pueden suscitar dudas respecto a la aplicación de una u otra norma, lo que tiene consecuencias en la determinación de la ley aplicable.

14. Veamos unas hipótesis<sup>35</sup>:

Hipótesis 1: Contrato celebrado entre consumidor extranjero con residencia habitual en Cataluña que contrata con empresa o profesional residente en otro territorio español la compra de un determinado producto. El contrato contiene en sus condiciones generales una cláusula de elección de ley en favor del CC estatal.

Hipótesis 2: Contrato celebrado en Logroño entre persona con residencia habitual en Logroño que contrata la prestación de un servicio a empresa o profesional residente en Navarra. Las partes eligen la ley portuguesa como ley rectora del contrato.

Hipótesis 3: Contrato celebrado entre persona de nacionalidad francesa con residencia habitual en Logroño que contrata la prestación de un servicio a una empresa o profesional residente en Navarra. El contrato, redactado en francés y

---

35 Se parte en todas las hipótesis de que se trata de contratos civiles, o contratos mercantiles en los que sea de aplicación el Derecho civil que corresponda con carácter supletorio. En cambio, si el contrato es mercantil y no es de aplicación supletoria un Derecho civil – en calidad de Derecho general –, la designación de la ley española lo es a la legislación estatal española.

negociado en Francia, se celebra en Hospitalet del Llobregat, cuando tenía lugar una feria del sector.

En cada una de las tres hipótesis presentadas pueden surgir dudas respecto a la aplicación del RRI o del art. 10.5 CC<sup>36</sup>. A continuación, constataremos que la aplicación de una u otra norma conduce a un resultado distinto en cuanto a la ley aplicable y, por tanto, previsiblemente también en lo que se refiere al resultado material alcanzado.

Hipótesis 1.a. Si calificamos el contrato como contrato internacional, es de aplicación el RRI y la ley aplicable será la pactada por las partes (CC estatal)<sup>37</sup>, pero el consumidor gozará de la protección que le dispensa la ley de la residencia habitual (la hipótesis se plantea en la consideración de que se trataría de un contrato de consumo que caería dentro del ámbito regulado por el art. 6).

Hipótesis 1.b. Si calificamos el contrato como contrato interregional, es de aplicación el art. 10.5 CC y la ley aplicable

---

36 Ni el art. 1 RRI (“... situaciones que impliquen un conflicto de leyes.”), puesto en relación con el art. 22.2 RRI (“... los conflictos de leyes que afecten únicamente a dichas unidades territoriales.”), ni el art. 16 CC (“... conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional ...”) permiten deslindar claramente los supuestos que están cubiertos por una u otra norma.

37 Sin que pueda invocarse la nulidad de la cláusula de elección de ley conforme al art. 90.3 TRLGDCU porque el Derecho elegido no es extranjero y no cabe la analogía. Si hubiera sido extranjero, tampoco hubiera podido invocarse, siempre que el consumidor goce de la mayor protección que le pueda proporcionar la ley de su residencia habitual (art. 6 RRI), *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2013/11/eficacia-de-las-clausulas-sobre.html>; sin perjuicio de que la cláusula pueda ser abusiva, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. en <https://almacenederecho.org/clausulas-ley-aplicable-condiciones-generales-la-contratacion-proposito-del-caso-ryanair>. En el mismo sentido, 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”, *REEI*, 2015, 29.

será la pactada por las partes<sup>38</sup> y corresponderá aplicar la ley española elegida, aunque ofrezca una protección menor que la ley española, la catalana en este caso, en cuyo territorio el consumidor tenga su residencia habitual<sup>39</sup>.

Hipótesis 2.a. Si calificamos el contrato como contrato internacional, es de aplicación el RRI y la ley aplicable será la pactada por las partes (ley portuguesa), sin que pueda ser de aplicación el art. 3.3 RRI, puesto que a los efectos del Reglamento europeo todos los elementos que configuran la situación no están localizados en el momento de la elección en un solo país ya que de conformidad con el art. 22.1 del RRI “cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de determinación de la ley aplicable”<sup>40</sup>.

Hipótesis 2.b. Si calificamos el contrato como contrato interregional, es de aplicación el art. 10.5 CC y la ley aplicable no podrá ser la pactada por las partes ya que la ley portuguesa no tiene conexión alguna con el negocio, y además es una ley extranjera. La ley aplicable será la contenida en el CC estatal.

---

38 En este caso, tampoco se hubiera podido invocar el art. 90.3 TRLGDCU.

39 El art. 10.5 CC no proporciona una respuesta específica para los contratos de consumo y no cabe dispensar la protección prevista conforma a la ley de la residencia habitual del consumidor. *Vid. infra* epígrafe 4.2.1, ap. 29.

40 Artículo 22. Estados con más de un sistema jurídico. 1. Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento. Siguiendo la misma aproximación, MANKOWSKI, P., “Article 3”, en *European Commentaries on Private International Law: Rome I Regulation, op. cit.* nota 32, p. 229, ap. 377, aunque el ejemplo que pone (elección de la ley inglesa en el marco de un contrato vinculado exclusivamente con el Derecho escocés) es desafortunado (más oportuno sería: elección de la ley alemana en el marco de un contrato vinculado exclusivamente con el Derecho escocés) y, desde luego, no se puede proyectar al ámbito español (la elección de la ley catalana en el marco de un contrato vinculado exclusivamente con el Derecho estatal español, no es objeto de regulación por parte del RRI, art. 22.2).

Hipótesis 3.a. Si calificamos el contrato como contrato internacional es de aplicación la ley foral navarra (art. 4.1.b RRI), al tener en este territorio la residencia habitual el prestador del servicio, pero siempre cabe la posibilidad de que se invoque la aplicación de la ley francesa (un contratante tiene la nacionalidad francesa, la persona con la que negoció tenía la misma nacionalidad y el contrato se redactó en francés) con fundamento en el art. 4.3 RRI – con independencia de que prospere su aplicación –.

Hipótesis 3.b. Si calificamos el contrato como contrato interregional, es de aplicación la ley catalana, por haberse celebrado el contrato en Cataluña.

15. Las dudas que puedan suscitarse en todos estos casos deben resolverse *prima facie* partiendo de los parámetros de interpretación del RRI dada su prevalencia frente al art. 10.5 CC. No obstante, es evidente que las claves de interpretación del art. 10.5 CC, o la consideración de la relevancia de los factores que configuran el supuesto de acuerdo con el prisma del art. 10.5 CC, van a determinar las dudas. Así por ejemplo, en la hipótesis 1, la sola nacionalidad extranjera del consumidor quizá no sea relevante desde la óptica del RRI, dado que el consumidor reside en España y las leyes que están en presencia son españolas, la catalana y la estatal. Ahora bien, desde la perspectiva del art. 10.5 CC hay un elemento de extranjería evidente, como es la nacionalidad del consumidor, tanto es así que la nacionalidad, aunque sea la común de ambas partes contratantes, era un elemento determinante para la designación de la ley aplicable. En la hipótesis 2, la mera elección de la ley portuguesa ya convierte en internacional al supuesto, de otra forma no se comprendería la referencia a la situación contemplada en el art. 3.3 RRI, pero es que además, por tratarse de un supuesto internacional, las leyes en presencia, a los efectos del RRI, se van a considerar como leyes



de distintos países (de tal suerte que, paradójicamente, deja de ser un supuesto que quede cubierto por el art. 3.3 RRI). Obsérvese que nos referimos a la ley foral navarra y a la contenida en el CC estatal. Por el contrario, y a la inversa que en la hipótesis 1, el supuesto es a la luz del art. 10.5 CC, interregional y la elección de ley, ineficaz. Por último, en la hipótesis 3, la nacionalidad de una de las partes, de uno de los negociadores, así como la lengua en la que se redacta el contrato<sup>41</sup>, convierten en internacional el contrato y justifican no solo la aplicación de la ley foral navarra sino la eventual aplicación del Derecho francés. En cambio, bajo el prisma del art. 10.5 CC podría argumentarse que la lógica y la economía del contrato suscita un mero conflicto interno de leyes, siendo irrelevante el componente extranjero.

### ***3.2.2. Interrelación entre el RRI y el ordenamiento plurilegislativo español***

16. Cuestión distinta a la anterior es la interrelación entre el RRI y el ordenamiento plurilegislativo. No se trata aquí de dilucidar si nos encontramos ante un supuesto que genera un conflicto de leyes internacional o interno. En este apartado abordamos aquellos contratos que se integran en el ámbito del RRI por generar un conflicto de leyes internacional. La cuestión que se plantea es si existe una correcta articulación entre el RRI y la pluralidad normativa española. El problema estriba en comprobar si la remisión directa prevista en el art. 22.1 RRI es operativa para concretar cuál de los Derechos civiles españoles es de aplicación.

---

41 Aspecto que no sería en absoluto desdeñable, *vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “El idioma en el contrato en el Derecho internacional privado”, *AEDIP*, 2010, 10, pp. 155-182.

17. Con carácter previo debe apuntarse que la problemática derivada del carácter dual civil-mercantil del Derecho privado en España es ajena a la operación localizadora<sup>42</sup>. Esta puntualización es importante porque la misión del RRI no consiste en discriminar si la naturaleza de la relación es mercantil o civil, le basta con que sea o mercantil o civil en los términos del art. 1.1 RRI; lo que se busca principalmente es establecer la ley aplicable a las obligaciones contractuales. La complejidad derivada de la presencia de países con un ordenamiento plurilegislativo se sortea mediante la remisión directa, prevista en el art. 22.1 RRI en virtud del cual se considera a toda unidad territorial como un país a los efectos de determinar la ley aplicable. Se parte, no de los países, sino de las leyes en presencia, se correspondan o no con países=Estados. Ahora bien, al determinar la ley aplicable española a un contrato internacional, el RRI no puede soslayar la particular configuración del ordenamiento plurilegislativo español. La paradoja es que, pese a efectuarse una remisión directa en el proceso para seleccionar la ley aplicable, se tienen en cuenta los condicionantes constitucionales y estructurales que conforman la plurilegislación en España, no como país a los efectos del art. 22.1 RRI, sino como país=Estado soberano. De este modo, siendo la ley española la ley aplicable, las autoridades sujetas al RRI van a aplicar la ley estatal española (si es un contrato mercantil regulado exclusivamente por la ley estatal), la ley estatal española y la ley civil española que corresponda (si es un contrato mercantil regulado *prima facie* por la ley estatal y por la ley civil estatal o autonómica que corresponda en calidad de Derecho civil general o común) o la ley civil española que corresponda (si es un contrato civil, sin perjuicio de que quepa la aplicación supletoria del CC estatal, en caso de que esta ley sea autonómica).

---

42 *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*, nota 18, p. 7, “Entender la distinción entre la remisión al Código civil como Derecho estatal supletorio (por virtud del art. 149.3 in fine de la CE), y como Derecho eventualmente llamado por una norma de conflicto es clave (...)”.

18. Otro aspecto que debe tenerse en cuenta con carácter previo es que la remisión directa impide la aplicación del sistema de Derecho interregional. Las conexiones previstas en el RRI fijarán cuál es la ley que corresponda aplicar y no habrá más “interferencias” que las que deriven de la aplicabilidad de la ley civil española que corresponda. El art. 10.5 CC no es de aplicación. La consecuencia que de ello se deriva es que el alcance espacial de los Derechos civiles españoles en relación a obligaciones contractuales internacionales va a venir determinado por las conexiones contenidas en el RRI, mientras que en relación a los contratos interregionales el ámbito de aplicación espacial va a quedar determinado por el art. 10.5 CC. Esta es una apreciación relevante porque como resultado de la aplicación del Reglamento europeo o del art. 10.5 CC, el régimen sustantivo del contrato o de las obligaciones contractuales puede variar en función del carácter internacional, interregional o meramente interno.

19. Veamos las eventuales dificultades que se suscitan con la aplicación de las conexiones del RRI para la designación de los Derechos civiles españoles.

20. Elección de ley: Como recordatorio previo debe apuntarse que no es preciso que la ley elegida guarde ningún tipo de conexión con el contrato. Dicho algo por todos ya sabido, el principal problema que se puede suscitar en el marco de esta opción consiste en la concreción de la ley española aplicable. Las dificultades que se pueden presentar son dos, a mi juicio.

Como primera dificultad, cabe la posibilidad de que se elija la ley española, genéricamente considerada<sup>43</sup>, sin concretar qué

---

43 Sería elegir como aplicables las “leyes españolas”, cláusula que debería ser tomada como un ejemplo de mala redacción, como lo es la elección de las leyes del Reino Unido (tomo el ejemplo de MANKOWSKI, P., “Article 3”, *op. cit.* nota 40, p. 128, ap. 72).

ley española es la aplicable<sup>44</sup>. En este supuesto debe distinguirse entre aquellos casos sujetos exclusivamente a la ley estatal por tratarse de un contrato mercantil al que no le sea de aplicación supletoria el Derecho civil, cualquiera que este sea, de aquellos supuestos en los que sea de aplicación un Derecho civil español, ya sea porqué el contrato es mercantil y deba ser de aplicación supletorio uno de los Derechos civiles españoles, ya sea porqué el contrato es civil.

Veamos unas hipótesis:

Hipótesis 1: Empresa española que celebra un contrato de agencia con persona residente en Milán para desplegar su actividad profesional de promoción en Italia. El contrato contiene una cláusula de elección de ley en favor de la ley española (genéricamente considerada).

- a. Se suscita un litigio en relación a la comisión que debe percibir el agente como consecuencia de la extinción del contrato.
- b. En el mismo contrato de agencia se establece una cláusula penal y se suscita un litigio relativo a la reducción de la pena convenida.

---

44 El RRI no contempla ni advierte de los problemas de la elección de la ley de un Estado soberano que posee un ordenamiento plurilegislativo (según MANKOWSKI, P., "Article 3", op. cit. nota 40, el problema se ataja mediante el art. 22, p. 183, ap. 241). Por otra parte, cabe observar que, a diferencia del RRI, en el RRIII se llama la atención sobre la cuestión (Reglamento 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *vid.* Cdo. 28, "A falta de normas que designen la ley aplicable, es importante que las partes que elijan la ley del Estado de nacionalidad de una de ellas indiquen al mismo tiempo cuál es la unidad territorial cuya ley han elegido en caso de que el mencionado Estado comprenda varias unidades territoriales, cada una de ellas con su propio sistema jurídico o conjunto de normas aplicable al divorcio.").

Hipótesis 2: Contrato de compraventa de naturaleza civil (téngase en cuenta la exclusión del 326.2 CCom) en virtud del cual una empresa española compra semillas a una empresa holandesa para que aquélla, transcurrido un plazo, le entregue las plantas ya crecidas. La entrega se efectúa fuera del plazo estipulado provocando pérdidas a la mercantil holandesa. El contrato contiene una cláusula de elección de ley en favor de la ley española (genéricamente considerada).

Debe recordarse que la eficacia de la elección de la ley española se valorará conforme al RRI<sup>45</sup>, aunque deba completarse con consideraciones derivadas de la configuración del ordenamiento plurilegislativo español. Ello no compromete la operación localizadora, pero, como ahora se verá (especialmente hipótesis 1.b), condiciona por completo la designación efectuada. A continuación, se exponen las consecuencias de la elección de la ley española en cada una de las hipótesis.

Hipótesis 1.a. La eficacia de la elección de ley no queda comprometida al tratarse de un contrato mercantil típico cuya regulación queda por completo sujeta a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia que contiene un precepto específico para resolver la controversia (art. 13 LCA).

Hipótesis.1.b. La eficacia de la elección de ley queda comprometida al tratarse de un contrato mercantil al que le debe ser de aplicación la legislación civil supletoria. Este contrato, pese a la existencia de la LCA como ley especial, por ser mercantil está potencialmente sometido a la legislación civil supletoria, que es plural, de acuerdo con el criterio que sostenemos, a menos que la

---

45 Sobre las razones subyacentes en la remisión directa, *vid.* FRANZINA, P. "Article 22", *op. cit.*, nota 32, pp. 840-841, ap. 11-16; uniformidad, previsibilidad, conservación de las opciones de política legislativa subyacentes en la localización y armonía internacional de soluciones.

aplicación supletoria del Derecho civil encuentre su fundamento en una de las bases de las obligaciones contractuales (p.ej. art. 1255 CC o art. 1258 CC). Así, si el contrato de agencia contiene una cláusula penal, se plantea un problema que la ley elegida no puede resolver. En efecto, se trata de una cuestión que queda regulada por la legislación civil y en España dos Derechos civiles regulan la cláusula penal, el CC estatal y la CDCFN<sup>46</sup>. Tanto da, a los efectos que se quieren destacar, que ambas legislaciones tengan ahora<sup>47</sup> una regulación prácticamente idéntica puesto que lo se quiere destacar es que aquella elección ya no permite individualizar la ley española aplicable. La pregunta que surge entonces es evidente: ¿la aplicación de algún Derecho civil español, en calidad de Derecho supletorio, a un contrato mercantil regulado por una ley especial deviene ineficaz la elección a la ley española? Desde luego, la respuesta va a depender de que haya un *dépeçage* buscado por las partes contratantes *ex* art. 3.1 *in fine* RRI. Pero si no lo hay, debe llevarse a cabo una interpretación de la cláusula de acuerdo con las reglas de la ley que sería aplicable si la cláusula existiera y fuera válida, de conformidad con la remisión efectuada por el art. 3.5 al art. 10.1 RRI. Así, de acuerdo con esta ley se valorará si las partes acordaron de manera específica la ley rectora del contrato<sup>48</sup>. Se trata, en realidad, de establecer si los datos, indicios y hechos que conforman el contrato (lugar donde se entablaron las negociaciones, lugar de celebración, lugar de ejecución, lugar de residencia habitual de las partes, lugar de la sede social, los términos del contrato, etc.), pero también su clausulado (referencias a instituciones o normas propias de uno de los Derechos civiles españoles), permiten individualizar la

---

46 Respectivamente, arts. 1152 a 1115 CC y Ley 518 CDCFN.

47 No era así antes de la modificación de la CDCFN efectuada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

48 *Vid.* FRANZINA, P. "Article 22", *op. cit.* nota 32, p. 840, ap. 10, nota 5.

ley presuntamente aplicable (la ley hipotéticamente rectora del contrato), para valorar a continuación si de acuerdo con esta ley se puede interpretar que ha habido una elección de ley válida y eficaz.

La cuestión es si este es un tema que queda sujeto a las bases de las obligaciones contractuales<sup>49</sup> y, por tanto, debe resolverse de acuerdo con las reglas de interpretación del contrato previstas en el CC o bien si cabe esta interpretación conforme a las reglas derivadas del Derecho en presencia, sea el CC estatal, el CCCat o la CDCFN<sup>50</sup>. En cualquier caso<sup>51</sup>, si no cabe individualizar la voluntad de las partes de someterse a una concreta ley española la cláusula será ineficaz. Así, a falta de una común intención de someter el contrato a una ley determinada, la elección es ineficaz, y, volviendo a la hipótesis, ello tanto si se suscita una controversia acerca de la cláusula penal como si no, sin perjuicio de que se demostrara que hubo un fraccionamiento, como se dijo, con una elección de ley que no cubriera la cláusula penal u otros ámbitos regidos por la legislación civil en los que exista pluralidad normativa (en cuyo caso nos encontraríamos en la hipótesis 1.a.). La consecuencia es que la ley rectora del contrato queda determinada por la conexión que corresponda en defecto de elección de ley.

Hipótesis 2. La eficacia de la elección de ley queda comprometida al tratarse de un contrato de naturaleza civil al que le puede ser de aplicación tanto el Derecho civil estatal, como el Derecho civil catalán, como el Derecho civil foral navarro, que

---

49 Esta es la posición del magistrado A. MONTOYA MELGAR en su voto particular, *vid.* ap. 5.2, a la STC 132/2019.

50 Respectivamente, art. 1281 a 1289 CC, art. 111-2 CCCat, pero no hace referencia a la interpretación de los contratos, sino a la interpretación e integración del Derecho civil de Cataluña, y Ley 1 y, especialmente, Ley 488 CDCFN.

51 *Vid. infra* mi posición en epígrafe 4.2.1. ap. 28.

poseen disposiciones específicas y distintas respecto, por ejemplo, al régimen sustantivo o a la prescripción. No obstante, como en la hipótesis anterior, si se puede concretar cuál es la ley aplicable, la cláusula surtirá sus efectos localizadores y se aplicará la ley española que deriva del pacto de las partes.

Como segunda dificultad, cabe plantear si la sumisión no la (cursiva) ley española, sino a la “legislación civil común” o a la “ley civil común” o al “Derecho civil común” puede ser interpretada como una sumisión a la ley estatal. Ciertamente, se ha sostenido aquí una “supletoriedad pluridireccional” de la que cabe extraer que el Derecho civil supletorio del Derecho mercantil es el Derecho civil estatal o autonómico que corresponda. No obstante, no cabe ignorar el arraigo que posee la expresión “Derecho civil común” y su identificación con el Derecho estatal. Lo mismo podría afirmarse si la elección se efectúa respecto al “Código civil español” – por oposición al Código Civil de Cataluña – o, quizá más raro, “Código civil estatal”. Por consiguiente, una elección basada en alguna de las expresiones referidas debería interpretarse como una sumisión al Derecho civil estatal, como una sumisión al Derecho civil estatal. Se debería reputar, en consecuencia, su eficacia como cláusula de elección de ley. Naturalmente también desplegaría eficacia la elección de la ley *estatal* española, expresión mucho más clara y precisa en un contexto en el que se yuxtapone el contrato internacional con la pluralidad normativa del ordenamiento español.

Si, por el contrario, se elige la ley catalana o la navarra, la elección no impide, como es lógico, la aplicación de la ley estatal en los ámbitos que le correspondan ser regulados. Me genera, en cambio dudas, si se elige la ley catalana o la navarra – aunque admito que de forma sorprendente – respecto de un contrato mercantil que viene regulado exclusivamente por la legislación



estatal española. Con el fin de preservar las expectativas de las partes, cabría la aplicación de la ley estatal española porque ni la ley autonómica catalana ni la navarra podrían ser de aplicación, sin olvidar que tanto en Cataluña como en Navarra se aplicaría la ley estatal, dada la competencia exclusiva del legislador estatal.

21. Residencia habitual: la aplicación de una ley española puede provenir de la residencia habitual (conexión prevista en los arts. 4, 5 o 6). La conexión, de carácter territorial, no plantea problema para la concreción la unidad territorial española cuya ley deba ser de aplicación. Cabe precisar, sin embargo, que la vecindad civil no puede interferir en la determinación de la ley aplicable. El hecho de que una persona física tenga la residencia habitual en una CA y posea la vecindad civil de otra CA no impide la aplicación de la ley de la CA en la que tenga su residencia habitual, siempre obviamente que esta CA tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales. Esta afirmación vale igualmente para las personas jurídicas, cuya vecindad civil es inexistente o difícil de establecer, porque a efectos del RRI lo que hay que considerar es el lugar de su administración central. En este sentido, el factor relevante para la determinación de la ley aplicable es la administración central, no la sede social<sup>52</sup>.

22. Cláusula de escape: respecto a la existencia de vínculos manifiestamente más estrechos (art. 4.3) como mecanismo para determinar la aplicación de una ley española en un contrato internacional, varias consideraciones pueden verse.

---

52 Puntualización a tener en cuenta, especialmente desde el Real Decreto-ley 15/2017, de 6 de octubre, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional. Por otra parte, *vid.* DE LIMA PINHEIRO, L., "Article 19", en *European Commentaries on Private International Law: Rome I Regulation*, *op. cit.* nota 32, p. 806, ap. 25 a 26, y p. 809, ap. 38, apunta que en la medida en que el lugar de la administración central no coincida con el lugar del establecimiento principal puede interpretarse que la ley del lugar donde tiene la sede social la persona jurídica en cuestión es la aplicable.

En primer lugar, la cláusula de escape puede ser operativa para evitar la aplicación de una ley española en beneficio de otra ley española. Basta con que se trate efectivamente de un contrato internacional, en caso contrario no es de aplicación el RRI. En efecto, la remisión directa concebida en el art. 22 y la consideración de países, a los efectos del RRI, de las unidades territoriales con normas jurídicas propias en la materia, permite llegar a esta conclusión. Luego, es posible que la parte que realiza la prestación característica tenga su residencia habitual, o que el inmueble esté situado, en territorio de Derecho común y que, por efecto de la cláusula de escape, sea de aplicación la ley catalana si se desprende claramente del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con Cataluña. En segundo lugar, la ley estatal no tiene por sí misma una *vis atractiva* superior a la de las leyes autonómicas, pese a su vigencia territorial en todo el Estado lo que hay que tener presente es su vinculación, en términos de eficacia territorial, con el contrato internacional. En otras palabras, si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con Navarra, entendido como país a los efectos del RRI, la ley aplicable no es la estatal española, sino la navarra, siempre que en la legislación navarra existan normas jurídicas propias aplicables al contrato internacional. En tercer lugar, en la medida en que el contrato hubiera de quedar sujeto únicamente a la legislación estatal por su competencia exclusiva, los vínculos manifiestamente más estrechos se darán con España, con independencia de la o de las CCAA en la o en las que se constate esta vinculación más estrecha. En cuarto lugar, la lengua del contrato tampoco va a tener por sí misma un impacto definitivo. La redacción en lengua catalana o vasca en la contratación internacional va a ser algo menos que anecdótica. La redacción del contrato internacional en castellano puede ser mucho más frecuente, especialmente si tenemos en cuenta el ámbito latinoamericano, pero ello no determina necesariamente

que el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con la legislación estatal. El contrato puede estar redactado en castellano y presentar vínculos manifiestamente más estrechos con Cataluña o puede estar redactado en catalán, aunque sea una hipótesis lo destaco como elemento de comparación, y presentar vínculos manifiestamente más estrechos con las Islas Baleares o con la Comunidad Valenciana.

23. Las consideraciones anteriores, salvo la primera, pueden extenderse a la conexión de los vínculos más estrechos contemplada en el art. 4.4.

#### **4. EL ARTÍCULO 10.5 CC**

24. El tráfico interregional queda sujeto a la norma de conflicto correspondiente del sistema de Derecho interregional. Como es sabido, el precepto fue adoptado en 1974 en un momento en que la pluralidad normativa en materia contractual era muy limitada. Cabe deducir que muy posiblemente la norma no fue concebida para regular el tráfico interregional, sino el internacional. y, sin lugar a dudas, el art. 10.5 CC se adoptó en un momento en que difícilmente se podía anticipar la actual configuración del ordenamiento plurilegislativo español. Por esta razón, delimitaremos el ámbito material de la norma (4.1) y se procederá posteriormente a analizar la operatividad de sus conexiones en el plano interregional (4.2).

##### **4.1. Delimitación del ámbito material**

25. La aplicación del precepto depende de que la situación genere un conflicto de leyes interregional, pero, como se ha puesto

de manifiesto<sup>53</sup>, la delimitación de un contrato internacional frente a un contrato interregional no siempre es tan evidente. Depende, en particular, de que el conflicto de leyes surja “por la coexistencia de distintas legislaciones civiles”, conforme al art. 16 CC<sup>54</sup>. La pluralidad normativa se reduce al ámbito civil y no se extiende a otros ámbitos, en particular el mercantil. Esta es una característica que se impone además por las normas de reparto de la competencia legislativa previstas en la CE. El art. 10.5 CC se aplica, en consecuencia, a conflictos de leyes que se susciten respecto de contratos de naturaleza civil. La legislación mercantil es de competencia exclusiva del legislador estatal y, por tanto, el conflicto interno de leyes no va a producirse en relación a contratos de naturaleza mercantil regidos por la legislación mercantil. Ahora bien, como vimos, si el contrato, aunque sea de naturaleza mercantil, queda sujeto a la legislación civil por su carácter supletorio y la supletoriedad es pluridireccional (distintos Derechos civiles españoles son llamados por estar en presencia), el art. 10.5 CC será de aplicación para determinar cuál de ellos es el aplicable.

26. La delimitación del ámbito material del art. 10.5 CC no queda sujeta a las exclusiones o limitaciones que cabe establecer en el art. 1.2 RRI. No obstante, será necesario efectuar una labor

---

53 *Vid. supra* epígrafe 3.2.

54 Si el conflicto de leyes es inexistente, la concurrencia normativa se resolverá mediante las reglas de preferencia y supletoriedad. *Vid.* STSJCAT 26.5.2011 (ECLI: ES:TSJCAT:2011:6728), al respecto *vid.* BAYOD LÓPEZ, M.C. y PÉREZ MILLA, J.J. “Competencia, preferencia, supletoriedad y conflictos internos de leyes españolas. Reflexiones a la sentencia 22/2011 de 26 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”, *RDCA*, 2011, XVII, pp. 207-226; STSJCAT 12.9.2011 (ECLI: ES:TSJCAT:2011:9602), 10.4.2014 (ECLI: ES:TSJCAT:2014:4523), todas ellas en materia contractual. En materia de derechos reales, puede citarse la STJAR 15.9.2016 (ECLI: ES:TSJAR:2016:1057), en este caso por falta de normas en el Derecho civil propio. Esta doctrina no se aplica, en cambio, si la situación presenta un conflicto de leyes, *vid.* STJCAT 14.3.2019 (ECLI: ES:TSJCAT:2019:2158).

calificatoria<sup>55</sup> para deslindar el alcance del art. 10.5 CC frente a otras normas de conflicto contenidas en el sistema de Derecho interregional<sup>56</sup>. Posiblemente la cuestión que pueda generar más controversia es la de la selección de la norma de conflicto aplicable a los efectos patrimoniales de las parejas de hecho<sup>57</sup>. A mi juicio todo ello debe realizarse siguiendo una calificación autónoma<sup>58</sup>

---

55 El art. 12.1 CC, aplicable también a supuestos interterritoriales en virtud del art. 16.1 CC, aboga por llevar a cabo la calificación (y la interpretación de la norma de conflicto) de acuerdo con la ley española, referencia que debe entenderse a la pluralidad española, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Artículo 12, apartado 1”, en ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, Artículos 8 a 16 del Código civil, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 842-880.

56 Como ejemplo de las dificultades que pueden darse, la calificación de la condición resolutoria explícita pactada en garantía del precio aplazado, que determinó resoluciones contradictorias (DGRN Resolución núm. 15554/2019, de 29 agosto 2019; *BOE* núm. 261, de 30 de octubre de 2019, pp. 120202 a 120256 y DGDEJ Resolución JUS/2185/2019, de 25 de julio; *DOGC* núm. 7934, de 7 de agosto de 2019). Para un comentario conjunto de ambas resoluciones *vid.* FONT I SEGURA, A., “Una necesaria calificación por la función de la norma de conflicto en derecho interterritorial”, en “Crónica de Derecho Interterritorial” (coord. FONT I SEGURA y ARENAS GARCÍA, R.), *AEDIP*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 633-638. Las dificultades de calificación y delimitación entre el estatuto contractual y el estatuto real también pueden provenir en los contratos de préstamo con garantía real, *vid.* Heredia Cervantes, I., “Artículo 10.1” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros, *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 251.

57 *Vid.* PÉREZ MILLA, J.J.J., “Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y reglamentos de la Unión Europea: respondiendo a problemas complejos”, *RDC*, 2019, XXV, pp. 141-142, partidario de una calificación contractual o extracontractual; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2020, pp. 517-518, pero solo para las uniones no registradas; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2016, p. 184, por el contrario, partiendo del art. 9.1 CC; también URRUTIA BADIOLA, A. y IRIARTE ÁNGEL, F., “La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco”, *Bitácora. Millenium*, 2018, 7, aunque bajo el prisma de la Ley 2/2003 del País Vasco.

58 *Vid.* FONT I SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007, pp. 134-143, especialmente pp. 141-143. Se ha defendido, por el contrario, que debe llevarse una calificación *ex lege causae*, *vid.*

– tomando como referencia los distintos regímenes existentes en la pluralidad legislativa española y ahondando en sus principios materiales – y una calificación por la función de la norma de conflicto, basada en los principios estructurales que configuran la pluralidad normativa y su regulación conflictual<sup>59</sup>, así como los principios materiales sobre los que reposan las normas de conflicto (en materia contractual, la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta además el margen que proporciona la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases de las obligaciones contractuales en el ámbito interregional<sup>60</sup>, y la seguridad del

---

CASANOVAS Y LA ROSA, O., “El derecho interregional e interlocal”, *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, 1973, p. 227; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, UAB, 1984, pp. 33-34, refiriéndose a la *lex litis* o *lex civilis litis*.

- 59 Así, el principio de unidad del ordenamiento (materializados en la reserva de competencia exclusiva al Estado prevista en el segundo inciso del art. 149.1.8<sup>a</sup> CE), el principio de uniformidad del sistema de Derecho interregional, el principio de paridad de los distintos Derechos civiles españoles en orden a garantizar la pluralidad, el principio de seguridad jurídica o los principios materiales que se derivan del texto constitucional (valores fundamentales como el derecho a la igualdad, o principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia o la protección de los consumidores, etc.).
- 60 Así, del mismo modo que CUARTERO RUBIO, V., *loc. cit.*, nota 6, mantiene que la competencia para legislar en materia de derecho interregional debe ponerse en conexión con el art. 149.1.6 CE, por lo que se refiere a la legislación procesal, cabe mantener lo mismo respecto a las bases de las obligaciones contractuales y a la legislación mercantil. Así lo entiende el TC, FJ<sup>o</sup> 2, STC 236/2000, de 16 de octubre de 2000 “ha de tenerse presente que el art. 149.1.8 CE, al configurar una «garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política» de las Comunidades Autónomas donde exista un Derecho civil propio, foral o especial (STC 88/1993, de 12 de marzo), y atribuir a éstas la competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, ha admitido que entre los diferentes Derechos civiles coexistentes en España pueden surgir conflictos o contradicciones normativas respecto a una misma materia, pues en el mismo precepto ha reservado al Estado la competencia exclusiva para dictar «las normas que resuelvan los conflictos de leyes». Y, por la generalidad de esta expresión, tal competencia ha de entenderse que se extiende tanto a los conflictos con las leyes civiles de otros Estados como a los llamados conflictos internos, esto es, los que pueden surgir entre las distintas legislaciones civiles vigentes en territorio español.”. En el mismo sentido, el Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de enero de 2015 al Anteproyecto

tráfico jurídico, serían posiblemente los principios angulares). En base a todo ello, puede señalarse por ejemplo que no parece que el art. 10.5 CC tenga por función regular los efectos patrimoniales de las parejas de hecho<sup>61</sup>, mientras que sí puede apreciarse esta función en el ámbito del art. 9.1 CC, considerando especialmente el derecho al libre desarrollo a la personalidad previsto en el art. 10.1 CE y la noción de familia que se deduce del art. 39 CE. Otra cuestión que va a suscitar controversia, y que afecta al ámbito material del art. 10.5 CC, es la de la cesión de créditos<sup>62</sup>, sobre cuya constitucionalidad va a pronunciarse el TC a raíz de la regulación incluida sobre este ámbito en la Ley 511 CDCFN<sup>63</sup>.

---

de Ley del Código Mercantil “En consecuencia, la legislación mercantil tiene importantes contribuciones que efectuar a la adecuada regulación del tráfico y al desenvolvimiento de los mercados, al igual que las ha de hacer la regulación civil de la base de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes, la determinación de las fuentes del Derecho, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas y la ordenación de los registros y documentos públicos. Dicho en otros términos, las competencias legislativas que corresponden al Estado en relación con la legislación civil y la mercantil contribuyen a asegurar un marco jurídico privado unitario.”

- 61 La RDGRN de 10 de mayo de 2017, aunque en un supuesto internacional, considera “indudable el carácter familiar de la unión de hecho”, y sitúa en el marco del art. 9.1 CC la falta de manifestación, en la escritura pública, por la vendedora, soltera y británica, de que no se integra en alguna “civil partnership”, de las contempladas en su Derecho.
- 62 En la práctica el conflicto de leyes se genera especialmente en relación al retracto de créditos litigiosos, cuya ley rectora es la aplicable a la relación obligacional subyacente, *vid.* GARCÍA GARCÍA, A., “Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, 774, pp. 1847-1850. Con una aproximación similar, aunque en relación a la notificación de la cesión del crédito hipotecario, *vid.* SANTDIUMENGE FARRÉ, J., “La notificación de la cesión del crédito hipotecario del artículo 569-28.2”, *La Notaria*, 2018, 1, pp. 7-14, sujetando el eventual deber de notificación a lo previsto en la ley por la que se rige el crédito que es objeto de cesión. *Vid.* también CARRASCO PERERA, A., “Conflicto de leyes interregionales y ley aplicable al retracto o redención de créditos cedidos”, *Análisis GA\_P*, 2018, pp. 1-6.
- 63 *Vid.* recurso de inconstitucionalidad n.º 315-2020, contra el artículo 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. Parte de la jurisprudencia ha apuntado tradicionalmente, al considerar la Ley 511, que la cesión de créditos

El punto a debatir va a ser el de establecer si ello constituye una cuestión a regular por las bases de las obligaciones contractuales, en cuyo caso la regulación sería unitaria y no generaría conflictos internos de leyes.

## **4.2. Operatividad de sus conexiones en el plano interregional**

27. Más allá de las críticas al art. 10.5 CC<sup>64</sup>, se apuntarán brevemente los inconvenientes que el precepto puede tener en la regulación del tráfico interregional.

### **4.2.1. Autonomía conflictual**

28. La autonomía conflictual prevista en el art. 10.5 CC queda restringida por dos límites. Por una parte, la exigencia de que sea expresa. La sumisión tácita no está, en consecuencia, prevista en el precepto. Esta restricción no es aconsejable en el comercio internacional, pero quizá sea conveniente mantenerla en el tráfico jurídico interregional con carácter provisional y coyuntural. La consciencia de la sumisión a un Derecho debe ser plena y, en el actual estadio de la pluralidad normativa en

---

constituye una de las bases de las obligaciones contractuales; p.ej. AAP NA 431/2019 (ECLI: ES:APNA:2019:431A), AAP NA 403/2019 (ECLI: ES:APNA:2019:403A), AAP NA 404/2019 (ECLI: ES:APNA:2019:404A), AAP NA 401/2019 (ECLI: ES:APNA:2019:401A) o las SS SAP NA 846/2017 (ECLI: ES:APNA:2017:846), SAP NA 148/2009 (ECLI: ES:APNA:2009:148). No obstante, también se considera su aplicación si el supuesto es civil; p.ej. AAP NA 545/2019 (ECLI: ES:APNA:2019:545A), AAP NA 5/2019 (ECLI: ES:APNA:2019:5A), o incluso sin consideración de su naturaleza, civil o mercantil AAP NA 414/2019 (ECLI: ES:APNA:2019:414A), auto en el que se aplica el art. 10.5 CC, con apoyo en el art. 14.2 RRI para su interpretación por analogía.

64 Sobre el art. 10.5 CC *vid.* por todos VIRGÓS SORIANO, M., *op. cit.* nota 31.



el ordenamiento español, en el que la pluralidad en materia contractual se sitúa todavía en un punto de desarrollo, e incluso de cierta inestabilidad, parece razonable que esta restricción no sea objeto de alteración. Una plena asunción de la pluralidad, y la correspondiente información y previsión, determinarían retirar esta restricción que, en cambio, hoy por hoy parece prudente mantener, introducir punto y aparte y comenzar nuevo párrafo no numerado con “por el contrario,”. Por el contrario, *de lege ferenda* no cabe sostener la segunda restricción contenida en el art. 10.5 CC cuando exige la existencia de una “conexión” entre la ley a la que se hayan sometido las partes y el negocio de que se trate. Este límite, si ya fue objeto de crítica respecto a la contratación internacional<sup>65</sup>, resulta más absurdo aún en la contratación interregional. Si, como se ha expuesto, partimos de un sistema de Derecho interregional que debe estar construido sobre parámetros constitucionales y en conexión con el resto de materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva conforme al art. 149.1.8 CE, y entre ellas las reglas sobre las bases de las obligaciones contractuales, es evidente que esta restricción no tiene ninguna razón de ser. Una modificación del precepto debería suprimir este límite. En cualquier caso, *de lege lata* cabe apuntar que la supletoriedad, sea de primer o segundo grado, del CC no avala por sí misma una conexión en el sentido del primer inciso del art. 10.5 CC. con el Derecho civil contenido en el CC. Por otra parte, la supresión de esa exigencia debería ir acompañada de una cláusula de protección de la competencia legislativa. El sentido debería ser similar al del art. 3.3 RRI, reduciendo la elección de ley a una mera autonomía material cuando todos los elementos pertinentes de la situación estén situados en uno de los territorios con Derecho civil propio en materia de obligaciones contractuales. En caso contrario, supuestos meramente domésticos se sustraerían

---

65 Sobre el grado de vinculación *vid.* VIRGÓS SORIANO, M., *op. cit.* nota 31.

a las normas imperativas<sup>66</sup> de la ley con la que la situación está exclusivamente vinculada.

29. Cabe realizar unos apuntes finales, sin ánimo de ser exhaustivo.

Primero, la elección de la ley española genéricamente considerada es, en principio, ineficaz. No obstante, como se ha puesto de relieve para los supuestos internacionales, debe analizarse la validez y eficacia de la cláusula de elección de ley y cabe establecer la ley aplicable al *pacto de lege utenda*. El problema es que, a diferencia del RRI, no hay una previsión específica en el art. 10.5 CC, pero cabe concluir que en desarrollo de la lógica de esta disposición la respuesta podría ser la misma que la que prevé el RRI. Ahora bien, en supuestos interregionales debería valorarse si el régimen jurídico del acuerdo de elección, referido tanto a la exigencia de un acuerdo real como a la forma y a la formación y la validez intrínseca del pacto, no constituye un ámbito que deba quedar cubierto por las bases de las obligaciones contractuales. La relevancia y las consecuencias que se derivan del acuerdo de elección de ley así lo aconsejarían.

Segundo, la elección parcial es admisible en el art. 10.5 CC<sup>67</sup>, y es además aconsejable mantener esa posibilidad en una eventual (necesaria, en realidad) modificación de la norma, especialmente si tenemos en cuenta que las partes pueden tener la voluntad de que una cláusula o un aspecto (p.ej. la prescripción o la caducidad) quede regulado por un determinado Derecho español. La elección de uno de los Derechos civiles españoles en su condición de Derecho supletorio a un contrato mercantil no

---

66 Nos referimos a las normas de *ius cogens*, no a las normas de aplicación necesaria o inmediata, que no tienen lugar en el tráfico interregional más allá de su inclusión en las bases de las obligaciones contractuales.

67 *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., *op. cit.* nota 31.

sería, en cambio, una elección parcial.

Tercero, el art. 10.5 CC no prevé aplicar la protección que le dispensa al consumidor la ley de su residencia habitual cuando sea otra la ley elegida, como sucede en el RRI. En realidad, el art. 10.5 CC no contempla una previsión específica relativa a los contratos de consumo<sup>68</sup>. Podría alegarse que esta perspectiva es asumible en un mercado único en el que la protección de los consumidores va a mantenerse siempre dentro de una cierta homogeneidad. La opción es perfectamente sostenible, pero no tiene en cuenta las expectativas del consumidor, ni permite afianzar las normas imperativas establecidas en el Derecho en el que tiene la residencia habitual el consumidor. Por ello, debería valorarse la propuesta efectuada en el *Observatori de Dret privat de Catalunya*<sup>69</sup> conforme a la cual la ley aplicable a los contratos de consumo será la del lugar de celebración y, si es un contrato de consumo entre ausentes, la ley aplicable será la de la residencia habitual del consumidor si la otra parte del contrato ha realizado una oferta al consumidor o publicidad en el territorio en el que reside el consumidor. Si no ha existido dicha oferta o publicidad el contrato se regirá por lo establecido la elección expresa, en su defecto por la ley de la residencia habitual de la parte que realiza la prestación característica y, si no puede determinarse la ley aplicable, se aplicará la ley más estrechamente vinculada.

---

68 La ausencia de norma fuerza a una analogía con el RRI, *vid.* SAP M 17059/2018 (ECLI: ES:APM:2018:17059) y la nota de PARADELA AREÁN, P. “Un caso clínico entre el Fuero Nuevo y el Código civil: nota a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de diciembre de 2018”, *Dereito*, vol. 29, 1, pp. 159-160 y de FONT I SEGURA, “Obligaciones y derechos reales”, en “Crónica de Derecho Interterritorial” (coord. FONT I SEGURA y ARENAS GARCÍA, R.), *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 612-615.

69 *Materials del Grup de Treball de Dret Interregional; Observatori de Dret Privat de Catalunya*, 2008-2009. Lamentablemente la propuesta, que puede ser consultada en <http://conflictuslegum.blogspot.com/2010/06/materiales-del-grupo-de.html>, no prosperó.

A mi modo de ver, la única previsión que incorporaría a esta propuesta es la necesidad de que el consumidor sea informado de la ley aplicable y de los derechos que le corresponden, tanto si hay elección de ley como si no<sup>70</sup>. Una modificación del art. 10.5 CC exige una reflexión acerca del trato que debe procurarse al consumidor en el tráfico jurídico interregional<sup>71</sup>.

Cuarto, la elección negativa expresa puede admitirse. Sin perjuicio de los problemas que pueda suscitar con carácter general, en el tráfico jurídico interregional puede ser conveniente dado el reducido número de Derechos civiles en presencia. Va a suceder con frecuencia que el supuesto esté vinculado únicamente a dos Derechos civiles españoles y que baste con manifestar una clara voluntad de que las partes no quieren que se aplique uno de los dos Derechos. La elección negativa expresa debe referirse, conforme a la actual redacción del art. 10.5 CC, a un Derecho con el que el negocio presente “alguna conexión”, de lo contrario se tendrá por no puesta (aunque lo cierto es que no tiene la menor relevancia práctica). En cambio, no cabe, ni pienso que deba caber si se procede a una reforma del precepto, una elección negativa implícita<sup>72</sup>.

---

70 Plantear una eventual nulidad de la cláusula de elección de ley, tal y como está previsto para supuestos internacionales en el art. 90.3 TRLGDCU, sería un despropósito. La inclusión de la elección de ley en las cgc no plantea problema alguno, siempre que el consumidor esté debidamente informado y no constituya una cláusula abusiva.

71 *Vid.* FORNER DELAYGUA, J.J., “El Reglament europeu sobre llei aplicable a les obligacions contractuales (Roma I): aplicabilitat espacial de la normativa elaborada a Catalunya en materia de contractes”, en *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona (coord.), Girona, 2019, pp. 54-55, sugiriendo la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, salvo que se elija una ley española distinta.

72 La elección negativa implícita se contempla en el ámbito del arbitraje, por ausencia de cláusula de elección de ley, *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *AEDIP*,

Quinto, las cláusulas flotantes de elección de ley, admisibles aparentemente de conformidad con el art. 10.5 CC, no creo, en cambio, que deban admitirse en una aconsejable modificación de la norma. Este tipo de cláusulas, vinculadas al inicio de un procedimiento judicial o arbitral, tienen el objetivo de asegurar que se va a aplicar la *lex fori*<sup>73</sup>, pero esta finalidad no tiene sentido en un ámbito, como el interregional, en el que hay unidad de jurisdicción<sup>74</sup>. La elección de la ley respectiva del demandante o de la ley respectiva del demandado se debe desaconsejar por motivos prácticos, pero *de lege ferenda* también cabría plantear su falta de oportunidad a la luz de la estructura del sistema<sup>75</sup>.

---

2004, T. IV, pp. 45-49. Con carácter general, en la contratación internacional, *vid.* MANKOWSKI, P., “Article 3”, *op. cit.* nota 40, p. 207, ap. 308; igualmente, LEIBLE, S., “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, 2011, vol. 3, 1, p. 222.

- 73 *Vid.* MANKOWSKI, P., “Article 3”, *op. cit.* nota 40, p. 220, ap. 344-347.
- 74 *Vid.* FONT I SEGURA, “Principio de territorialidad y aplicación del Derecho civil catalán. Nota a la Sent. AP de Barcelona de 1 de febrero de 2010”, *AEDIPr*, T. X, pp. 1177-1181; ARENAS GARCÍA, R., “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *AEDIPr*, T. X, pp. 547-593. También en FONT I SEGURA (Ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo / L'aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Atelier, Barcelona, 2011; ARENAS GARCÍA, R., “Pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español”, pp. 51-83; FORNER DELAYGUA, J., “La aplicación del Derecho catalán como Derecho español en los supuestos internacionales”, pp. 101-110; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Determinación del ámbito personal y territorial del Derecho civil catalán (o sobre la competencia compartida en materia de Derecho civil catalán)”, pp. 85-93. Igualmente, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *loc. cit.*, nota 18.
- 75 El riesgo de que se propicien confusiones puede ser elevado, como la que atisba en la SAP M 8111/2014 (ECLI: ES:APM:2014:8111), en relación a la prescripción de una acción contractual, se declara “No se cuestiona la ley que ha de regir el proceso (seguido en Madrid en virtud del fuero del domicilio de la demandada, artículo 51 de la ley procesal civil), sino la ley que ha de regir la extinción de la obligación por prescripción, resultando que el contrato se celebró en Cataluña, la prestación se ejecutó en Cataluña y es Cataluña el lugar del pago (la cuenta corriente de la actora como domicilio)”.

### **4.2.2. Estatuto personal común**

30. El art. 10.5 CC recurre al estatuto personal común, sea la ley nacional (vecindad civil) común, sea la residencia habitual común, como conexiones que actúan una en defecto de la otra si no ha habido elección de ley.

#### **4.2.2.1. La vecindad civil común**

31. La vecindad civil no es una conexión adecuada para la contratación interregional. Si en familia y sucesiones ya suscita inconvenientes esta conexión, por la falta de conocimiento e información, mayores problemas presenta en materia contractual. No obstante, el principal inconveniente en este ámbito estriba en que se desconoce cuál es la vecindad civil de las personas jurídicas<sup>76</sup>. Los arts. 14 y ss. CC no prevén la posibilidad de que una persona jurídica pueda tener vecindad civil. En la práctica, alguna resolución aboga por el domicilio social<sup>77</sup>, en cambio, la Ley 12 CDCFN<sup>78</sup> opta por el domicilio – aunque solo para las personas jurídicas que lo tengan en Navarra –. Cabría preguntarse si esa vecindad civil se corresponde con el domicilio social, con el domicilio, con el lugar de la administración central o con el

76 Poniéndolo de manifiesto, *vid.* VAQUER ALOY, A., “Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho Privado*, 1996, t. 80, pp. 615-634.

77 P. ej. STSJ CAT 14.3.2019 (ECLI: ES:TSJCAT:2019:2158), FJº 3.4 (“domicilio social en el caso de las personas jurídicas”). Aunque puede citarse también la RDGRN núm. 15554/2019, de 29 agosto 2019, BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2019, advirtiendo el problema de la determinación de la vecindad civil.

78 Objeto de recurso de inconstitucionalidad, n.º 315-2020, contra el artículo 2 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. El TC tiene la oportunidad de lanzar otra advertencia al legislador estatal.

lugar del establecimiento principal<sup>79</sup>. No hay tampoco referencia alguna a los establecimientos secundarios.

#### **4.2.2.2. La residencia habitual común**

32. De nuevo, la determinación de la residencia habitual presenta problemas en relación a las personas jurídicas, podríamos preguntarnos si es el lugar de la administración central, el lugar del establecimiento principal o el centro efectivo de actividades. Sin duda, urge aquí también un pronunciamiento legislativo.

#### **4.2.3. Lugar de celebración del contrato**

33. El lugar de celebración del contrato puede ser fortuito y no guardar ninguna vinculación con la dinámica y economía del contrato, torciendo por ello las expectativas de las partes<sup>80</sup>. En el contrato entre ausentes, se presume la aplicación de la ley del lugar donde se hizo la oferta o lugar donde el profesional tiene su establecimiento o centro de actividades, *ex* 1.262 CC<sup>81</sup>. No obstante, si el contrato se celebra por vía electrónica deben aplicarse las presunciones establecidas en el art. 29 LSSIyCE<sup>82</sup>.

---

79 *Vid.* FONT I SEGURA, “Obligaciones y derechos reales”, *loc. cit.*, nota 68. Destacando que la vecindad civil de las personas jurídicas es inexistente, *vid.* PARADELA AREÁN, P., *loc. cit.*, nota 68.

80 No se dice nada nuevo si se propone su desaparición, salvo en los contratos de consumo entre presentes en el que se propone el lugar de celebración del contrato en base al principio de previsibilidad y en garantía de las expectativas del consumidor.

81 *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989, p. 90 y ss.

82 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico: Art. 29 Lugar de celebración del contrato. Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor,

#### **4.2.4 Las reglas especiales**

##### **4.2.4.1. Contratos relativos a bienes inmuebles**

34. La previsión contemplada resulta adecuada a las expectativas y necesidades del tráfico interregional.

##### **4.2.4.2. Compraventas de muebles corporales**

34. La previsión contemplada resulta adecuada a las expectativas y necesidades del tráfico interregional si interpretamos que la ley aplicable es la “ley del vendedor”<sup>83</sup>, pero precisa de una mejor redacción técnica. Adviértase que se refiere únicamente a la compraventa de bienes muebles corporales y que, por tanto, contratos como la compraventa de acciones o participaciones quedan sujetos al art. 10.5.I CC.

### **5. BREVES REFLEXIONES**

36. La pluralidad normativa en materia contractual está sometida a unos límites y condicionantes que no permiten trazar con precisión el ámbito en el que ésta se despliega. No obstante, debe advertirse que la mayor de las dificultades no proviene de la configuración constitucional, sin dejar de apreciar los problemas interpretativos que alguno de sus preceptos pueda generar, sino de la parálisis del

---

se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.// Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

83 *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M., *op. cit.* nota 31.



legislador estatal para afrontar la pluralidad normativa. En materia contractual, la necesidad de su intervención pasa por adoptar unas reglas claras sobre las bases de las obligaciones contractuales. Del mismo modo que puede decirse que no debe temerse la regulación de las bases de las obligaciones contractuales, debe afirmarse también que no debe dar miedo la pluralidad normativa. La adopción de una Ley de Derecho interregional permitiría conjugar un ejercicio común de la competencia exclusiva del Estado, tanto para establecer esas bases como para articular un sistema para resolver los conflictos internos de leyes. Ello parecería particularmente relevante por lo que se refiere a las cláusulas de elección de ley y a la protección de los consumidores.

La adopción de un auténtico sistema de Derecho interregional debería de considerar, en lo que se refiere a las obligaciones contractuales, su correcta delimitación frente al RRI, buscando soluciones que permitan una sintonía entre ambos instrumentos. Ahora bien, las particularidades del tráfico jurídico interregional, derivadas de una heterogeneidad mucho menos intensa que la que se da en el tráfico jurídico internacional, tanto en términos cuantitativos como en términos cualitativos, podrían comportar soluciones sensiblemente diferentes en uno y otro plano. Resulta necesario un estudio en profundidad, ciertamente, pero es aún más necesario que el legislador estatal ejerza con responsabilidad la competencia que le ha sido conferida con carácter exclusivo.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, M., “La prescripción en el derecho civil de Cataluña: ¿es aplicable la normativa catalana solamente cuando existe regulación propia de la pretensión que prescribe?”, *InDret*, 2011, 2.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña. ¿Incidente o punto de inflexión?”, *REDI*, 2020, 2, pp. 313-320.

----, “Sobre la aplicación de convenios internacionales y reglamentos europeos en derecho interregional”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 127-161.

----, “La prescripción en el Código Civil de Cataluña y los conceptos de *lex fori* y Derecho común dentro del pluralismo jurídico español”, *InDret*, 2012, 1.

----, “Determinación del ámbito personal y territorial del Derecho civil catalán (o sobre la competencia compartida en materia de Derecho civil catalán)”, en FONT I SEGURA, A. (Ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo / L'aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 85-93.

----, “Artículo 12, apartado 1”, en Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, Artículos 8 a 16 del Código civil, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 842-880.

AÑOVEROS TERRADES, B., “El espacio judicial europeo”, en “Crónica de Derecho Privado Europeo”, coord. MORALES MORENO, M. y ARROYO AMAYUELAS, E., *ADC*, 2006, vol. 59, 3, pp. 1348-1351.

ARENAS GARCÍA, R., “La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional”, “Crónica de Derecho Interterritorial” (coord. FONT I SEGURA, A. y ARENAS GARCÍA, R.), *AEDIPr*, 2019-2020, pp. 640 y ss.

----, “Pluralidad de Derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español”, en FONT I SEGURA (Ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo / L'aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 51-83.

----, “Condicionantes y principios del Derecho interterritorial español actual: desarrollo normativo, fraccionamiento de la jurisdicción y perspectiva europea”, *AEDIPr*, T. X, 2010, pp. 547-593.

BADOSA COLL, F., “El caràcter de dret comú del Codi Civil de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 8, pp. 19-46.

BAYOD LÓPEZ, M.C. y PÉREZ MILLA, J.J., “Competencia, preferencia, supletoriedad y conflictos internos de leyes españolas. Reflexiones a la sentencia 22/2011 de 26 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña”, *RDCa*, 2011, XVII, pp. 207-226.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Presentación del Anteproyecto de Código mercantil”, en *Hacia un Nuevo Código Mercantil*, coord. A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 37-54.

----, “La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación”, *RDM*, 2013, 289, pp. 35-42.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXIV, 1995, pp. 282-286.

----, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, t. 249, 1994-V, pp. 145-368.

----, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Bellaterra, UAB, 1984.

BOSCH CAPDEVILA, E., “Introducción”, en *Derecho contractual europeo, problemática, propuestas y perspectivas*, dir. BOSCH CAPDEVILA, E., coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña, ed. BOSCH, 2009, pp. 23-29.

CALATAYUD SIERRA, A., “Dos sistemas de solución de conflictos: sus diferencias y su encaje”/, en *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Calvo Vidal, I. (Coord.), Consejo General del Notariado, 2014, pp. 123-149.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Article 2”, en *European Commentaries on Private International Law: Rome I Regulation – Commentary*, vol. II, (ed.) MAGNUS, U.; MANKOWSKI, P., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 82-87.

----, *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, Granada, 2016.

CARRASCO PERERA, A., “Conflicto de leyes interregionales y ley aplicable al retracto o redención de créditos cedidos”, *Análisis GA\_P*, 2018, pp. 1-6.

CASANOVAS Y LA ROSA, O., “El Derecho interregional desde una nueva perspectiva”, *REDI*, 1987, 2, pp. 477-486.

----, “El derecho interregional e interlocal”, *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, 1973, p. 227.

CUARTERO RUBIO, V., “El título competencial en materia interregional en el contexto de una plurilegislación civil en crecimiento”, *Derecho Privado y Constitución*, 36, 47-78.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “El término Derecho común en el Código de comercio. Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo”, *ADC*, 1969, vol. 22, n° 4, pp. 839-873.

DE LIMA PINHEIRO, L., “Article 19”, en *European Commentaries on Private International Law: Rome I Regulation – Commentary*, vol. II, (ed.) MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 799-810.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Los derechos civiles españoles hace cuarenta años ¿qué ha cambiado?”, en *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*, coord. BAYOD LÓPEZ, M.C., 2019, pp. 21-46.

DIAGO DIAGO, P., “Artículo 20”, en J.L. IGLESIAS BUHIGUES y G. PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 199-204.

DÍEZ DEL CORRAL, J., “El Derecho foral como supletorio del Derecho mercantil (notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968)”, *ADC*, 1969, pp. 692-703.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2018 (410/2018) Cuando una Cooperativa vende productos a sus socios, no interviene en la condición de mercader o comerciante, por lo que no se aplica el plazo de prescripción del art. 1967.4° CC. Naturaleza civil o mercantil de la compraventa”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 10° (2018), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 335-348.

DURBÁN MARTÍN, I., “Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, 2016, 30, pp. 257-288.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. “Conexión institucional necesaria: «desarrollo» de los derechos civiles propios en la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, 33, pp. 47-78.

ESPIAU ESPIAU, S., “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo”, *Derecho Privado y Constitución*, 2000, 14, pp. 63-127.

FALLON, M., “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l’expérience de la communauté européenne”, *Rec. Des C.*, vol. 253, 1995, pp. 9-282.

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”, *REEI*, 2015, 29.

FENOY PICÓN, N. “La Nachfrist, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña”, *ADC*, tomo LXVIII, 2015, fasc. III, pp. 801-1082.

FERNÁNDEZ ROZAS, JC y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2020.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional”, *AEDIPr*, 2004, T. IV, pp. 35-78.

FONT I SEGURA, A. y GINEBRA MOLINS, E., “Conflictos interregionales” y ley aplicable a la sucesión por causa de muerte” en *Tratado del Derecho de sucesiones vigente en España y Andorra*, dir. Pratdesaba Ricart, R.; BOSCH Carrera, A.; coord. Barceló Compte, R. Thomson Reuters, 2020, pp. 203-249.

FONT I SEGURA, A., “La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña. ¿Una cuestión de principios?”, *REDI*, 2020, 2, pp. 321-328.

----, “Obligaciones y derechos reales”, en “Crónica de Derecho Interterritorial” (coord. FONT I SEGURA, A. y ARENAS GARCÍA, R.), *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 612-615.

----, “Una necesaria calificación por la función de la norma de conflicto en derecho interterritorial”, en “Crónica de Derecho Interterritorial” (coord. FONT I SEGURA, A. y ARENAS GARCÍA, R.), *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 633-638.

----, “Una nova etapa pel dret interterritorial?”, *La codificación del Derecho civil de Cataluña*, Madrid, 2011, pp. 575-597.

----, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Santiago de Compostela, 2007.

----, “Principio de territorialidad y aplicación del Derecho civil catalán. Nota a la Sent. AP de Barcelona de 1 de febrero de 2010”, *AEDIPr*, T. X, 2010, pp. 1177-1181.

----, “Nota a la Sentencia Audiencia Provincial Navarra núm. 297/2001 (Sección 3ª), de 16 de noviembre”, *REDI*, 2002, 1, pp. 451-458.

FONT I SEGURA, A. y ORO MARTÍNEZ, C., “Cuestiones de Derecho internacional privado y de Derecho interregional” en J. VALLE ZAYAS, J. A. PÉREZ RIVARÉS, y J. R. SALELLES (Eds.), *Estudios sobre el Derecho de la empresa en el Código civil de Cataluña*, BOSCH Editor, Barcelona, 2012, pp. 433-470.

FONT I SEGURA, A. y ORRIOLS GARCIA, S., “Reflexions entorn a la rescissió per lesió en Dret interregional”, *RJC*, 1997, 3, p. 179 y ss.

FONTANELLAS MORELL, J.M., “La apertura de un segundo frente en la problemática interregional de la prescripción: las acciones de origen contractual”, *AEDIPr*, 2017, pp. 1209-1216.

FORNER DELAYGUA, J.J., “El Reglament europeu sobre llei aplicable a les obligacions contractuals (Roma I): *aplicabilitat espacial de la normativa elaborada a Catalunya en materia de contractes*”, en *Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions*, Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona (coord.), Girona, 2019, pp. 17-61.

----, “La aplicación del Derecho catalán como Derecho español en los supuestos internacionales”, en FONT I SEGURA (Ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo / L'aplicació del Dret civil català en el marc plurilegislatiu espanyol i europeu*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 101-110.

FRANZINA, P. “Article 22”, en *European Commentaries on Private International Law: Rome I Regulation – Commentary*, vol. II, (ed.)



MAGNUS, U.; MANKOWSKI, P., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 837-845.

GARAUJUANEDA, L., “Un pasomás en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco”, *Millenium DIPr*, 2017, 6, pp. 24-40.

DE MIGUEL ASENSIO, P., en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2013/11/eficacia-de-las-clausulas-sobre.html>

----, “El derecho interregional español ante un derecho internacional privado europeo común”, *AEDIPr*, 2006, 6, pp. 161-164.

GARCÍA GARCÍA, A., “Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2019, 774, pp. 1843-1884.

GARCÍA RUBIO, M.P., “La competencia del legislador gallego sobre Derecho civil tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de noviembre ¿Interpretación del artículo 149.1.8.<sup>a</sup> asimétrica o sencillamente discriminatoria?”, *Foro Galego*, nº 205, 2018, pp. 9-39.

----, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil”, *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 1, pp. 7-27.

----, “Plurilegislación, supletoriedad y Derecho civil”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (Coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, Vol. I, pp. 1939-1953.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. en <https://almacendederecho.org/clusulas-ley-aplicable-condiciones-generales-la-contratacion-proposito-del-caso-ryanair>.

----, “España se adhiere al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *REDI*, 1994,1, pp. 449-450.

GETE-ALONSO Y CALERA, MC, “Las nociones de mercantilidad del Proyecto de Código Mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho Civil*, 2014, vol. I, 4, pp. 27-65.

GÓMEZ POMAR, F., “Un nuevo Código”, Editorial, *InDret*, 2013.

HEREDIA CERVANTES, I., “Artículo 10.1” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros, *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 250-263.

JIMÉNEZ BLANCO, P., «Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos y Derecho interregional español», en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación Libro homenaje al Profesor Dr. José María Espinar Vicente*, eds. PÉREZ VERA, E.; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.; GUZMÁN ZAPATER, M.; FERNÁNDEZ PÉREZ, A.; GUZMÁN PECES, M., Iprolex, Madrid, 2020.

LEIBLE, S., “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, 2011, vol. 3, 1, pp. 214-233.

MANKOWSKI, P., “Article 3”, en *European Commentaries on Private International Law: Rome I Regulation – Commentary*, vol. II, (ed.) MAGNUS, U.; MANKOWSKI, P., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2017, pp. 87-263.

MARTÍNEZ SANZ, F., “¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil - Código de comercio?”, en E. BOSCH (dir.), Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (coord.), 2009, *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 509-524.

MIRAMBELL I ABANCÓ, A., “La competència catalana en materia d’obligacions i contractes”, en *La codificación del derecho contractual de consumo en el Derecho Civil catalán*, coord. LLÀCER MATAÇÀS, M.R., Madrid, 2015, pp. 17-48.

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*, 2014, vol. I, 3, pp. 37-66.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “El idioma en el contrato en el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, 2010, 10, pp. 155-182.

PÉREZ MILLA, J.J., “Efectos patrimoniales de las uniones registradas autonómicas y reglamentos de la Unión Europea: respondiendo a problemas complejos”, *RDC*, 2019, XXV, pp. 129-156.

PARADELA AREÁN, P., “Un caso clínico entre el Fuero Nuevo y el Código civil: nota a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de diciembre de 2018”, *Dereito*, vol. 29, 1, pp. 157-167.

ROCA GUILLAMÓN, J., “Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (Notas para una reflexión)”, en *Derecho de Obligaciones, XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2013, pp. 193-279.

RODRÍGUEZ BENOT, A., Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea, *CDT*, 2019, Vol. 11, 1, pp. 8-50.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., “El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado”, *RDM*, 2014, 291, pp. 127-142.

SÁNCHEZ LORENZO, S., “La aplicación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos: perspectiva española”, *REDI*, 1993, 1, pp. 131-148.

SANTDIUMENGE FARRÉ, J., “La notificación de la cesión del crédito hipotecario del artículo 569-28.2”, *La Notaria*, 2018, 1, pp. 7-14.

URRUTIA BADIOLA, A. y IRIARTE ÁNGEL, F., “La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco”, *Bitácora. Millenium*, 2018, 7.

VAQUER ALOY, A., “Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho Privado*, 1996, t. 80, pp. 615-634.

VIRGÓS SORIANO, M., *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989.

----, “Comentario al art 10.5”, en Albaladejo García, M.; Díaz Alabart, S. (eds.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. I, Vol. II, Edersa, Madrid, 1995 (disponible en Vlex).

YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Vol. 10º (2018), Dykinson, Madrid, 2019, pp. 335-348.

# **COMUNICACIONES**

# **EL ALCANCE DE LAS NORMAS IMPERATIVAS INTERNACIONALES EN EL REGLAMENTO ROMA I: UNA VISIÓN DESDE SU EFECTO EN LA CONTRATACIÓN LABORAL**

*CARMEN PARRA RODRÍGUEZ*

PROFESORA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD ABAT OLIBA CEU

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.1.1. La delimitación de las diferentes disposiciones imperativas en la contratación internacional. *1.1.1 Las leyes de policía. 1.1.2. Las normas de aplicación inmediata.* 1.2. Diferencia entre normas imperativas y orden público. 2. LAS DISPOSICIONES IMPERATIVAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: DEL CONVENIO DE ROMA AL REGLAMENTO ROMA I. 2.1 El concepto de leyes de policía (art. 9-1 RRI). 2.2. La limitación en la norma imperativa del tercer Estado (art. 9-3 RRI). 3. CONTRATOS DE TRABAJADORES Y DISPOSICIONES IMPERATIVAS.3.1. Normas que no pueden excluirse mediante acuerdo en los contratos de trabajo. 3.2. Protección para los contratos de trabajo a través del orden público. 3.3. La protección para los contratos de trabajo desde las normas imperativas o leyes de policía. 4. EL ANÁLISIS DE LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO. 4.1. Las normas internacionalmente imperativas de Estados miembros de la Unión Europea. *4.1.1. El respeto de las libertades comunitarias. 4.1.2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 4.1.3. Los Principios generales de Derecho que*

*invocan los tribunales.* 4.2. Las normas internacionalmente imperativas de Estados no miembros de la Unión Europea. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

## 1.INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado la presencia de las normas imperativas, también llamadas leyes de policía<sup>1</sup>, podrían parecer anacrónicas y desfasadas dada la proliferación de las relaciones comerciales transfronterizas que se producen en la actualidad. Sin embargo cada vez éstas son usadas, con diferentes argumentaciones, para eludir la aplicación de la ley extranjera que debería actuar por efecto de la norma de conflicto. Esta situación va a repercutir sobre el cierre de mercados cuestionando la proliferación del intervencionismo estatal<sup>2</sup>. Desde esta óptica el concepto de norma imperativa establecido por la doctrina internacional privatista y por la jurisprudencia de los Estados ha ido variando en función de la materia analizada y de los objetivos protegidos siendo necesario conocer cuál es su situación a día de hoy.

La realidad es que desde siempre la aplicación de las normas imperativas ha sido una cuestión conflictiva para el Derecho

- 
- 1 Es muy numerosa la bibliografía referente a las leyes de policía dado el fuerte impacto que supuso como freno a la autonomía de la voluntad. Entre otros cabe citar a DE WINTER, L.I., “Dispositions imperatives et contrats internationaux” *N.T.I.R.*, 1964, pp. 361 y ss. ; JACQUET, J-M, “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *AEDIP*, t. X, 2010, pp. 35-48; MENGOZZI, P., “Règles communautaires et règles impératives en tant que “limites” et “contra-limites” imposées à l’ autonomie contractuelle”, *RMUE*, 1999, núm.1, pp.178-179. *Vid.* Otros autores a lo largo de este capítulo.
  - 2 *Vid.* BLANQUER CRIADO, D., “La influencia del Derecho Público sobre el Derecho de la contratación”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2008, t. XLVIII, pp. 159-458.

internacional privado dado su carácter limitativo y excluyente, especialmente si se tiene en cuenta su incidencia en el Principio de la autonomía de la voluntad presente en la contratación internacional<sup>3</sup>. De todas ellas son las llamadas normas internacionalmente imperativas<sup>4</sup> las más cuestionadas ya que al operar al margen del ordenamiento del foro, crean confusión e inseguridad al operador jurídico al incorporar disposiciones que no pertenecen ni a la ley aplicable al contrato (*lex causae*) ni a la ley del órgano jurisdiccional que conoce del asunto (*lex fori*).

Teniendo en cuenta estos factores, la cuestión a resolver es si las normas imperativas producen el mismo efecto en cualquier tipo de contrato o si por el contrario, su impacto variará dependiendo del tipo de obligación contractual sobre la que dichas normas actúen. Para dar respuesta a esta cuestión será necesario analizar la evolución que ha experimentado el tratamiento de las normas imperativas desde el Convenio de Roma de 1980<sup>5</sup> al Reglamento Roma I (RRI)<sup>6</sup> centrandó su efecto en los contratos de trabajo

- 
- 3 Vid. LEIBLE, S., “la importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales”, *CDT*, Vol. 3, núm.1, 2001, pp. 214-233; PARRA RODRÍGUEZ, C. *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M. Bosch Ed., 2001; POMMIER, J.C., *Principe d'autonomie et loi du contrat en Droit international privé conventional*, Económica, 1992; VAQUERO LÓPEZ, C., “Autonomía de la voluntad y normas imperativas” en SANCHEZ LORENZO, S. (Dir.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2ª ed. Civitas (Navarra), 2013, pp. 893-934.
- 4 BONOMI, A., “Le régime des règles impératives et des lois de police dans le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux contrats”; BONOMI, A, CASHIN RITAINE (ed.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Ginebra, 2008; KUNDA, I., “Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International law of Contracts”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, núm.4, 2007, pp. 1-13.
- 5 Convenio 80/934/CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, *DO L* núm. 266 de 9 de octubre de 1980, pp. 1-19)
- 6 Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DO L* núm. 177 de 4.7.2008, pp. 6-16.



en situaciones transfronterizas<sup>7</sup>. En estos contratos, catalogados como “de parte débil” se hace necesaria la presencia de normas imperativas que protejan al trabajador dada la falta de equilibrio en la relación contractual entre éste y el empresario. Para ello será necesario analizar tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se ha pronunciado al respecto.

### **1.1. La delimitación de las diferentes disposiciones imperativas en la contratación internacional**

Las disposiciones imperativas que limitan la aplicación del derecho extranjero que llega a través de la técnica conflictual son numerosas siendo acusadas de ser utilizadas en exceso por los ordenamientos jurídicos nacionales para proteger sus mercados<sup>8</sup>. El auge de estas normas procede del intervencionismo estatal que se encuentra en un gran número de contratos internacionales justificados, bien por su importancia social (contratos de trabajadores y de consumidores) o económica (política de competencia, control de cambios, política monetaria...). Sin embargo, el alcance y el objetivo de este grupo normativo es variado respondiendo a las diferentes necesidades de los Estados, de ahí que haya que identificarlos y delimitar su función dentro del marco normativo de las relaciones transnacionales. Esta variedad de normas protectoras cumple una función que varía según se

---

7 *Vid.* BONOMI, A., “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts” *10 Yearbook of Private International Law*, 2008, pp. 85-290; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma desde 1980?”, *Diario La ley*, núm. 6957, 2008, pp. 1-33. Id. “The Rome I Regulation: Much Ado about Nothing?” *European Legal Forum*, núm.2, 2008, pp. I-61-77.

8 *Vid.* nota1.

tengan en cuenta los valores que el Estado quiera defender, por ello es importante delimitar su alcance antes de abordar su presencia en la contratación laboral. En concreto se tratará de aclarar las diferencias existentes entre las leyes de policía y las normas que no pueden excluirse mediante acuerdo teniendo en cuenta que todas ellas se encuentran bajo el paraguas de las denominadas genéricamente disposiciones imperativas.

### ***1.1.1 Las leyes de policía***

Las leyes de policía, también denominadas normas imperativas<sup>9</sup>, han sido desde sus inicios en los años cincuenta estudiadas por la doctrina y aplicadas por la jurisprudencia de los Estados, como resultado de la creciente intervención estatal en las relaciones de Derecho privado. Su interés procede del carácter protector que proyectan sobre los intereses específicos de los Estados protegiéndolos así de figuras jurídicas procedentes de otros ordenamientos que puedan afectar a los Principios Fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.

Las leyes de policía son definidas por Francescakis<sup>10</sup> como aquellas normas necesarias para salvaguardar la organización política, social o económica del país dirigidas a satisfacer intereses específicos de un determinado Estado y que, por razón de su objetivo, se aplican con independencia de la ley que regula la

---

9 La denominación de leyes de policía se debe a una traducción literal del francés “lois de police”, traducido al español como normas imperativas en contraposición al derecho dispositivo. *Vid.* VISCHER, F., “General Course on Private International Law”, *R. des C.*, 1992-I, t.232, pp. 9-256, pp.154 en relación a las diferentes acepciones con que la doctrina define este tipo de normas.

10 El término “leyes de policía” es el que utiliza normalmente la doctrina francesa. FRANCESCAKIS, Ph., “Conflicts de lois (Principes Généraux)”, *Répertoire de Droit international*, Vol. I, Dalloz, Paris, 1968, n° 137.

relación jurídica en cuestión. Son en definitiva disposiciones que definen por sí mismas su ámbito de aplicación sin tener en cuenta la ley que regulará la relación jurídica determinada en función de la asignación dada por la norma de conflicto.

Aunque la base para crear las leyes de policía ha existido de uno u otro modo en los ordenamientos de los Estados<sup>11</sup>, a lo largo de los años han ido variando las materias objeto de protección. Así, junto a los tradicionales contratos de contrabando, o el tráfico de armas, que han sido objeto de repulsa en la mayor parte de los países, se han unido aquellas normas contra las infracciones monetarias, la evasión fiscal y la política de competencia, o en el ámbito privado las normas de protección de consumidores y trabajadores entre otros.

No obstante, cabe destacar que la influencia que estas normas imperativas ha tenido en el ámbito contractual ha dependido de la incidencia del proteccionismo estatal llegando a desplazar a la autonomía de la voluntad a través de una serie de normas prohibitivas que Pillet denominó “leyes de garantía social” y que respondían a las exigencias del orden público<sup>12</sup>.

---

11 *Vid.* el artículo 8 de la Ley polaca sobre Derecho internacional privado de 2011, el artículo 1.11, apartado 2, del Código civil lituano de 2000, el artículo 20 de la Ley belga sobre Derecho internacional privado de 2004, el artículo 17 de la Ley italiana sobre Derecho internacional privado de 1995, el artículo 7, del libro 10 del Código civil neerlandés de 1992, y los artículos 3 y 25 de la Ley checa sobre Derecho internacional de 2012 en los artículos 18 y 19 de la Ley suiza sobre Derecho internacional privado de 1987. Citado en la nota 22 de las Conclusiones del Abogado General en el As. C-135/15. ECLI:EU:C:2016:281.

12 *Vid.* PILLET, A. “Le Droit international privé. Essai d’ un système general de solutions des conflits de lois”, *JDI*, 1896, pp. 18. Para este autor “una disposición que no forma parte del derecho que rige el contrato no deberá ser tomada en consideración más que cuando ocupe, en el orden jurídico de un Estado implicado en un contrato internacional, una función de tal importancia que no se pueda exigir del Estado implicado que sacrifique, para este caso concreto, el interés que protege la disposición en cuestión”.

Entre los autores que apoyan las leyes de policía se encuentran los unilateralistas<sup>13</sup>, los defensores de la conexión espacial, los que han encontrado en este tipo de normas un método para superar los límites impuestos por la política conflictual<sup>14</sup> y aquellos que consideran que a través de estas normas se logran objetivos de cooperación internacional entre los Estados en el ámbito del comercio y de las relaciones transnacionales<sup>15</sup>.

Por el contrario, no la aceptan aquellos que ven en este tipo de normas un mayor intervencionismo del Estado que repercute en terrenos tan sagrados como el de las normas conflictuales, así como los que critican la excesiva flexibilidad con que han sido invocadas dando al juez un amplio margen de discrecionalidad. Para estos autores las partes no sabrán en ningún momento si la norma elegida por ellas o la designada en defecto de elección será o no prohibida o anulada por una disposición imperativa de un ordenamiento jurídico extranjero<sup>16</sup>.

A nivel de Derecho de la Unión Europea la definición de las leyes de policía ha sido incorporada explícitamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en el Asunto *Arblade*<sup>17</sup> refiriéndose a dichas normas como “*disposiciones*

---

13 Vid. GOTHOT, P., “Le renouveau de la tendance unilateraliste en Droit international privé”, *Rev. crit.dr.int.pr.*, 1971, pp. 1 y ss. y 209 y ss.

14 Vid. DROBNING, U., “Comments on art. 7 of the Draft Convention”, en LANDO, O. ET AL. *European Private International Law of obligations*, 1975, pp. 82 y ss.

15 Vid. JESSURUN D’OLIVEIRA, H.U., “Observations concerning the preliminary draft E.E.C. Convention on the law applicable to contractual and extra-contractual obligations”, *N.I.L.R.*, 1975, pp. 196-197.

16 Vid. MORSE, C., “The EEC Convention on the law applicable to Contractual obligations”, *Yearbook of European Law*, 1983, pp. 107-160, pp. 147.

17 Vid. Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, As. C-369/96 y C-376/96. ECLI: EU:C:1999:575, Apdo. 30. No obstante con anterioridad el TJUE se había pronunciado al respecto de forma implícita en la Sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, As. C-113/89 ECLI:EU:C:1990:142 y en la Sentencia de 9 de agosto de 1994, *Valder Elst*, As. C-43/93 ECLI:EU:C:1994:310

*nacionales cuya observancia se ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda la relación jurídica localizada en él”.*

Por su parte el Reglamento Roma I ha introducido la definición de leyes de policía en su párrafo 1 refiriéndose a ella como “*una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*”.

Una vez expuesto este grupo normativo es necesaria su comparación con las disposiciones imperativas que no pueden excluirse mediante acuerdo y que aquí se van a catalogar como normas de aplicación inmediata.

### ***1.1.2. Las normas de aplicación inmediata***

En una órbita diferente y con un alcance complementario a las leyes de policía se encuentran las denominadas normas de aplicación inmediata calificadas según Mayer<sup>18</sup> como normas del

---

18 Mayer también define como normas de aplicación inmediata aquellas normas del foro que el legislador considera que se deben imponer sobre las normas de conflicto, utilizando una interpretación nacionalista que ha sido descartada. También se refiere a las normas por las cuales el Estado impone a sus nacionales unas obligaciones concretas o les asegura una protección que consideran indispensable imponiéndose sobre las normas de conflicto haciendo prevalecer para ello el carácter político de estas normas. MAYER, P., “Les lois de police”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1988, pp.105-120. También FRANCESCAKIS, PH., “Quelques précisions sur les “lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, núm. 1, pp. 1-50, pp. 13.

foro que se aplican por razones específicas en base a su objeto y contenido, desplazando a la ley designada por la norma de conflicto y haciendo prevalecer el carácter funcional de la norma. Estas disposiciones están destinadas a proteger a la parte más débil de los contratos (normas de consumidores y trabajadores), a las leyes que ofrecen seguridad a los contratantes (excepción de interés nacional) y por último aquellas normas que protegen a la colectividad por encima de las normas de conflicto.

Designar estas normas como imperativas de forma genérica, dejaría una puerta abierta para que los Estados multiplicaran las normas de aplicación inmediata (que no de policía) en contra de sus propias normas de conflicto, lo que iría en contra del espíritu unificador e internacionalizador que persigue la contratación internacional<sup>19</sup>. Es por ello que si los Estados deciden disponer de un margen para proteger sus economías, esto no debe significar dictar normas protectoras de forma indiscriminada lo que iría a la larga en contra del libre mercado. La labor del juez será la de delimitar cuando están en juego los intereses del Estado reconociendo aquellas situaciones en las que la función social de la norma exija el desplazamiento de la actuación conflictual en favor de la disposición imperativa.

La utilización indistinta de los términos leyes de policía y normas de aplicación inmediata, situándolas en una misma categoría genérica, ha servido para ampliar el marco de actuación de los Estados, dejando al juez una mayor libertad para decidir qué tipo de norma ofrece la protección deseada independientemente de su calificación doctrinal. Es lo que sucede por ejemplo con las disposiciones que protegen a consumidores y trabajadores en el Reglamento Roma I (también en el Convenio de Roma) en las cuales se utiliza el término disposiciones imperativas para dar

---

19 Cf. POMMIER, J.C., *Principe d'autonomie*, *op. cit.* nota 3, n° 190.

entrada a una de las categorías de normas de aplicación inmediata que ofrece una protección individualizada en base a un criterio objetivo que evita someter el contrato a otra ley distinta de la designada por la norma de conflicto<sup>20</sup>.

Uno de los criterios que se ha tomado en consideración para diferenciar ambos grupos de disposiciones imperativas ha sido el de adscribir las leyes de policía a la regulación de figuras de derecho público y las normas de aplicación inmediata a las relaciones de derecho privado. Sin embargo la doctrina<sup>21</sup> ha considerado esta distinción muy difusa en el ámbito de la contratación internacional, siendo necesaria una interpretación por los jueces caso por caso en base a la disposición legislativa objeto de aplicación, dado que estas normas cambian en ocasiones de posición en el espacio y en el tiempo<sup>22</sup>. Estas apreciaciones restan importancia a la distinción entre intereses públicos y privados ya que no es posible establecer a priori un listado exhaustivo para calificar a ambos grupos normativos<sup>23</sup>. Así por ejemplo se podrían encontrar en un mismo contrato internacional disposiciones de carácter civil o administrativo en las que las primeras producirían la invalidez

---

20 PARRA RODRÍGUEZ, C. *El nuevo Derecho internacional*, op. cit. nota 3, pp.420-422.

21 Vid. NEUMAYER, K.H., "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations", *Rev. Cr. Dr Int Pr*, 1958, pp. 59 y ss.

22 Es el caso del derecho de la propiedad que en tiempos feudales pertenecía al Derecho público en la mayoría de ordenamientos, o las normas *anti-trust* que dentro del derecho de la competencia tienen un tratamiento diferente según el sistema jurídico que las dicta.

23 La Prfa. Cordero Álvarez se refiere a la existencia de normas que protegen intereses particulares e intereses públicos, generales o colectivos como es el caso de la regulación sobre el contrato de agencia en la Directiva 86/653/CEE de 18 de diciembre y su interpretación en el asunto *Igmar GB* decidido por el TJUE en Sentencia de 9 de noviembre de 2000, As.C-381/98 ECLI:EU:C:2000:605. Vid. CORDERO ALVAREZ, C.L., "Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: Especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea", *CDT*, Vol. 9, núm.2, 2017, pp. 174-193, esp. 179.

del contrato mientras que las segundas se podrían subsanar sin afectar al cumplimiento del contrato en cuestión.

Por ello, a pesar de existir una distinción doctrinal, el legislador ha incorporado bajo el concepto de disposiciones imperativas tanto las que se ocupan del derecho público como las de derecho privado, dejando libertad al juez para analizar y aplicar, en función del caso concreto las que quedarían en la actualidad bajo la regulación del art. 8-1 o el art. 9 del Reglamento Roma I.

## **1.2. Diferencia entre normas imperativas y orden público**

Existe una estrecha correlación entre el concepto de orden público en su vertiente protectora, y las normas imperativas (leyes de policía).

En este sentido, la excepción de orden público tiene como finalidad excluir la aplicación del ordenamiento de la ley extranjera siempre que ésta dé lugar a una violación flagrante de las normas consideradas fundamentales para el Estado del tribunal que esté juzgando el caso. El hecho de que sea definido como una excepción explica el uso limitado que debe darse por el aplicador del derecho, siendo su función la de neutralizar los efectos que se pueden derivar de la aplicación de una ley extranjera que pudiera violar los Principios fundamentales del ordenamiento del foro.<sup>24</sup>

---

24 *Vid.* entre otros muchos autores que han tratado el orden público internacional, BUCHER, A., "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", *R. des C.*, 1925-IV, t. 9, pp.411-557. LAGARDE, P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959. MOSCONI, E., "Exceptions to the Operation of Choice of Law rules", *R. des C.*, 1989-V, t. 217, pp.9-214.



Para potenciar más su carácter excepcional, el Prf. Audit diferencia entre orden público internacional, formado por un conjunto de normas absolutamente irrenunciables incluso en presencia de una situación privada internacional, de las normas de orden público interno, formado por el conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico aplicable dentro de sus relaciones de tráfico jurídico interno<sup>25</sup>.

Por el contrario, tal como se ha expuesto *supra* las normas imperativas operan directamente sobre una relación jurídica concreta dando forma a su contenido, con independencia de las disposiciones de la ley extranjera reguladora de la relación jurídica.

Son por tanto figuras cuya finalidad es proteger el ordenamiento jurídico desde una posición diferenciada<sup>26</sup>. En este sentido la Prfa. Diago considera que la correcta aplicación del orden público internacional garantiza una respuesta uniforme, especialmente si se actúa en el seno de un Convenio o de una Organización Internacional tal como sucede en el ámbito de la Unión Europea. La uniformidad dice la Prfa. Diago, resulta vital para conseguir un control eficaz del comercio internacional<sup>27</sup>.

---

25 AUDIT, B. *Droit international privé*, L.G.D.J., 2018. pp. 703

26 Tal como indica el Prf. Calvo Carava, a pesar de que el orden público y las leyes de policía tienen como misión la protección de la política legislativa, son instituciones que tienen importantes diferencias. En este sentido dice este autor que la excepción de orden público internacional es un mecanismo de salvaguarda de los principios jurídicos fundamentales del foro que permite desplazar la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, por lo tanto, sólo procede aplicarlo después de que la norma de conflicto haya operado. Las leyes de policía sin embargo justifican su resultado por la imperatividad particular de la ley del foro. *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, *CDT*, Octubre, Vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 52-133, pp. 116.

27 *Vid.* DIAGO DIAGO, M.P., “El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberly”, *CDT*, Vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 72-91, pp. 88.

## 2.LAS DISPOSICIONES IMPERATIVAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: DEL CONVENIO DE ROMA AL REGLAMENTO ROMA I

El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales recogió las leyes de policía en su art. 7, diferenciando en su párrafo 2 las relativas a la ley del foro y en un innovador art. 7-1 las denominadas normas internacionalmente imperativas<sup>28</sup>. Respecto a las segundas, se le reprochó al legislador atribuir una facultad de apreciación excesiva a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar el derecho. Esta discrecionalidad fue criticada por considerar que no favorecía a la seguridad de los intercambios ni a la previsibilidad de las soluciones ya que hacía imposible crear una cierta seguridad en relación a los ordenamientos legislativos presentes en la relación contractual. Por el contrario, los defensores de esta norma alegaron en su día la oportunidad que suponía tener en cuenta las leyes de policía de un tercer Estado ya que esto permitía tomar en consideración los intereses legítimos de la ley más vinculada con la relación contractual. Esta solución además facilitaba el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas por su tribunales favoreciendo al mismo tiempo la coherencia internacional de las soluciones judiciales, limitando indirectamente el *forum shopping*. Por último, la posibilidad de tomar en consideración las leyes de policía de otro Estado favorecía la cooperación y la solidaridad internacionales, lo que parecía indispensable en el contexto de interdependencia de los Estados.

El cambio del Convenio de Roma al Reglamento Roma I hubiera sido una buena ocasión para corregir las disfunciones creadas por la aplicación de la norma convencional durante

---

28 Consultar notas 1, 2, 3 de este trabajo y PARRA RODRÍGUEZ, C. “*El nuevo Derecho...*”, *op. cit.* nota 3, pp. 414-439.

los años de su vigencia, sin embargo al parecer el legislador comunitario ha obviado los errores, incorporando pocos cambios (positivos y negativos), en la regulación de las leyes de policía en el Reglamento Roma I.<sup>29</sup> A continuación se examinarán los aspectos más significativos de esta modificación normativa en relación a las normas imperativas.

## 2.1 El concepto de leyes de policía (art. 9-1 RRI)

Entre los cambios positivos del paso de Convenio a Reglamento, se encuentra la incorporación en el párrafo 1º del art. 9 de una definición de *leyes de policía* que no existía en el Convenio de Roma<sup>30</sup>. Por otro lado, el art. 9-1 RRI ha mantenido en su texto, al igual que lo estableció el art. 7-1 del Convenio de Roma, que la ley de policía se aplicará a *toda situación* en lugar de referirse a *la obligación contractual* o al *contrato*. Con ello el legislador ha dejado claro que extiende la aplicación de las normas imperativas a cualquier ley aplicable que establezca el Reglamento. Esta argumentación que supone un límite importante para la autonomía de la voluntad de las partes, tiene la ventaja de evitar el fraccionamiento del contrato, ya que de lo contrario, hubiera

---

29 Vid. HELLNER, M., "Third country overriding mandatory rules in the Rome I regulation: old wine in new bottles?", *Journal of Private International Law Vol.5, 3, 2009*, pp. 447 -470. ; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados", 18 de octubre de 2016, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/10/reglamento-roma-i-ambito-de-aplicacion.html> consultado el 22 de septiembre de 2020; LANDO, O., NIELSEN, P.A., "The Rome I Regulation", *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725, pp. 1719. Vid. también nota 10 d este trabajo.

30 Art. 9-1 "una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento".

dado lugar a la aplicación de normas imperativas desconocidas para las partes<sup>31</sup>. En definitiva, introduciendo este concepto el legislador ha querido restringir la apreciación del juez en relación a la aplicación de este tipo de normas respetando así la ley elegida para regular el contrato<sup>32</sup>.

El legislador comunitario, por el contrario, ha seguido manteniendo en el Reglamento Roma I la misma dispersión normativa existente dentro del Convenio de Roma respecto a las disposiciones imperativas aplicables a los contratos internacionales. Así sitúa estas normas en el ámbito de la autonomía de la voluntad (art. 3-3) al referirse a *las disposiciones de otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*. A continuación se ocupa de *leyes de policía* (art. 9) haciendo referencia a las normas que son imperativas tanto para el derecho interno como para el derecho internacional. Por otro lado, en los contratos de parte débil se refiere a las normas de aplicación inmediata para consumidores (art. 6), seguros (art. 7) y trabajadores (art.8) siguiendo por tanto el mismo esquema que tuvo en su día el Convenio de Roma. Con ello, el legislador ha perdido la oportunidad de catalogarlas bajo una única categoría genérica<sup>33</sup>. Finalmente, en el art. 11-5 del Reglamento Roma I se regula la imperatividad de forma en relación a los contratos sobre bienes inmuebles<sup>34</sup>.

---

31 En este sentido *Vid.* Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I, DO C núm 282 de 31 de octubre de 1980, pp. 1-50. pp.253, (en adelante Informe Giuliano/Lagarde).

32 Esta definición ha encontrado su inspiración en la sentencia *Arblade y otros* nota 20. *Vid.* El comentario al respecto de NUYTS, A., “Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I”, *Revue de droit commercial belge*, 2009, núm. 6, pp. 30-65, pp. 42.

33 *Cf.* POMMIER, J.C., Principe d’ autonomie..., *op.cit.* n° 191.

34 El mismo esquema estaba presente en el Convenio de Roma art. 3-3, art. 5-2, art.6-2, art. 7 y art. 9-6. *Vid.* PARRA RODRÍGUEZ, C., “El nuevo derecho...”, *loc. cit.*, nota 3, pp. 405-408.

Con este tratamiento, no se persigue la aplicación indiscriminada de las disposiciones imperativas sobre las normas conflictuales, sino que se intenta dejar al juez una mayor libertad para decidir qué tipo de norma debe ser aplicada en cada caso concreto. Así por ejemplo, aplicará las normas de aplicación inmediata si trata de defender intereses privados y las leyes de policía si está en juego la defensa de los intereses generales del Estado.

## **2.2. La limitación en la norma imperativa del tercer Estado (art. 9-3 RRI)**

Otra novedad incorporada por el legislador en el Reglamento Roma I ha sido la de sustituir “las normas de policía con las que el contrato presentase *los vínculos más estrechos*” (artº 7-1 del Convenio de Roma), por aquellas en que “las disposiciones derivadas del contrato tienen que *ejecutarse o hayan sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal*” (art. 9-3 RRI).

Como se puede apreciar, respecto al tratamiento de las normas imperativas extranjeras en el Reglamento Roma I se ha producido una restricción en cuanto a las normas que pueden ser invocadas, lo que ha sido justificado por la doctrina en base al Principio de proximidad, a través del cual se busca la seguridad jurídica<sup>35</sup> al referirse como tercer Estado (diferente a la *lex fori* y la *lex contractus*) al de la ley de lugar de ejecución del contrato. Con ello, se busca limitar el número de normas imperativas que se pueden invocar ya que acota su aplicación a un número reducido de Estados relacionados con el contrato internacional. Por otro lado, se está dando entrada a la aplicación de las leyes imperativas

---

35 Vid. AUDIT, B. *Droit international, op. cit.* nota 28, pp. 704.

del país que dispone de un “dominio efectivo” sobre la situación contractual<sup>36</sup>.

La cuestión que se puede plantear a partir de este razonamiento, es si la eliminación de la conexión *vínculos más estrechos* a la que hacía referencia el art. 7-1 del Convenio de Roma ha supuesto un cambio tan importante en el Reglamento Roma I. La respuesta a esta pregunta es negativa ya que en definitiva la conexión se da con la *lex fori*, la *lex causae* y la *lex executionis*, con lo cual la restricción no deja de ser una solución más efectista que real. El Prf. Calvo Caravaca también se refiere a esta restricción de criterios diciendo que en realidad se debería haber hecho referencia a las leyes del Estado con el que el contrato estuviese comprometido ya que se pueden dar situaciones en las que los actos realizados fuera del territorio del Estado no se corresponden con los del lugar donde se debe cumplir la obligación<sup>37</sup>.

Hay por tanto una restricción (al menos teórica) de las leyes vinculadas al contrato lo que en apariencia da una mayor seguridad al operador jurídico que no verá modificada su elección de ley al contrato por una norma imperativa desconocida para él.

---

36 Vid. CALVO CARAVACA, A.L. “El Reglamento Roma I...” *op. cit.* nota 26, pp. 129. En el mismo sentido y justificando dicha interpretación NIELSEN, P.A., LANDO, O., “The Rome...”, *op. cit.* nota 32, pp. 1720-1721.

37 Este autor hace referencia al caso del gaseoducto siberiano en la sentencia de Distrito de la Haya de 17 de septiembre de 1982, *CEP c. Sensor Ned B.V.* Vid. CALVO CARAVACA, A.L. “El Reglamento Roma I...” *op. cit.* nota 26, pp. 129.

### **3.CONTRATOS DE TRABAJADORES Y DISPOSICIONES IMPERATIVAS**

Una vez llegados a este punto cabe determinar cuál es el efecto que las normas imperativas producen en los contratos de parte débil y en concreto en los contratos de trabajo, ya que la relación contractual que mantiene el trabajador con el empresario requerirá de una protección diferente a la que se brinda a los contratos internacionales en general<sup>38</sup>.

En este sentido, la protección a los trabajadores viene determinada en el Reglamento Roma I a través de las diferentes disposiciones imperativas presentes en su articulado, que ayudan al juez a identificar los mecanismos que aseguran la protección al trabajador en las relaciones laborales.

#### **3.1.Normas que no pueden excluirse mediante acuerdo en los contratos de trabajo**

Estas disposiciones que han sido calificadas como normas de aplicación inmediata tienen como finalidad proteger los intereses privados de los trabajadores en su consideración de parte débil, teniendo su ubicación en el art. 8-1 RRI.

Los trabajadores, al igual que los consumidores, tienen una protección contractual en la que conviven normas bilaterales en las que tiene entrada la autonomía de la voluntad de forma limitada

---

38 *Vid.* GARDEÑES SANTIAGO, M., “Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la UE”, *La Ley*, D-30 2001-1, pp. 1797-1801; *Id.*, “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, t. VIII, 2008, pp. 387-424; *Id.*, “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo” *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 163-168.

a través de normas unilaterales protegidas que en ocasiones alcanzan nivel constitucional tal como sucede por ejemplo con la representación sindical.

Sin embargo, esta convivencia no es simétrica ya que las normas unilaterales solo prevalecerán sobre la normativa conflictual cuando razones vinculadas a la protección de la parte débil así lo consideren oportuno. Es por esta razón por la que el art. 9 RRI actúa como complemento de las normas contenidas en el art. 8-1 RRI tal como lo hacían en el Convenio de Roma<sup>39</sup>.

En este sentido, hay que recordar que las normas de aplicación inmediata son las que rigen imperativamente la situación cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, por lo que delimitan su propio ámbito de aplicación siendo invocadas tanto en situaciones internas como en situaciones internacionales. Por el contrario, las normas que protegen a los trabajadores (y consumidores) no pueden invocarse si no forman parte de la ley aplicable al contrato tanto si las partes la han elegido (art. 8-1 RRI) como si se determinara por defecto de elección de ley (art. 8-2 RRI). Teniendo en cuenta esta diferenciación se puede afirmar que las disposiciones protectoras de los trabajadores no son normas imperativas que deroguen la ley aplicable al contrato.

Para el Prf. Mayer<sup>40</sup> esta solución es discriminatoria en cuanto que la norma protectora beneficiaría a todos los trabajadores (consumidores) del foro al estar ante una norma imperativa, pero excluiría a los extranjeros de esta protección en el caso de que la norma en cuestión no quedara encuadrada dentro de esta categoría.

---

39 Vid. COURSIER, P. *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, L.D.D.J., París, 1993, pp. 203, núm. 464 y ss.

40 Vid. MAYER, P., *La protection de la partie faible en droit international privé*”, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: Comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., París, 1996. pp. 533-534.



Otra de las razones de esta complementariedad está relacionada con el ámbito de aplicación territorial que se desprende de art. 9 RRI<sup>41</sup>. Esta característica hace que la norma imperativa solo alcance a la parte del contrato que se ejecute en el foro. Por el contrario en materia de contratos de trabajo las disposiciones imperativas contenidas en el art. 8 RRI, pueden ser invocadas también a la parte del contrato que se ejecute en el extranjero, evitando así el fraccionamiento del contrato que iría en contra del Principio de protección que se encuentra en la base de los contratos de parte débil<sup>42</sup>.

Para identificar este tipo de normas que no pueden excluirse mediante acuerdo el Prf. Carrillo Pozo considera como propias del núcleo contractual y por tanto objeto de control por el art. 8-1RRI las normas relativas a la organización de las relaciones sociales y económicas tales como “la duración del contrato, la documentación (inclúyanse los requisitos formales), la clasificación, el salario, el despido y las demás formas de extinción de la relación laboral, la movilidad, las vacaciones, la duración de la jornada, el trabajo nocturno, las horas extraordinarias, los permisos y licencias, el poder de dirección del empresario o las modalidades de ejercicio del derecho de huelga y los demás derechos colectivos”<sup>43</sup>.

---

41 En el mismo sentido *Vid.* CORDERO ALVAREZ C.I., “Incidencia de las normas imperativas...” *op.cit.* nota 23, pp. 179 y BONOMI, A., “Article 9: Overriding mandatory provisions” en MANKOWSKI, U., MAGNUS, U. (eds), *Rome I Regulation (European Commentaries on Private International Law)*, Sellier (Munich), 2017, pp. 599-661, pp.609-612.

42 *Vid.* en el mismo sentido POCAR, F., “La protection de la partie faible en droit international privé”, *R. des C.*, vol.188, 1984, pp.349-361.

43 CARRILLO POZO, L.F., “El tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”, *Bitácora Millennium*, núm. 5, 2017, pp. 1-23, pp. 11.

### 3.2. Protección para los contratos de trabajo a través del orden público

Como se ha dicho *supra*, el orden público no debe confundirse con las normas imperativas, ya que como indicó en su momento Savigny éste se complementa, para proteger el ordenamiento jurídico nacional, por normas específicas *de naturaleza estrictamente positiva o imperativa*<sup>44</sup>. Es por ello, que el Reglamento Roma I en su considerando 37 los considera dos figuras de protección diferentes y complementarias para el caso de que las leyes de policía no cubrieran la protección deseada para la parte débil<sup>45</sup>.

En este sentido la excepción de orden público contenida en el art. 21 RRI, excluye la aplicación de la ley extranjera si ésta da lugar a una violación “manifiestamente incompatible” con el orden público del Estado del órgano jurisdiccional que esté resolviendo el asunto en cuestión. Por otro lado, las leyes de policía protegerán los intereses del Estado incidiendo directamente sobre la relación jurídica con independencia de la norma extranjera que resulte aplicable a través de la norma de conflicto.

Por lo tanto, se ha de considerar la excepción de orden público como una extensión de la protección a la que puede acudir el juzgador para desplazar la ley que debería regular el contrato de trabajo siempre que ésta no lo proteja como parte débil del mismo.

---

44 Vid. SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 8, Berlín, 1849, 36 I 276.

45 Considerando 37 “Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva”.

### **3.3. La protección para los contratos de trabajo desde las normas imperativas o leyes de policía**

La peculiaridad de los contratos de trabajo por ser considerados de parte débil exige una mayor protección y una interpretación amplia en relación a las normas que regulan las relaciones contractuales en general. Sin embargo, esta afirmación se contrapone con el carácter restrictivo que el legislador ha querido dar al alcance interpretativo del TJUE respecto a las normas protegidas a través del art. 9-3 RRI <sup>46</sup>.

En este sentido, las leyes de policía determinan su propio ámbito de aplicación, independientemente de la ley que regule la relación jurídica en cuestión, siendo por ello que su aplicación vendrá determinada, en cada caso, por el órgano jurisdiccional que conozca del litigio. Para ello el tribunal deberá de tener en cuenta *las circunstancias del caso concreto* y verificar los motivos y los objetivos subyacentes a la disposición considerada. Además, en este análisis, el órgano jurisdiccional que conoce del asunto deberá pronunciarse sobre si el legislador le ha conferido a la norma la naturaleza de *disposición de ley de policía* sin que pueda existir un catálogo abstracto y predeterminado que se ocupe de esta cuestión.

En este sentido, el órgano jurisdiccional que conoce del litigio determinará si, en las circunstancias del caso concreto,

---

46 Para los Comentarios de la Sentencia de 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, As. C-135/15. ECLI:EU:C:2016:281. *Vid.* KRONENBERG, A., "Foreign overriding mandatory provisions under the Regulation 593/2008 (Rome I Regulation), Judgement of the European Court of Justice of 18 October 2016, case C-135/15, *CDT*, vol. 10, núm 2, 2018, pp. 873-886; RAMMELOO, S., "From Rome to Rome-Cross-border employment contract. European Private International Law: Intertemporal law and foreign overriding mandatory laws. Case C-135/15 *Greek Republic v. Grigorios Nikiforidis*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24(2), 2017, pp. 298-322.

la adopción de una resolución requerirá o no que se tomen en consideración intereses legítimos y fundados del ordenamiento jurídico de un Estado cuya legislación no es aplicable a una relación jurídica específica<sup>47</sup>.

Siguiendo con este razonamiento, será la *lex causae* la que se ocupe de establecer los criterios para dar cumplimiento al contrato, siendo este ordenamiento el que debe decidir si la ley de policía extranjera que pueda dificultar o prohibir dicho cumplimiento es aplicable o no. Así por ejemplo cuando la *lex causae* se refiera al cumplimiento del contrato, se podrá acudir a los requisitos establecidos por la ley de policía extranjera para comprobar si efectivamente se han cumplido los preceptos designados por ella o si por el contrario existe algún obstáculo que debe ser resuelto para llegar al cumplimiento esperado. En palabras de Carrillo Pozo, la *lex causae* es la que preside el equilibrio negocial dando respuesta a cada una de las vicisitudes registradas durante la vida del contrato. Las leyes de policía no se aplican directamente siendo ésta la consecuencia jurídica propia de la *lex causae*<sup>48</sup>.

#### **4. EL ANÁLISIS DE LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS EN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO**

Una vez llegados a este punto es necesario analizar si las normas internacionalmente imperativas tienen el mismo alcance

---

47 Tal como dijo el Abogado General en el caso *Nikiforidis*, *op. cit.* nota 46 “puede afirmarse que el propio concepto de ley de policía *confiere al órgano jurisdiccional la facultad* de adoptar una resolución equitativa, al tiempo que tiene en cuenta la necesidad de ponderar los intereses contrapuestos de los Estados en cuestión”. Conclusiones del AG en el As. C-135/15 ECLI:EU:C:2016:281 Apdos. 72-74.

48 *Vid.* CARRILLO POZO, L.F., “El tratamiento de las leyes de policía...” *op. cit.* nota 46, pp.18.

para los contratos internacionales que para los contratos de parte débil en concreto para los que se ocupan de regular las relaciones laborales de los trabajadores. Para ello es necesario diferenciar el impacto que generan dichas normas en las relaciones intracomunitarias así como en aquellas que llevan al juez a tomar en consideración las normas imperativas de un tercer Estado no miembro de la Unión Europea.

#### **4.1.Las normas internacionalmente imperativas de Estados miembros de la Unión Europea**

Tal como indica el art. 9-3 RRI, los tribunales de los Estados miembros tienen un margen de apreciación limitado para excluir las normas imperativas de un tercer Estado (el del lugar de ejecución del contrato), que debe estar fundamentado respetando los Principios que el Derecho de la Unión Europea ha establecido para proteger a los trabajadores<sup>49</sup>.

La existencia de Principios de la Unión Europea tienen la ventaja de crear un derecho uniforme que servirá para inspirar a los ordenamientos nacionales, creando así un marco legislativo que ayudará al juez en la aplicación de las disposiciones de una ley distinta a la *lex contractus* y la *lex fori* como es la *lex executionis*.

---

49 En este sentido el juez del TJUE lo incorporó en el Asunto *Arblade* considerando que las normas de aplicación inmediata estaban sometidas, bajo el Principio de subordinación, al derecho europeo *op. cit.* nota 20. En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de 15 de marzo de 2001 en el Asunto *Mazzoleni* y ISA, As. C-165/98 ECLI:EU:C:2001:162. Sobre el efecto del mercado interior en la legislación de la Unión Europea *vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., "La Constitución Europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?", *REEI*, nº 9, 2005, pp. 1-5.

Dentro de las normas de protección de los trabajadores se difumina la diferencia entre derecho público y derecho privado quedando el trabajador en el centro de la medida protectora invocada por las disposiciones imperativas, bien sea a través de las leyes de policía o de las normas de aplicación inmediata. Lo importante en este caso es establecer el marco europeo que proteja al trabajador en base a una normativa cuyos Principios son compartidos por los Estados miembros. Esta aproximación normativa le quita agresividad a la norma de policía ya que o bien no se tendrá que invocar por contener una solución próxima a las leyes del foro, o bien su impacto será menor por responder a unos Principios jurídicos muy próximos que no serán del todo desconocidos para las partes contratantes.<sup>50</sup>

#### **4.1.1. El respeto de las libertades comunitarias**

Según Mengozzi la libre circulación de trabajadores actúa limitando la aplicación de las normas imperativas nacionales que supongan un obstáculo a su cumplimiento. En este sentido en la sentencia *Arblade* se refiere a que “*la pertenencia de las normas nacionales a la categoría de leyes de policía y de seguridad no las exime del respeto a las disposiciones del Tratado, so pena de vulnerar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Éste sólo puede tomar en consideración los motivos en que se sustentan dichas legislaciones nacionales a la luz de las excepciones a las libertades comunitarias expresamente previstas por el Tratado, y en su caso, como razones imperativas de interés general*”<sup>51</sup>

50 Es el Principio de equivalencia el que debe invocarse para decidir si la norma imperativa extranjera cumple la misma función protectora que la norma del foro.

51 As. C-369/96 y C-378/96, ECLI: EU: C: 1999:575, *loc. cit.*, nota 17, Apdo. 31. En el mismo sentido se pronunció el TJUE en la Sentencia de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni y ISA*, As. C- 165/98, ECLI: EU: C: 2001:162, Apdo. 22-26. *Vid.* el comentario que se hace a esta sentencia en GARDEÑES SANTIAGO, M., “Aplicabilidad de las leyes de policía...” *loc. cit.*, nota 38, pp. 1797-1801.

Dentro de estas libertades se encuentra la libre circulación de trabajadores (art. 45 a 48 TFUE) así como la libre prestación de servicios (art. 56 a 62 TFUE) que han sido objeto de un tratamiento abundante por parte de la jurisprudencia del TJUE<sup>52</sup>. En el mismo sentido la doctrina se ha ocupado de desarrollar los aspectos relativos al acercamiento de las legislaciones de los Estados miembros a través del mecanismo del reconocimiento mutuo de reglamentaciones nacionales<sup>53</sup>.

---

52 *Vid.* Sentencia de 9 de enero de 1997, *Rutten Cross Medical*, As. C-383/95; Sentencia del TJUE de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, As. C-164/99 ECLI:EU:C:2002:40 en relación a la regulación sobre el salario mínimo en supuestos de desplazamiento de trabajadores asalariados dentro de la Unión Europea; Sentencia de 10 de abril de 2003, caso *Pugliese*, As. C-437/00, ECLI:EU:C:2003:219; Sentencia de 15 de marzo de 2011, *Koelzsch As.* C-29/10 ECLI:EU:C:2011:151. En el mismo sentido CORDERO ALVAREZ, C.L., “Incidencia de las normas imperativas...” *loc. cit.*, nota 23, pp.186; y RADICATI DI BROZOLO, L.G., “L’ influence sur les conflicts de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation”, *R. des C.*, 1993, pp.401-424.

53 *Vid.* GARDEÑES SANTIAGO, M. “Aplicabilidad de las leyes de policía...” *op. cit.*, nota 38, pp. 1798 y nota 6; *id.*, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999; PALAO MORENO, G., “La ley 45/1999 de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa”, *GJCE*, julio/agosto 2000, pp. 43-62; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., “Igualdad de los trabajadores temporales e indemnización por finalización del contrato de sustitución: la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (*Diego Porras*, C-596/2014). ¿Un paso (más) hacia el «contrato único?»” *La Ley Unión Europea*, núm 42, Ed. Wolters Kluwer, 2016, pp. 1-18.

#### **4.1.2. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 27 a 32)<sup>54</sup>**

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>55</sup> reúne dentro de su texto los derechos que emanan de las tradiciones constitucionales y de las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros de la Unión Europea. El respeto a los valores fundamentales permite al juez invocarlos o no para justificar la aplicación de la norma imperativa de un tercer Estado de la Unión Europea.

No obstante, el hecho de que sean Principios comunes a los ordenamientos europeos aproxima las diferencias existentes entre las normas internacionalmente imperativas con las que están presentes en la *lex fori* y en la *lex contractus*. A pesar de ello hay países como el Reino Unido y Polonia que en el momento de ratificar el Tratado de Lisboa obligaron a introducir el Protocolo 30<sup>56</sup> con el objeto de limitar la eficacia creadora de derechos de la Carta.

Este Protocolo consta de dos artículos. El primero de ellos afirma que la Carta no amplía las competencias del TJUE ni de los tribunales nacionales para apreciar que las acciones estatales

---

54 El capítulo IV: bajo el epígrafe de solidaridad se enumeran los Principios relacionados con el derecho a la información y a la consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva, derecho de acceso a los servicios de colocación, protección en caso de despido injustificado, condiciones de trabajo justas y equitativas, prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo, vida familiar y vida profesional, seguridad social y ayuda social, protección de la salud, acceso a los servicios de interés económico general, protección del medio ambiente, protección de los consumidores).

55 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea , DO C 202 de 7.6.2016, pp. 389-405.

56 *Vid.* Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, DO C 115 de 9.5.2008 pp. 313 – 314.



de ambos países sean incompatibles con los derechos reconocidos en la Carta. Continúa diciendo que *a fin de no dejar lugar a dudas*, se reafirma esta excepción en particular para los derechos contenidos en el Título IV (Solidaridad).

En el caso del Reino Unido la razón para interponer dicha excepción estuvo basada en su preocupación por la posible ampliación de derechos sociales y económicos que podría acarrear la aplicación de la Carta, de lo que se deduce que este Estado tradicionalmente ha querido mantener su independencia normativa respecto de países de la Unión Europea<sup>57</sup>.

No obstante, el TJUE en su sentencia pronunciada el 21 de diciembre de 2011 dejó claro que estas a excepciones no eximían a estos Estados de la obligación de respetar las disposiciones de la Carta<sup>58</sup>.

A día de hoy se puede decir que los Derechos sociales contenidos en la Carta actúan como Principios Fundamentales para los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros protegiendo a los trabajadores en especial a través del Título IV (Solidaridad), actuando dichas disposiciones como límite a las normas imperativas aplicables entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>59</sup>.

---

57 La posición del Reino Unido siempre ha sido controvertida, especialmente en los temas sociales de ahí que su salida de la Unión Europea no va a cambiar sustancialmente las políticas comunitarias. En el caso de Polonia, por su parte fue la de intentar limitar posibles efectos de la Carta en su Derecho de Familia sobre todo para evitar reconocer el matrimonio homosexual.

58 Se ha discutido sobre el alcance de las excepciones contenidas en el Protocolo 30, pero en el asunto *N. S. y otros*, el TJUE afirmó que «el Protocolo 30, no tiene por objeto eximir a la República de Polonia y al Reino Unido de la obligación de respetar las disposiciones de la Carta, ni impedir que un órgano jurisdiccional de uno de estos Estados miembros vele por que se respeten tales disposiciones» Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *N. S. y otros*, As. C-411/10 y C-493/10, ECLI: EU: C: 2011:865, Apdos. 116-122.

59 *Vid.* PÉREZ CAMPO, A.I., “Derechos Sociales Fundamentales en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 46, 2017, pp. 1-26;

### **4.1.3. Los Principios generales de Derecho que invocan los tribunales**

Dado que las normas de conflicto que se ocupan de regular las relaciones internacionales en el ámbito de la contratación internacional han sido “comunitarizadas” por el Reglamento Roma I (y con anterioridad por el Convenio de Roma), el Principio de primacía del derecho de la Unión Europea<sup>60</sup> actúa como un sistema de filtrado que impide a los Estados miembros crear normas imperativas que puedan afectar a las libertades alcanzadas en el ámbito económico. Por ello, el límite que se impone a los Estados para generar este tipo de normas deberá cumplir una serie de condiciones entre las que destacan:

- a) El respeto al Principio de proporcionalidad, según el cual, solamente podrán tenerse en cuenta aquellas normas que sean absolutamente imprescindibles para salvaguardar los intereses políticos, sociales y económicos del Estado.

---

MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, 2019, pp. 81-116.

60 En base a ese Principio, el Derecho de la Unión Europea prima en cualquier caso tanto sobre la legislación interna anterior o posterior ya que éste no podría existir si se admitiese que cada Estado pueda, en razón de sus intereses, derogarlo o modificarlo unilateralmente. El Juez nacional tiene que aplicar íntegramente el derecho europeo protegiendo los derechos que éste confiere a los particulares, por lo que no tiene que esperar ni pedir la previa eliminación de la norma nacional incompatible, sino aplicar directamente el Derecho Comunitario. La Sentencia de 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel* C-6/64 ECLI: EU: C: 1964:66, estableció la base de aplicación de este Principio.

- b) El Principio de necesidad que supone que la normativa comunitaria desarrollada debe tutelar debidamente los derechos de las partes implicadas en el contrato, en concreto a la parte débil (trabajadores).
- c) El Principio de equivalencia para el caso de que existan obligaciones esencialmente similares por su finalidad, destinadas a salvaguardar las libertades comunitarias<sup>61</sup>.
- d) El Principio de cooperación leal que vincula a las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos sus órganos jurisdiccionales, para aplicar el Derecho de la Unión Europea<sup>62</sup>.

En definitiva, el órgano jurisdiccional que debe pronunciarse sobre si se debe aplicar o no la norma internacionalmente imperativa, basará su apreciación en los motivos y los objetivos que inspiran dicha norma, tomando en consideración las consecuencias que ésta pueda producir sobre la relación jurídica en cuestión<sup>63</sup>. Esta apreciación favorece, en sentido amplio, la

---

61 *Vid.* Sentencia *Arblade*, *op. cit.* nota 17, As. C-369/96 y C-376/96 ECLI: EU: C: 1999:575 en su respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas.

62 En el caso *Nikiforidis*, el Abogado General en sus Conclusiones ha considerado no aplicable el Principio de cooperación leal por entender que el derecho aplicable no era el Derecho de la Unión Europea sino el derecho nacional ( griego en ese caso) competente (*lex causae*) por lo que considera que cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro conoce de un litigio, las leyes de policía del Derecho de la Unión, se aplican en virtud del art. 9-2 del Reglamento Roma I y no del art. 9-3. *Vid.* Conclusiones del AG en el As. C-135/15 ECLI: EU: C: 2016:281, *op. cit.* nota 47 Apdo. 116-120. En el mismo sentido, SÁNCHEZ LORENZO, S. "Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I", *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 78.

63 El TJUE se ha pronunciado en contra de normas nacionales que van en contra de los Principios del Derecho comunitario en la Sentencia 14 de septiembre de 2017 en el caso *Ryanair*, As. 168/16 y 169/16 ECLI:EU:C:2017:688 en relación a las condiciones de las condiciones laborales del personal de vuelo en Irlanda.

confianza mutua entre Estados miembros<sup>64</sup> pudiendo además dar alcance a las leyes de policía del Estado al que pertenece el órgano jurisdiccional que conoce del asunto que puede tener un interés legítimo en que los órganos jurisdiccionales de los otros Estados también tomen en consideración sus propias leyes de policía.

#### **4.2. Las normas internacionalmente imperativas de Estados no miembros de la Unión Europea**

El carácter *erga omnes* que tenía el Convenio de Roma y que también ha mantenido el Reglamento Roma I<sup>65</sup> ha dado lugar a la posibilidad de que normas imperativas de terceros Estados puedan desplazar a la norma aplicable al contrato de trabajo situado en el territorio de la Unión Europea.

En este caso el art. 9-3 RRI debe enfrentarse a ordenamientos desconocidos para los operadores jurídicos siendo entonces cuando *la aplicación y la toma en consideración del contenido* que aparece en su texto toma protagonismo para excluir la posibilidad de tener en cuenta leyes de policía desconocidas procedentes de Estados que estén fuera de la Unión Europea.

No hay que olvidar en este sentido que el Reglamento Roma I tiene como función determinar la ley aplicable a la relación contractual, permitiendo justificar eventualmente una «corrección» de esta determinación basándose, en las excepciones

---

También la Sentencia de 10 de septiembre de 2020, As. C-407/19 y C-471/19 (no disponible aún en la base de datos del TJUE) en relación a las medidas de protección belgas para los estibadores, por no considerarlas justificadas en base a medidas de seguridad portuaria.

64 *Vid.* BONOMI, A., “Le régime des règles impératives.”, *loc. cit.*, nota 4, pp. 235.

65 *Vid.* Art. 2 del Reglamento Roma I “La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro”.

de orden público o en las disposiciones imperativas<sup>66</sup>. El artículo 9 -3 RRI opera por tanto cuando el órgano jurisdiccional pretende tomar en consideración una ley de policía extranjera independientemente del contenido de la *lex causae*. Dicho de otro modo, en tal caso, se trata de llevar a cabo una verdadera intromisión en el ámbito de aplicación de la *lex causae* incorporando una norma imperativa desconocida para el juez. Sin embargo esta situación no se produce cuando la ley de policía extranjera se toma en consideración en el contexto de la aplicación de la *lex causae*<sup>67</sup>.

En este sentido el Abogado General del caso *Nikiforidis* se refirió al hecho de que todos los sistemas jurídicos incluyen normas que establecen conceptos indeterminados tales como *buenas costumbres* o *buena fe*, entre otros, siendo su finalidad la de conferir a los tribunales una facultad de apreciación adecuada que les permita ser tomadas en consideración, *como circunstancias de hecho*, las disposiciones legales vigentes en otros Estados. Estas reglamentaciones actúan motivadas por la necesidad de proteger intereses objetivamente legítimos al tiempo que presentan un vínculo adecuado con la relación contractual en cuestión por lo que no constituyen una excepción a la aplicación de la *lex causae*<sup>68</sup>.

En conclusión, la posibilidad de tener en cuenta las leyes de policía extranjeras por parte del órgano jurisdiccional que conoce del litigio le concede una amplia facultad discrecional, que debe permitirle adoptar una decisión equitativa y, al mismo tiempo, tener en cuenta los intereses legítimos de las partes y los intereses de los Estados cuya legislación ejerce influencia sobre una relación jurídica determinada.

---

66 Considerando 37 del Reglamento Roma I, *loc. cit.*, nota 45.

67 *Vid.* RENNER, M., "Rome I Article 9, Overriding Mandatory Provisions", CALLIERS, G.P. (ed.) 2ª, ed. *Rome Regulations*, Wolters Kluwer, 2015, pp.261.

68 *Vid.* Conclusiones AG As. C-135/15 ECLI:EU:C:2016:281, *loc. cit.*, nota 47, Apdo. 106.

En este sentido, el juez del foro puede actuar bien aplicando las sanciones recogidas en el Derecho extranjero cuyas disposiciones imperativas se han vulnerado, o utilizando dichas sanciones de forma atenuada en función de la valoración realizada por el juez en cada caso concreto. Ahora bien, cuando la disposición imperativa extranjera vulnerada no disponga de algún tipo de sanción, el juez podrá aplicar las sanciones previstas en la *lex contractus* teniendo en cuenta la infracción de la disposición imperativa como un “dato fáctico”. Esta solución evita que las partes tengan que conocer en su conjunto el ordenamiento jurídico de un derecho extranjero ya que en muchas ocasiones daría lugar a indefensión. Lo que sí que deberían tener en cuenta los contratantes son las consecuencias jurídicas contenidas en la ley del contrato que se producen por la vulneración de las normas internacionalmente imperativas extranjeras<sup>69</sup>.

La imperatividad requerida no tiene por qué estar expresada textualmente por lo que solo será suficiente con que pueda deducirse de la misma su contenido y finalidad. Además el carácter obligatorio de la norma siempre deberá analizarse según su propio ordenamiento, pues de no actuar de esta manera, se podría llegar a la paradoja de dar en el foro eficacia a una norma extranjera de la que carecería en su Estado de origen<sup>70</sup>. Con ello se está dando al juez la oportunidad de llevar a cabo una interpretación restrictiva ante ordenamientos ajenos al Derecho de la Unión Europea lo que permite eludir su aplicación, siempre que el juez considere que no se corresponden con los Principios de Derecho europeo, lo que permitiría desplazar las normas imperativas en favor de la ley elegida por las partes.

---

69 Vid. CALVO CARAVACA, A.L., “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable...”, *loc. cit.*, nota 26, pp. 114.-115.

70 Vid. GUARDANS I CAMBO, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, pp. 553.

El papel asignado al juez en estos casos es importante ya que su discrecionalidad estará limitada a las condiciones de aplicabilidad presentes en el art. 9-3 RRI las cuales (*naturaleza, objeto y consecuencias*) reducen de manera considerable su ámbito de elección. Por otro lado, dar pautas de conducta al juez para apreciar o no la toma en consideración de las disposiciones imperativas de la ley extranjera otorga más seguridad jurídica que dejarlo desprovisto de cualquier otro tipo de ayuda. A ello hay que unir el efecto uniformizador de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ayudará al juez en sus valoraciones.

No obstante, y a pesar de que la redacción del art.9-3 RRI ha restringido el poder de apreciación del juez, el legislador debería haber aprovechado la oportunidad que le brindaba el cambio de Convenio a Reglamento para aclarar que el juez puede desechar leyes imperativas extranjeras innecesarias invocando solo aquellas que considere imperativamente aplicables<sup>71</sup>. Con ello se hubiera reducido realmente la discrecionalidad del juez para evaluar y aplicar las disposiciones imperativas extranjeras de terceros Estados, ya que en estos casos, no solo se le exige al juez que analice la naturaleza de la norma imperativa para determinar o no su aplicabilidad, sino que además deberá buscar la justificación que le lleve a desplazar el ordenamiento elegido por las partes en base al objetivo perseguido por la disposición imperativa en el ordenamiento extranjero.

---

71 Hubiera sido más clarificador introducir una fórmula similar a la contenida en el art. 19 de la Ley Federal suiza de Derecho internacional privado de 1987, según la cual, se tendrán en cuenta las disposiciones imperativas cuando “los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes de la concepción suiza del derecho lo exijan”. *Vid.* PARRA RODRÍGUEZ, “El nuevo Derecho internacional...” *loc. cit.*, nota 3, pp. 427.

En este sentido, se tratará de buscar paralelismos con el derecho del foro, ya que en muchas ocasiones las normas imperativas adoptadas por otros ordenamientos responderán a ajustes de política legislativa propios del ordenamiento jurídico en el que se sitúe la norma imperativa. En definitiva, lo que se le exige realmente al juez es que valore dicho objeto y deduzca de su análisis la conveniencia o no de desplazar la ley elegida por las partes en favor de la norma imperativa extranjera.

Avalando dicha solución existen una serie de sentencias que provienen de jurisdicciones de diferentes Estados que tienen como elemento común el desplazamiento de la *lex contractus* a favor de las disposiciones imperativas de la *lex fori*, por considerar ésta más favorable. Es el caso de una indemnización para el trabajador no prevista por la ley que rige el contrato laboral<sup>72</sup>, la necesidad de una autorización administrativa previa para el despido que protege en este caso al trabajador<sup>73</sup>, la aplicación de la ley del lugar de ejecución del contrato por ser más beneficiosa que la ley de la nacionalidad común de las partes<sup>74</sup>, o la aplicación de una normativa que obliga al empresario a depositar ciertas cantidades en una mutua para revertirlas posteriormente en los trabajadores.

En este sentido, habría que interpretar esta condición de aplicabilidad dentro de un contexto de cooperación entre Estados ya que de lo contrario no tiene sentido que el juez sacrifique la autonomía de la voluntad de las partes en favor de un ordenamiento desconocido. Esta situación dificultaría el papel decisorio del juez ya que aunque éste se enfrente a diario

---

72 Vid. Sentencia del *Tribunal de Commerce de Bruxelles* de 24 de febrero de 1968, JDI, 1971, pp. 890 y ss.

73 Vid. Sentencia del *Hoge Raad*, de 8 de enero de 1971. AS. *American Express Inc. c. A Baron Mackay*, N.T.I.R., 1974, pp. 311.

74 Vid. Sentencia del Tribunal de Casación italiano de 6 de septiembre de 1980, As. *Grüning Marmorindustrie Sudtirol c. Kroh*, Riv .dir. int. p. proc., 1980, pp.279.



con problemas abstractos relacionados con el orden público y la moral, lo hace dentro de su propio ordenamiento, mientras que lo que el Reglamento Roma I está exigiendo al juzgador que interprete el objeto de una determinada disposición dentro de un ordenamiento desconocido.

Por último y una vez pasados los filtros anteriores el juez deberá examinar las consecuencias que se derivarían de tomar o no en cuenta la disposición imperativa extranjera debiendo el juez valorar diferentes aspectos. En este sentido, deberá estimar qué ley protege mejor los intereses de los trabajadores, ya que en ocasiones la *lex contractus* o la *lex fori* pueden ser más protectoras que la normativa del tercer Estado. También deberá tener en cuenta el juez que la ley invocada sea una disposición imperativa según el derecho extranjero, ya que tal y como se ha dicho anteriormente, el juez del foro no está autorizado a considerar una disposición como imperativa si el Estado de origen no la considera como tal, y ello a pesar de que en el foro existan normas similares que le concedan el grado de imperatividad<sup>75</sup>. Además, el juez deberá valorar una serie de circunstancias en cada caso concreto como por ejemplo, tener en cuenta si las normas imperativas son posteriores al contrato, en cuyo caso, el juez no estará obligado a tomarlas en consideración por respeto al Principio de seguridad jurídica<sup>76</sup>.

Una vez verificadas todas estas condiciones cabe preguntarse si el juez está obligado a aplicar la disposición imperativa del Estado extranjero, es decir, si el juez está facultado para no aplicarla a pesar de cumplirse todas las condiciones.

En este caso si se está frente a una disposición imperativa

---

75 *Vid.* Informe Giuliano-Lagarde, *loc. cit.*, pp. 25

76 *Vid.* VISCHER, F., "The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts", *R. des C.*, Vol. 142, 1975, pp. 23.

propia del Derecho de la Unión Europea entre Estados miembros el juez estaría obligado a ello siguiendo los dictados de la ley europea.

Por el contrario, si actúa ante Estados no miembros de la Unión Europea el juez no estaría obligado a reconocer la superioridad de la norma imperativa extranjera a pesar de cumplirse todas las condiciones requeridas en el art. 9-3 RRI, lo cual no justifica todos los esfuerzos llevados a cabo por el tribunal para evaluar o no la pertinencia de su aplicación. Sin embargo, esta solución ha sido justificada por considerarse un mecanismo de protección frente a leyes extranjeras que pudieran vulnerar los Principios y valores del Derecho de la Unión Europea<sup>77</sup>.

En definitiva, queda abierta la cuestión de si, una vez cumplidos todos los requisitos establecidos en el Reglamento en relación al control en la aplicación de la disposición imperativa extranjera, se debería eliminar la discrecionalidad concedida al juez, y por el contrario, se le debería exigir rigurosidad en el análisis de los factores que le lleven a considerar la aplicación de la norma extranjera ya que una vez reunidos éstos, no se debería dejar a su elección su aplicación. De este modo se eliminarían situaciones discrecionales que podrían hacer volver al nacionalismo que se intenta eludir a favor de la internacionalización de los contratos internacionales<sup>78</sup>.

---

77 Ver en este sentido la diferencia entre la Sentencia de 17 de octubre de 2013 *Unamar* As. C-184/12 ECLI:EU:C:2013:663 para agentes comerciales situados en la Unión Europea. Dado que las condiciones laborales de los agentes comerciales se encuentra regulada en una Directiva, el juez consideró que se trataba de un derecho europeo unificado y que por lo tanto no se podía aplicar una norma imperativa de otro Estado miembro. Por contra, en la Sentencia de 16 de febrero de 2017 *Agro Foreign Trade & Agency*, As. C-507/15 ECLI:EU:C:2017:129 al estar situado el agente comercial en Turquía se aplicó la norma imperativa por entender que ésta era contraria a los Principios del derecho europeo.

78 El Prof. Carrillo Pozo considera que dado que el lugar de ejecución del contrato puede estar situado en cualquier Estado del mundo, es necesario dar un margen de discrecionalidad al juez para enjuiciar si los valores subyacentes a una

## 5. CONCLUSIONES

La autonomía de la voluntad, como Principio rector de la ley aplicable a las obligaciones contractuales sufre las limitaciones que provocan la presencia de disposiciones imperativas a través de las cuales los Estados protegen sus mercados. Es por ello, que es necesario delimitar su alcance para ayudar a los jueces en su detección y alcance respecto a los contratos internacionales. En este sentido, aparentemente las leyes de policía se ocupan de proteger instituciones propias del derecho público mientras que las normas de aplicación inmediata se quedarían en la órbita de protección del derecho privado. Dicho esto, las normas que protegen al trabajador, como parte débil, parecen estar más próximas al ámbito privado (salario mínimo, el trabajo temporal, las vacaciones o las bajas laborales etc.) que a políticas legislativas de carácter social o laboral.

Este razonamiento lleva a considerar que la protección al trabajador le llegaría por la vía del art. 8-1 del RRI (de aplicación inmediata) más que por la del art. 9-3 del RRI (leyes de policía), si bien ésta quedaría como una norma complementaria para cubrir aquellos derechos no contemplados en el art. 8 RRI.

Por otro lado, el efecto de las normas imperativas contenidas en el art.9-3 RRI no va a ser el mismo dependiendo de que las normas imperativas de terceros Estados se apliquen entre los Estados miembros de la Unión Europea o lo hagan en aplicación de normas imperativas de Estados no miembros de la Unión Europea. En el primer caso las normas imperativas actúan dentro de un marco jurídico común en el que los Estados comparten

---

determinada medida, son compatibles o no con el ordenamiento aplicable al contrato de trabajo. *Vid.* CARRILLO POZO, L.F. "El tratamiento de las leyes de policía..." *loc. cit.*, nota 43.pp. 17

Principios protectores que tienden a eliminar paulatinamente las normas imperativas nacionales a favor de un ordenamiento imperativo europeo. En este sentido las libertades comunitarias, la Carta de derechos Fundamentales, y los Principios Generales de Derecho actúan como derecho uniforme frente a las disposiciones imperativas reclamadas por los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión Europea. El juez, en estos casos, analizará caso por caso la naturaleza, objeto y circunstancias para decidir la aplicación de la norma imperativa bajo el control de los Principios de derecho europeo.

Por el contrario, el juez actúa de forma más restrictiva cuando el tercer Estado no es miembro de la Unión Europea utilizando en este caso el poder discrecional que le otorga el art. 9-3 RRI para apartar la disposición imperativa extranjera que pueda lesionar los derechos laborales contenidos en la legislación de la Unión Europea.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

AUDIT, B., *Droit international privé*, L.G.D.J., 2018

BLANQUER CRIADO, D. “La influencia del Derecho Público sobre el Derecho de la contratación”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2008, t. XLVIII, pp. 159-458.

BONOMI, A., “Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts”, *10 Yearbook of Private International Law*, 2008, pp. 85-29

----, “Article 9: Overriding mandatory provisions” en MANKOWSKI, U., MAGNUS, U. (eds), *Rome I Regulation (European Commentaries on Private International Law*, Sellier (Munich), 2017, pp. 599-66

---, “Le régime des règles impératives et des lois de police dans le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux contrats”, BONOMI, A, CASHIN RITAINE (ed.), *Le nouveau règlement européen «Rome I» relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Ginebra, 2008.

BUCHER, A., “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *R. des C.*, 1925-IV, t. 9, pp.411-557.

CALVO CARAVACA, A.L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas”, *CDT*, Octubre, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 52-133, pp. 116.

CARRILLO POZO, L.F., “El tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”, *Bitácora Millennium*, núm. 5, 2017, pp. 1-23, pp. 11.

CORDERO ALVAREZ, C.L., “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: Especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea”, *CDT*, vol. 9, núm.2, 2017, pp. 174-19.

COURSIER, P. *Le conflict de lois en matière de contrat de travail*, L.D.D.J., París, 1993, pp. 203, núm. 464 y ss.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Reglamento Roma I: ámbito de aplicación temporal y normas imperativas de terceros Estados”, 18 de octubre de 2016, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/10/reglamento-roma-i-ambito-de-aplicacion.html> consultado el 22 de septiembre de 2020.

DE WINTER, L.I., “Dispositions imperatives et contrats internationaux”, *N.T.I.R.*, 1964, pp. 361 y ss.

DIAGO DIAGO, M.P., “El comercio internacional de diamantes: sistema de certificación del Proceso Kimberly”, *CDT*, Vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 72-91, pp.88.

DROBNING, U., “Comments on art. 7 of the Draft Convention”, in LANDO, O. Et AL., *European Private International Law of obligations*, 1975, pp. 82 y ss.

FRANESCAKIS, Ph., “Conflicts de lois (Principes Généraux)”, *Répertoire de Droit international*, Vol. I, Dalloz, París, 1968, n° 137.

---, “Quelques précisions sur les “lois d’aplication immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, núm. 1, pp. 1-50.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “The Rome I Regulation: Much Ado about Nothing?” *European Legal Forum*, núm. 2, 2008, pp. I-61-77

---, “El Reglamento “Roma I” sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma desde 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, 2008, pp. 1-33.

GARDEÑES SANTIAGO, M., “Aplicabilidad de las leyes de policía laboral y libre prestación de servicios en la UE”, *La Ley*, D-30, 2001-1, pp. 1797-1801

---, “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *AEDIPR.*, t. VIII, 2008, pp.387-424;

---, “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 132, 2017, pp. 163-168.

GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.,” La Constitución Europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?”, *REEI*, n° 9, 2005, pp. 1-5.

GOTHOT, P., “Le renouveau de la tendance unilateraliste en Droit international privé”, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1971, pp. 1 y ss. y 209 y ss.

GUARDANS I CAMBO, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1992.

HELLNER, M., Third country overriding mandatory rules in the Rome I regulation: old wine in new bottles?, *Journal of Private International Law*, Vol.5, 3, 2009, pp. 447 -470.

JACQUET, J-M, “La aplicación de las leyes de policía en materia de contratos internacionales”, *AEDIP*, t. X, 2010, pp. 35-48.

JESSURUN D' OLIVEIRA, H.U., “Observations concerning the preliminary draft E.E.C. Convention on the law applicable to contractual and extra-contractual obligations”, *N.I.L.R.*, 1975, pp.194 y ss.

KRONENBERG, A.,”Foreign overriding mandatory provisions under the Regulation 593/2008 (Rome I Regulation), Judgement of the European Court of Justice of 18 October 2016, case C-135/15, *CDT*, vol. 10, núm 2, 2018, pp. 873-886.

KUNDA, I., “Defining Internationally Mandatory Rules in European Private International law of Contracts”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, núm. 4 2007, pp. 1-13

LAGARDE, P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959

LANDO, O., NIELSEN, P.A., “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725

MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, 2019, pp. 81-116

MAYER, P., *La protection de la partie faible en droit international privé*, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels: Comparaisons franco-belges*, L.G.D.J., Paris, 1996

---, "Les lois de police", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1988, pp. 105-120

MENGOZZI, P., "Règles communautaires et règles impératives en tant que "limites" et "contra-limites" imposées à l' autonomie contractuelle", *RMUE*, 1999, núm.1, pp.178-179

MORSE, C., "The EEC Convention on the law applicable to Contractual obligations", *Yearbook of European Law*, 1983, pp. 107-160

MOSCONI, F., "Exceptions to the Operation of Choice of Law rules", *R. des C.*, 1989-V, t. 217, pp. 9-214

NEUMAYER, K.H., "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 59 y ss.

NUYTS, A., "L' application des lois de police dans l' espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)", *Rev. crit.dr. int. pr.*, 1999, pp.31-74 y 245-265

---, "les lois de pólce et dispositions impératives dans le Règlement Rome I", *Revue de droit comercial belge*, 2009, núm. 6.

PARRA RODRÍGUEZ, C., *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, J.M. Bosch Ed., 2001.

PILLET, A. "Le Droit international privé. Essai d' un système general de solutions des conflits de lois", *JDI*, 1896.

POMMIER, J.C., *Principe d' autonomie et loi du contrat en Droit international privé conventional*, Económica, 1992.

RADICATI DI BROZOLO, L.G., "L' influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation", *R. des C.*, 1993, pp.401-424.



RAMMELOO, S., “From Rome to Rome-Cross-border employment contract. European Private International Law: Intertemporal law and foreign overriding mandatory laws. Case C-135/15 Greek Republic v. Grigorios Nikiforidis”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24(2), 2017, pp. 298-322.

RENNER, M., “Rome I Article 9, Overriding Mandatory Provisions”, CALLIESS, G.P. (ed.), 2<sup>a</sup>, ed. *Rome Regulations*, Wolters Kluwer, 2015

SANCHEZ LORENZO, S.”, Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010

SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 8, Berlin, 1849, 36 I 276.

VAQUERO LÓPEZ, C., “Autonomía de la voluntad y normas imperativas” en SÁNCHEZ LORENZO, S. (Dir.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2<sup>a</sup> ed. Civitas (Navarra), 2013, pp.893-934.

VISCHER, F., “The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts”, *R. des C.*, Vol. 142, 1975

----, “General Course on Private International Law”, *R. des C.*, 1992-I, t.232, pp. 9-256

# **EFECTOS COLATERALES DE LA LEY HELMS-BURTON EN ESPAÑA. REFLEXIONES EN TORNO AL ASUNTO CENTRAL SANTA LUCÍA CONTRA MELIÁ HOTELES**

*AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ*

PROFESORA TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EFECTOS COLATERALES DE LA LEY HELMS-BURTON EN ESPAÑA. 2.1. Asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles: Hechos y cuestiones jurídicas planteadas. 2.2. Auto JPI de Palma de Mallorca, de 2 de octubre de 2019 y Auto AP de Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 2020. 3. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ASUNTO CENTRAL SANTA LUCÍA CONTRA MELIÁ HOTELES. 3.1. Inmunidad de jurisdicción. 3.2. Competencia judicial internacional. 3.3. Cuestiones de Derecho aplicable. 4. EFICACIA INTERNACIONAL DE LAS NACIONALIZACIONES. 4.1 Consideraciones previas. 4.2. Perspectiva de Derecho Internacional Privado: 4.2.1. *Competencia internacional del Estado que ordena el acto de nacionalización.* 4.2.2. *Conformidad con el orden público internacional.* 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

## **1.INTRODUCCIÓN**

1. En abril de 2019 la Administración de Donal Trump decidió activar el Título III de la *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad)*

Act de 1996<sup>1</sup>, más conocida como Ley Helms-Burton<sup>2</sup>, provocando con ello un gran revuelo en la comunidad internacional<sup>3</sup>. El Título

- 
- 1 Texto de la ley disponible en: <https://www.congress.gov/bill/104th-congress/house-bill/927>. Puede consultarse una versión en castellano: <https://web.archive.org/web/20061019012534/http://www.icap.cu/pdf/ley%20helms%20burton.pdf>.
  - 2 Sobre la Ley Helms-Burton, *vid.*: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas”, *Derecho de los Negocios*, 1996, núm. 72, pp. 13-27; IRIARTE ÁNGEL, J. L., “La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, núm. 63, pp. 81-112; LÓPEZ JURADO, C., “La controversia entre la Unión europea y Estados Unidos relativa a la Ley Helms-Burton”, *RDCE*, 1997, núm. 2, pp. 581-595; LOWENFELD, A. F., “The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act: Congress and Cuba. The Helms Burton-Act”, *AJIL*, 1996, pp. 419-434; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “La Ley de Libertad y Solidaridad Democrática con Cuba (Libertad Act) en el marco de la regulación del comercio internacional”, *REDI*, 1997, núm. 1, pp. 372-377; ROY, J., “La Ley Helms-Burton: Desarrollo y consecuencias”, *RDCE*, 1997, núm. 2, pp. 487-510; SEPPALA, CH. R., “La pratique américaine récente: les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy”, en AAVV, *Sanctions unilaterales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, París, Montchrestein, 1998, pp. 83-97.
  - 3 La *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* de 1996, más conocida como Ley Helms-Burton, apellidos de sus patrocinadores republicanos, fue promulgada el 12 de marzo de 1996. Dicha ley viene a completar el embargo decretado por EEUU a Cuba a través de la *Cuban Democracy Act* de 1992 o “Ley Torricelli”, mediante los siguientes mecanismos: a) Prohibición de préstamos, créditos o financiación por parte de ciudadanos o residentes de los EEUU en transacciones de propiedades confiscadas (Sección 103); b) Obligación del Gobierno de EEUU de votar contra la admisión de Cuba en ciertas instituciones internacionales como el FMI o el BM, hasta que no resurja la democracia en Cuba (sección 104); c) Reconocimiento de un derecho a los ciudadanos de EEUU a demandar ante los tribunales federales a compañías extranjeras que “trafiquen” con propiedades confiscadas por Cuba y extiende ese derecho a las personas que no eran ciudadanos estadounidenses en el momento de dicha confiscación, en su mayoría cubanos (Título III), d) Denegación del visado de entrada a los EEUU de extranjeros, -directivos de empresas y sus familiares-, que hayan traficado con bienes confiscados (Título IV). Los aspectos más polémicos aparecen regulados en sus títulos III y IV. Concretamente, el título III ofrece a los ciudadanos estadounidenses que sufrieron la expropiación de sus propiedades en Cuba, sin mediar compensación económica alguna, un mecanismo efectivo para resarcirse por tales hechos acaecidos tras la revolución de 1959. No obstante, el principal objetivo del título III de la Ley Helms-Burton es más bien disuadir la inversión extranjera en Cuba dinamitando con ello las medidas de

III de la mencionada ley, que entró en vigor el 2 de mayo de 2019, reconoce un derecho subjetivo a los ciudadanos estadounidenses frente a todas aquellas empresas nacionales o extranjeras que “trafiquen” con propiedades o bienes nacionalizados desde el 1 de enero de 1959 por el Estado cubano sin haber mediado compensación<sup>4</sup>.

---

liberalización económica, adoptadas por el Gobierno cubano tras el colapso de sus relaciones económicas con la extinta Unión Soviética. De tal manera, los EEUU pretenden imponer a terceros países su embargo sobre Cuba, forzando con ello su política exterior. De ahí que, desde el momento de su promulgación, la Ley Helms-Burton creara serios enfrentamientos entre los EEUU y sus aliados políticos y comerciales, entre ellos sus socios en el Tratado de Libre Comercio y la Unión Europea (por aquel entonces, Comunidad Europea). Concretamente, la UE solicitó, el 15 de julio de 1996, al Presidente Clinton que renunciase a la aplicación del Título III de la Ley, quien procedió el 17 de julio de 1996 a la suspensión del mencionado Título por un periodo de seis meses. La propia Ley Helms-Burton contempla la posibilidad de prórroga. Aun así, dicha medida fue considerada insuficiente por la UE, dando lugar, por un lado, a la presentación de una demanda ante la OMC, y por otro lado, a la elaboración de un arsenal de medidas tendentes a neutralizar los efectos extraterritoriales de la Ley Helms-Burton. Meses más tarde, el 11 de abril de 1997, la Comisión Europea y los EEUU llegan a un principio de acuerdo en cuya virtud, la UE se compromete a retirar la demanda ante la OMC, y los EEUU por su parte, a suspender indefinidamente el Título III, así como “dulcificar” la aplicación del Título IV.

- 4 Para una mayor precisión del supuesto normativo contemplado en el Título III de la Ley Helms-Burton (Secciones 301-306) resulta necesario destacar los siguientes aspectos: a) la norma afecta a cualquier persona, natural o jurídica (Secc. 4 apartado 11). Para determinar la nacionalidad de una persona jurídica la Ley Helms-Burton sigue la tesis de la constitución (Secc. 4 apartado 8, B); b) El término “traficar”, abarca cualquier actividad comercial que utilice o se beneficie de propiedades confiscadas, así como que provoque, participe o se beneficie del tráfico que realicen otras personas o realizarlo a través de otros (Sección 4 apartado 13). Quien trafica ha de ser consciente de que trafica con propiedades confiscadas (Sección 4, apartado 9). Si se dispone de autorización del titular estadounidense, el tráfico se considera lícito (Sección 13 apartado A); c) Por “propiedades confiscadas” se entienden aquellas que hayan sido confiscadas por el Estado cubano desde el 1 de enero de 1959 sin satisfacer una adecuada indemnización o sin que le perjudicado hubiese llegado a un acuerdo al respecto (Sección 4, apartado 4); d) Para probar que se tiene derecho sobre una propiedad confiscada, esta ha de tener un valor superior a 50.000 \$, y ha de aportarse un certificado emitido por la *Foreign Claims Settlement Commission*, y si no lo hubiere, cabe solicitar un dictamen pericial a tal efecto al citado organismo

2. La Ley Helms-Burton crea, en definitiva, una tasa a las inversiones extranjeras en Cuba y con ello un obstáculo impuesto unilateralmente al libre comercio mundial<sup>5</sup>. Para neutralizar los efectos perversos que una medida de tal envergadura pudiera acarrear en el tráfico comercial internacional, algunos países han recurrido a “normas de bloqueo” o “normas antidoto”<sup>6</sup>. Este tipo de normas, cuyo principal objetivo es protegerse frente a la extraterritorialidad de la Ley Helms-Burton contemplan entre otras la adopción de las siguientes medidas: a) exclusión de la cooperación judicial con los tribunales norteamericanos en los asuntos derivados de la Ley Helms-Burton; b) imposición de sanciones a las empresas nacionales que acaten la mencionada ley; c) reconocimiento a las empresas nacionales afectadas por la Ley Helms-Burton del derecho a recuperar en su país los importes pagados al que fuera demandante en EE.UU<sup>7</sup>.

---

(Sección 302 y 303); e) el derecho a reclamar ante tribunales federales solo se atribuye a nacionales estadounidenses, no siendo necesario que tuviesen dicha nacionalidad en el momento de la confiscación (Sección 303, apartado b). Este derecho que reconoce la Ley Helms-Burton puede suspenderse (Sección 204, apartado a y Sección 306) o extinguirse una vez se implante un régimen democrático en Cuba (Secciones 201-2016 y sección 302, apartado h), y está sujeto a un plazo de prescripción de dos años desde que se realizó el tráfico (Sección 305); i) Dicho plazo comenzará a contar desde la entrada en vigor del Título III de la Ley Helms-Burton, esto es, desde el 2 de mayo de 2019 (Sección 301, apartado a y Sección 305, apartado a); j) Si se dan todas las condiciones descritas, se podrá reclamar el pago de una determinada cantidad. La cuantía de la sanción económica no tiene carácter compensatorio, sino punitivo. Esta es independiente de los beneficios que esté obteniendo la empresa que “trafica” con la propiedad confiscada. Y finalmente, el recurso a esta reclamación excluye cualquier otro remedio que traiga la misma causa (Sección 302). *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *loc. cit.*, nota 1, pp. 14-18; IRIARTE ÁNGEL, J.L., *loc. cit.*, nota 1, p. 84-89.

5 *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *loc. cit.*, nota 1, p. 13.

6 *Vid.* ALTOZANO GARCÍA-FIGUERAS, H., *La protección de las inversiones españolas en el exterior*, Madrid, Instituto Español de Comercio Exterior, 2001, pp. 114-118.

7 *Vid. ad ex.* en Canadá, la *Foreign Extraterritorial Measures Act* 1984, en vigor desde el 14 de febrero de 1985, (texto disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/f-29/page-1.html>) o en México, la *Ley de Protección al Comercio y la Inversión*

3. La UE dispone de su propio estatuto de bloqueo o “*blocking statute*”, recogido esencialmente en el Reglamento (CE) núm. 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (en adelante, estatuto de bloqueo UE)<sup>8</sup>. Dicho Reglamento ha sido actualizado y desarrollado a través de dos instrumentos<sup>9</sup>: el Reglamento Delegado (UE) 2018/1100 de la Comisión, de 6 de junio de 2018<sup>10</sup> y el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 de la Comisión, de 3 de agosto de 2018<sup>11</sup>. Este último Reglamento se complementa con las disposiciones adoptadas a tal efecto por los Estados miembros<sup>12</sup>.

4. Desde un punto de vista jurídico-privado, el estatuto de bloqueo UE prevé las siguientes medidas en caso de reclamaciones o inicio de acciones en EE.UU en aplicación de la Ley Helms-Burton: a) Denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o administrativas extranjeras que hagan efectiva la Ley Helms-Burton (art. 4); b) Prohibición de atender requerimientos de juzgados extranjeros que se encuentren tramitando acciones basadas o derivadas de la mencionada ley (art. 5); y c) Derecho a obtener una compensación por cualquier

---

*de Normas Extranjeras que contravengan el Derecho Internacional*, publicada en el Diario oficial mexicano, el 23 de octubre de 1996 (texto disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/63.pdf>).

8 DO L núm. 309, de 29 de noviembre de 1996.

9 Vid. Comisión Europea, *Nota de orientación. Preguntas y respuestas: adopción de la actualización del estatuto de bloqueo*, DO C núm. 277, de 7 de agosto de 2018.

10 DO L núm. 199, de 7 de agosto de 2018.

11 DO L núm. 199, de 7 de agosto de 2018.

12 En el caso de España: Ley 27/1998, de 13 de julio, sobre sanciones aplicables a las infracciones establecidas en el Reglamento (CE) núm. 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre, relativo a la protección frente a la aplicación extraterritorial de la legislación de un país tercero, BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

daño, incluidas las costas procesales, causado por la aplicación de la Ley Helms-Burton . En este último caso, los afectados podrán interponer demanda ante los tribunales de cualquier Estado miembro en el que la persona física o jurídica, o cualquier otra entidad, que haya causado el daño, o cualquier persona que actúe en su nombre o como intermediario, posea activos. Se amplían así, los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2012, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art. 6)<sup>13</sup>.

5. En este escenario, construido sobre la base de normas unilaterales (Ley Helms-Burton *versus* Estatuto de bloqueo UE), se crea la atmósfera perfecta para el surgimiento de una auténtica “guerra transoceánica de Derecho Internacional Privado”<sup>14</sup>. Desde el punto de vista de la litigación internacional, los nacionales estadounidenses beneficiados por el Título III de la Ley Helms-Burton tendrían las siguientes posibilidades: a) demandar ante los tribunales estadounidenses, teniendo en cuenta que el éxito de su reclamación se verá determinado por los activos que posea en aquel Estado el demandado extranjero (téngase en cuenta la imposibilidad de ejecutar la sentencia en territorio UE: estatuto de bloqueo); b) demandar ante los tribunales del país donde tenga su domicilio/activos la empresa extranjera que “trafica” con bienes “confiscados”. Si bien, las posibilidades de éxito de

---

13 Vid. VICH, D./HEREDIA, I., “Ley Helms-Burton: ¿qué implica y de qué mecanismos de defensa disponen los particulares y empresas de la UE?”, [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/ley-helms-burton-que-implica-y-de-que-mecanismos-de-defensa-disponen-los-particulares-y](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/ley-helms-burton-que-implica-y-de-que-mecanismos-de-defensa-disponen-los-particulares-y).

14 Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “La guerra transoceánica de Derecho internacional privado. Helms-Burton ataca de nuevo: una obra en siete actos”, <http://accursio.com/blog/?p=883>; ID., “¡Exprópiese! España, Cuba y playa esmeralda”, <http://accursio.com/blog/?p=1112>.

esta última opción serían más bien escasas, teniendo en cuenta el estatuto de bloqueo UE y la imposibilidad técnico-jurídica de que los tribunales, en este caso de la UE, apliquen una norma extraterritorial del calado de la Ley Helms-Burton. Por su parte, los afectados por la Ley Helms-Burton (demandados en EEUU) podrían, a su vez, reclamar una compensación mediante un procedimiento judicial entablado ante los tribunales de cualquier Estado miembro contra cualquier persona física o jurídica, o cualquier otra entidad, que haya causado los daños, o cualquier persona que actúe en su nombre o como intermediario, siempre y cuando posean activos o bienes en territorio UE<sup>15</sup>.

## **2. EFECTOS COLATERALES DE LA LEY HELMS-BURTON EN ESPAÑA**

6. En este cruce de demandas transoceánicas “sin cuartel”, al que podrían arribar tanto el Título III de la Ley Helms-Burton como el estatuto de bloqueo UE, los términos de la litigación internacional quedan bien definidos. De tal forma que, antes de interponer una demanda ante tribunales de EEUU, los beneficiarios de la Ley Helms-Burton han de sopesar las posibilidades reales de éxito, teniendo en cuenta la futura ejecución de la sentencia, en EEUU o en el extranjero, así como el riesgo de afrontar una demanda ante tribunales de cualquier Estado miembro UE.

7. Pero, cuando parecía que todas las vías de litigación internacional estaban bien establecidas en términos de eficiencia jurídica (costes/

---

15 Sobre este derecho de compensación, conocido en el derecho anglosajón como cláusula *claw-back*, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La reacción europea a las sanciones norteamericanas contra Cuba, Irán y Libia. El Reglamento n° 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996”, *Gazeta Jurídica de la CE*, 1997 B-120, pp. 19-23, en esp. pp. 21-22.



beneficios)<sup>16</sup>, se plantea ante los tribunales españoles una demanda que hace tambalear la ecuación anteriormente planteada.

## **2.1 Asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles: Hechos y cuestiones jurídicas planteadas**

8. Central Santa Lucía L. C. es una sociedad estadounidense, sucesora de la entidad Santa Lucía Company S.A. y de la sociedad civil Sánchez Hermanos. Estas dos empresas cubanas eran propietarias y explotadoras, en su día, de unos terrenos situados al norte de la isla de Cuba, en una zona conocida como “Ingenio Santa Lucía”. Ambas sociedades se dedicaban a la explotación de la caña de azúcar. Tras la revolución castrista de 1 de enero de 1959, el nuevo régimen cubano decidió nacionalizar todos los bienes y empresas de personas naturales o jurídicas de nacionalidad cubana o constituidas conforme a la ley cubana, mediante la aprobación de la ley 890, publicada el día 15 de octubre de 1960. Dicha ley se aprobó en el marco de una política estatal de abolición total de la propiedad privada.

9. La aplicación de dicha ley provocó que el Estado de Cuba nacionalizase, entre otros muchos bienes, los terrenos de Santa Lucía Company SA y Sánchez Hermanos, que a partir de ese momento pasaron a ser propiedad de Cuba. Todo ello sin mediar compensación económica alguna.

10. Estos terrenos actualmente son propiedad de Gaviota S.A., una empresa pública cubana que, en su día, otorgó a Meliá Hoteles una autorización para gestionar y explotar los terrenos situados en Playa Esmeralda (integrados en la zona “Ingenio Santa Lucía”). En el marco de esta explotación se han construido en Playa Esmeralda los hoteles:

---

16 Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “La racionalidad económica del DIPr”, *Cursos de Derecho Internacional Privado Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 88-154.

Sol Río y Luna Mares y *Paradisus* Río de Oro. Meliá Hoteles ha estado obteniendo beneficios económicos por esta explotación “ilegítima” durante los últimos 20 años.

11. De ahí que, el 3 de junio de 2019, Central Santa Lucía decidiera interponer demanda ante los tribunales españoles contra dicha empresa española por considerar que ésta había obtenido un enriquecimiento ilícito durante todo este tiempo que ha durado su actividad hotelera en Playa Esmeralda.

12. Admitida a trámite la demanda, Meliá Hoteles interpone declinatoria de jurisdicción y de competencia judicial internacional por entender que los tribunales españoles no pueden entrar a conocer de dicho asunto.

## **2.2. Auto JPI de Palma de Mallorca, de 2 de octubre de 2019 y Auto AP de Palma de Mallorca, de 18 de marzo de 2020**

13. Por Auto de 2 de octubre de 2019, el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Palma de Mallorca<sup>17</sup> estima la declinatoria de jurisdicción y de competencia judicial internacional, y lo hace sobre la base de los siguientes argumentos.

14. Para resolver la controversia resulta necesario determinar cuáles son las concretas pretensiones de la parte actora y los fundamentos en los que se basa. Tal y como se ha expuesto con anterioridad, la demanda trae causa de la “confiscación” por parte del Estado cubano de unos terrenos, en los que posteriormente se autorizó la explotación hotelera a Meliá Hoteles. Esto ha provocado que la mencionada empresa española haya obtenido

---

17 ECLI: ES:JPI:2019:6A

un enriquecimiento con causa ilícita, en tanto que ha estado obteniendo beneficios económicos de una explotación ilegítima. De ahí que, según la demandante, los beneficios obtenidos por la demandada deban ser considerados como frutos derivados de una posesión ejercitada de mala fe, según el art. 455 Cc español.

15. Para resolver las pretensiones de la demandante resulta necesario, por tanto, pronunciarse sobre la licitud o ilicitud del acto de nacionalización y sobre el derecho de propiedad o derecho de posesión de unos bienes de un Estado, algo que no es posible, según el JPI, por impedirlo la inmunidad de jurisdicción (art. 21.2 LOPJ, art. 36 LEC, arts. 2, 4 y 9-16 LO 16/2015<sup>18</sup>).

16. Por otro lado, considera el JPI que los tribunales españoles tampoco tienen competencia judicial internacional para entrar a conocer de las pretensiones de Central Santa Lucía. Según el JPI, las pretensiones de la demandante se fundamentan en una acción real referida a un bien inmueble situado en Cuba, concretamente, en una acción reivindicatoria del derecho de propiedad o de posesión. Por tanto, en virtud del art. 24 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Reglamento Bruselas I-bis)<sup>19</sup> y del art. 22 LOPJ, los Tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional por corresponder el conocimiento del asunto con carácter exclusivo a los tribunales del lugar donde está situado el bien inmueble.

---

18 Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficinas en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, *BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

19 *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

17. Contra dicha resolución se interpone recurso de apelación por parte de Central Santa Lucía. Por Auto de 10 de marzo de 2010, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca<sup>20</sup> revoca la resolución de instancia declarando la jurisdicción y la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, y lo hace sobre la base de los siguientes argumentos:

18. En primer lugar, la Audiencia Provincial afirma la jurisdicción de los tribunales españoles por estimar que la demanda no se dirige contra el Estado cubano ni contra sus bienes. Esto es, para poder apreciar la “inmunidad de jurisdicción” resulta necesario que el en proceso intervenga como parte demandada un Estado (art. 49 y art. 51 LO 16/2015), y no es el caso.

19. En segundo lugar, y por lo que respecta a la competencia judicial internacional, la Audiencia Provincial rechaza la calificación real de la pretensión ejercitada al no poder subsumirse en las acciones relativas a derechos reales inmobiliarios del art. 24.1 Reglamento Bruselas I-bis. Para ello, la acción debería tener por objeto determinar el alcance, la consistencia, la propiedad, la posesión de un bien inmueble o la existencia de otros derechos reales sobre esos bienes, y por otro, garantizar a los titulares de tales derechos la protección de las prerrogativas que les atribuye su título. En este caso concreto, la pretensión de la demandante se sustenta en un eventual enriquecimiento ilícito que se imputa a la parte demandada por la explotación de determinados establecimientos situados en los terrenos que se “confiscaron”. Por tanto, no puede atribuirse carácter real a la pretensión ejercitada.

20. Para declarar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en este caso de enriquecimiento injusto, resulta de aplicación el foro general del domicilio del demandado

---

20 ECLI: ES:APIB:2020:37A

(art. 4 Reglamento Bruselas I-bis) y según la Audiencia Provincial, también el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales (art. 7.2 Reglamento Bruselas I-bis). A igual conclusión se llega mediante la aplicación de los arts. 22. 3 y art. 22 quinquies de la LOPJ.

### **3. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO EL ASUNTO CENTRAL SANTA LUCÍA CONTRA MELIÁ HOTELES**

21. Varias son las cuestiones jurídicas suscitadas por el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles que se prestan al debate y análisis jurídico, entre ellas: a) la inmunidad de jurisdicción; b) la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para entrar a conocer del asunto: acción de enriquecimiento injusto; y c) la determinación del Derecho aplicable, si bien es cierto esta última cuestión no llega a plantearse ante los órganos jurisdiccionales españoles<sup>21</sup>.

---

21 *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Efectos legales en España de las expropiaciones de bienes inmuebles en Cuba. Un fascinante viaje por la geopolítica y el Derecho internacional privado”, *CDT*, 2020, núm. 2, pp. 254-266; IRIARTE ÁNGEL, J. L., “La Ley Helms-Burton proyecta su sombra sobre la jurisprudencia española y la legislación de la Unión Europea”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 11, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-86-la-ley-helms-burton-proyecta-su-sombra-sobre-la-jurisprudencia-espanola-y-la-legislacion-de-la-union-europea>; *id.*, “De nuevo sobre el problema de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver litigios derivados de las nacionalizaciones cubanas. Reflexiones sobre el Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sec. 3ª) de 18 de marzo de 2020”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 11, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-87-de-nuevo-sobre-el-problema-de-la-competencia-judicial-internacional-de-los-tribunales-espanoles-para-resolver-litigios-derivados-de-las-nacionalizaciones-cubanas>; *id.*, “Continúan las decisiones sobre el Asunto Central Santa Lucía L.C contra Meliá Hotels International S.A. Notas al Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 24 d palma de Mallorca de 6 de julio de 2020”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm 12, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba->

### **3.1. Inmunidad de jurisdicción *versus* eficacia internacional de las nacionalizaciones**

22. Para poder resolver la pretensión de la parte demandante, que se sustenta en el enriquecimiento ilícito que se imputa a la demandada por la explotación de determinados establecimientos sitios en los terrenos que, en su día, fueron “confiscados” por el Estado cubano, resulta inexcusable resolver una cuestión previa: la licitud o ilicitud del acto de nacionalización llevado a cabo por Cuba. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de las Islas Baleares coinciden en este punto, si bien es cierto discrepan en cuanto a su resolución.

23. Acierta, por completo, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares al descartar, en este caso concreto, la inmunidad de jurisdicción. Baste recordar que la inmunidad de jurisdicción es un mecanismo que impide a los órganos jurisdiccionales de un Estado entrar a conocer de un litigio en el que sean demandados por un particular, un Estado extranjero o alguno de sus órganos, así como otros entes internacionales que gozan de tal inmunidad<sup>22</sup>.

24. En Derecho español, el art. 21. 2 LOPJ indica que, incluso en los casos en los que los tribunales españoles dispongan de un foro de competencia judicial internacional, “no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con las normas de Derecho Internacional Público”. En este mismo

---

90-continuan-las-decisiones-sobre-el-asunto-central-santa-lucia-lc-contrame-lia-hotels-internacional-sa-notas-al-auto-del-juzgado-de-primera-instancia-no-24-de-palma-de-mallorca-de-6-de-julio-de-2020; ZAMBRANA-TÉVAR, N., “The long tentacles of the Helms-Burton Act in Europe”, September 6, 2019, disponible en: <http://conflictoflaws.net/2019/the-long-tentacles-of-the-helms-burton-act-in-europe/>

22 *Vid.* CALVO CARAVACA, A.-L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 117-118.

sentido, la LO 16/2015, de 27 de octubre establece como requisito para apreciar de oficio la inmunidad de jurisdicción que se haya formulado demanda e incoado proceso contra alguno de los sujetos beneficiarios de la misma ante los órganos jurisdiccionales españoles (art. 49 y art 51 LO 16/2015).

25. En el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, en ningún caso se dirige la pretensión contra el Estado cubano. Por tanto, la cuestión previa planteada no puede prosperar mediante la doctrina de la inmunidad de jurisdicción. Dicha cuestión debe ser afrontada desde el prisma de la eficacia internacional de los actos de nacionalización, tal y como se verá más adelante<sup>23</sup>.

### **3.2. Competencia judicial internacional**

26. Para determinar si los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional para conocer de la pretensión de enriquecimiento injusto ejercitada por Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, hay que estar a los que disponga el Reglamento Bruselas I-bis.

26. El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca califica erróneamente la pretensión de la parte demandante al considerarla una acción real. Dicha calificación, conduce al mencionado tribunal a la aplicación del art. 24 Reglamento Bruselas bis-I, que en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles atribuye el conocimiento exclusivo a los tribunales del Estado “miembro” donde estén sitos. Argumento que le sirve, siguiendo con ello la tesis minoritaria de la multilateralización del art. 24 Reglamento I-bis, para descartar la competencia de los tribunales españoles al estar situado el bien inmueble en Cuba.

---

23 Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *loc. cit.*, nota 22, pp. 257-263.

27. Calificada correctamente por la Audiencia Provincial de las Islas Baleares la pretensión de la parte actora como una acción personal, la competencia judicial internacional ha de fundamentarse en el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 Reglamento Bruselas I-bis).

28. Llama la atención que la Audiencia Provincial aplique junto al foro general del domicilio del demandado, el foro especial en materia de obligaciones extracontractuales (art. 7.2 Reglamento Bruselas I-bis), demostrando con ello un claro desconocimiento del funcionamiento de los foros especiales del Reglamento Bruselas I-bis, que sirven para desplazar al demandado con domicilio en un Estado miembro hacia los tribunales de otro estado miembro. Sorprende, de igual forma, que el tribunal considere España como el “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”.

29. Finalmente, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial incurren en una práctica errónea, pero desgraciadamente muy habitual entre nuestros tribunales: el *totum revolutum*. Según dicha práctica, los tribunales españoles se declaran competentes porque así lo establece un instrumento internacional, y también la LOPJ, o porque así se deduce al mismo tiempo de varios foros recogidos en la LOPJ.

### **3.3. Cuestiones de Derecho aplicable**

30. En el Asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, no se plantea controversia alguna en torno a la determinación de la ley aplicable. La demandante fundamenta sus pretensiones en base al Derecho español, concretamente art. 455 Cc.

31. Teniendo en cuenta el carácter imperativo de las normas de conflicto (art. 12.6 Cc), surge de inmediato la cuestión de dilucidar cual es la ley aplicable a este asunto.



32. El Reglamento (CE) núm. 864/2007, de 11 de julio, del Parlamento Europeo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante, Reglamento Roma II)<sup>24</sup>, contiene una norma especial para el enriquecimiento injusto (art. 10). No obstante, el Reglamento Roma II no resultaría de aplicación en tanto que los hechos generadores del daño se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor del mencionado texto legal (art. 31 y art. 32 Reglamento Roma II).

33. Por tanto, para determinar el derecho aplicable habría que recurrir al art. 10.9 Cc español, que en su apartado 3, dispone que: “en el enriquecimiento sin causa se aplicará la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial en favor del enriquecido”. Por tanto, la pretensión ejercitada por central Santa Lucía contra Meliá Hoteles ante los tribunales españoles debería regirse por el Derecho cubano. Cuestión esta que nos conduciría a tratar el espinoso problema de la alegación y prueba del Derecho extranjero, algo que desbordaría el objeto de esta comunicación.

## **4. EFICACIA INTERNACIONAL DE LAS NACIONALIZACIONES**

### **4.1. Consideraciones previas**

34. Cualquier Estado puede adoptar diferentes medidas en orden a adquirir bienes de los particulares, -personas físicas y/o jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras-, siempre que estén situadas en su territorio. Tales medidas son, principalmente: la nacionalización, la

---

24 DO L núm. 199, de 31 de julio de 2007.

expropiación y la confiscación. A pesar de que desde la perspectiva del Derecho internacional privado gocen de un tratamiento análogo, lo cierto es que son conceptos diferentes<sup>25</sup>. En general, se entiende que la confiscación es una medida de carácter penal, y que como tal, no conlleva compensación; por otra parte, la expropiación se caracteriza por ser un acto administrativo dirigido a bienes específicos, y que siempre implica una indemnización, aspectos que la diferencian de la nacionalización, medida legislativa que afecta a todo el sistema económico de un país, o a sociedades globalmente consideradas, pero no a bienes aislados, y no siempre va acompañada de la debida compensación<sup>26</sup>.

---

25 Esta diferenciación conceptual tendrá sus efectos a la hora de analizar su conformidad con el orden público internacional español, como se verá más adelante.

26 Acerca de la diferenciación entre estos tres conceptos, *vid.* ADRIAANSE, P., *Confiscation in Private International Law*, The Hague, 1956, pp. 5-9, 96-97; AGUILAR NAVARRO, M., (dir), *Derecho Civil Internacional*, Vol.II, Madrid, 1975, pp. 712; BODGAN, M., *Expropriation in Private International Law*, Lund, 1975, pp. 12-13; DOMKE, M., “Foreign nationalizations”, *AJIL*, Vol. 55, n° 3, 1961, pp. 587-590; HEFTI, T., *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Neuchâtel, 1989, pp. 78-80; KNOEPFLER, F., «Les nationalisations françaises face à l’ordre juridique suisse», *ASDI*, vol. XXXIX, 1983, pp. 149-153; MUNCH, F., “Les effets d’une nationalisation à l’étranger”, *RCADI*, vol. 98, 1959, pp. 418-422; PETREN, S., “La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu”, *RCADI*, vol.109, 1963, pp.493-496; QUIÑONES ESCAMEZ, A., *Eficacia Internacional de las nacionalizaciones: nombre comercial y marcas*, Madrid, 1988, pp. 23-24; *id.*, “Problemas jurídico-internacionales relativos a la propiedad de la marca Dry Sack y otras surgidos a raíz de la expropiación del holding Rumasa”, *Diario La Ley*, 1984, tomo 3, pp. 816; SADEK EL-KOCHERI, A., “Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental”, *RCDIP*, LVI, 1967, pp.249-251; SAVATIER, M., “Les nationalisations en droit international privé”, *Travaux du Comité français de Droit international privé 1946-1948*, París, 1951, pp. 50-51; WORTLEY, B. A., *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, 1959, pp. 36-37. A su vez, se han distinguido también 3 tipos de nacionalizaciones: a) las realizadas por países occidentales, en las cuales siempre se acuerda la debida compensación; b) las ejecutadas por la Unión Soviética, que por razones ideológicas contra la propiedad privada no han ido acompañadas de indemnización alguna (sobre la mismas *vid.* WORTLEY, B. A., *op. cit.*, pp.115-117) y; c) las llevadas a cabo como consecuencia de los procesos de descolonización, las cuales han conllevado compensación (*vid.* SADEK EL-KOCHERI, A., *loc. cit.*, pp. 251-253). Por ello, las nacionalizaciones que no han ido acompañadas de

35. El Estado cubano, que es el caso que aquí nos ocupa, llevó a cabo una nacionalización general de su economía, mediante la Ley 890 de 13 de octubre de 1960, como consecuencia de un cambio en la estructura política y económica del país. Aunque no se previó la correspondiente indemnización en la ley antes citada, sí se hizo en la Ley 956 de 24 de agosto de 1961. Sin embargo, dicha compensación nunca llegó a hacerse efectiva<sup>27</sup>.

36. El tratamiento jurídico-internacional de las nacionalizaciones es ciertamente complejo: deben combinarse tanto una perspectiva de Derecho internacional público como una perspectiva de Derecho internacional privado<sup>28</sup>. En virtud de la primera, cada Estado es competente para tomar las medidas de nacionalización que estime oportunas siempre que éstas sólo afecten a bienes dentro de sus fronteras. Estas medidas tendrán plenos efectos en dicho Estado. Por otro lado, el Derecho internacional privado se encarga de fijar las condiciones para proceder a la validez extraterritorial de los actos de nacionalización, ya que el Derecho internacional público no obliga al resto de Estados a reconocer tales medidas, sino que cada Estado es libre de reconocer o no efectos extraterritoriales a los actos de otros Estados<sup>29</sup>.

---

indemnización, a pesar de estar previstas en las leyes nacionalizadoras o en convenios, equivalen, de hecho, a las confiscaciones, *vid.* HEFTI, T., *op. cit.*, p.133.

27 *Vid.* GARREAU DE LOUBRESSE, C., "Les nationalisations cubaines", *AFDI*, 1961, pp. 215-226.

28 Sobre la relación de ambas perspectivas en materia de nacionalizaciones, *vid.* SAVATIER, M., *loc. cit.*, nota 19, pp. 49-50.

29 *Vid.* BOULANGER, F., *Les nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, Economica, 1975, p. 53; SADEK EL-KOCHERI, A., *loc. cit.*, nota 27, pp. 254-255; WORTLEY, B. A., *op. cit.*, nota 27, p. 17. La mayoría de la doctrina destaca la falta de utilidad del Derecho internacional público para resolver el problema de la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones dejando tal extremo al Derecho internacional privado. Sin embargo, A. K. BOYE en su tesis sobre las nacionalizaciones otorga un papel más relevante al Derecho internacional público, será éste el que recogerá las condiciones de la eficacia internacional de las nacionalizaciones, para dejar al Derecho internacional privado la determinación de dicha eficacia (*vid.* *L'acte de nationalisation*, Dakar, 1979, pp. 127-134, 175-199).

37. Con este telón de fondo, y teniendo como referente la cuestión previa planteada ante los tribunales españoles en el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, se tratará de examinar si la nacionalización llevada a cabo por el Estado cubano reúne las condiciones necesarias para obtener eficacia jurídica en España.

## **4.2. Perspectiva de Derecho Internacional Privado**

38. Para determinar la eficacia internacional de las nacionalizaciones, la doctrina más autorizada propone verificar, ante la ausencia de una regulación específica al respecto, el cumplimiento de dos condiciones: 1º) la competencia internacional del Estado nacionalizador para adoptar tal medida y; 2º) la no contrariedad de la medida de nacionalización con el orden público internacional<sup>30</sup>.

### ***4.2.1. Competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio***

39. En función del tratamiento jurídico que se otorgue a la naturaleza del acto de nacionalización, cabe distinguir *grosso modo* dos mecanismos para efectuar el control de la competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio: a) el principio de territorialidad; b) el principio de vinculación efectiva.

#### *a) Principio de territorialidad*

40. Los métodos tradicionalmente utilizados en orden a examinar la competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio han sido: el principio de la territorialidad, aplicado en el

---

30 Vid. CALVO CARAVACA, A.-L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1221-1227.

Derecho continental, y la doctrina del *Act of State*, propio del Derecho anglosajón. Aunque guarden ciertas diferencias, lo cierto es que ambos mecanismos basan la eficacia internacional de la nacionalización en la localización del bien litigioso dentro de la esfera de soberanía del Estado nacionalizador, esto es, dentro de su territorio<sup>31</sup>.

41. El Estado tiene una competencia exclusiva en su territorio. Por tanto, las medidas de nacionalización no pueden afectar más que a los bienes situados en el territorio del Estado nacionalizador. En cualquier caso, los demás Estados son libres para reconocer o no, efectos a los actos de otros Estados. El principio de territorialidad se traduce, desde el punto de vista conflictual, en la determinación de la ley de situación del bien como criterio de verificación de la competencia internacional del Estado. Esta es la posición seguida tradicionalmente y de forma mayoritaria por doctrina y jurisprudencia en el derecho comparado, incluido el Tribunal Supremo español<sup>32</sup>.

---

31 Mientras que el principio de territorialidad utiliza una técnica conflictual para situar los bienes nacionalizados, la doctrina del *Act of State* emplea un método unilateral, fundamentado en la división de poderes, concretamente en la idea de que el poder judicial no debe inmiscuirse en las tareas propias del poder ejecutivo, como son las relaciones diplomáticas con otros Estados. De ahí que se establezca que ningún tribunal puede denegar efectos a una nacionalización siempre que el Estado tome esta medida respecto de bienes situados en su territorio. Al igual que ocurre en la jurisprudencia continental, en la jurisprudencia anglosajona también es común alegar la excepción de orden público para denegar efectos a las nacionalizaciones. Vid. GUARDANS I CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp.236-238; QUIÑONES ESCAMEZ, A., *op. cit.*, nota 27, pp. 42-54; SEIDL-HOHENVELDERN, I., “Expropiaciones de Estados extranjeros y tribunales internos”, *Revista de Estudios Políticos*, 1966, pp. 110-124.

32 En lo que respecta al principio de territorialidad y su influencia en la negación de la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones, *vid.* BALLARINO, T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, pp. 844-845; BATTIFFOL, H./LAGARDE, P., *Droit international privé*, 7ª ed., T. II, Paris, 1983, pp. 186-193; GUARDANS I CAMBÓ, I., *op. cit.*, nota 32, pp. 233-236; QUIÑONES ESCAMEZ, A., *op. cit.*, nota 27, pp. 35-42.

*b) Principio de vinculación efectiva*

42. La doctrina más reciente, sin embargo, ha sometido a constantes críticas la utilización que la jurisprudencia ha realizado del método conflictual en esta materia. Partiendo de la idea de la «unidad económica» de la empresa se intenta flexibilizar el reconocimiento extraterritorial de la medida de nacionalización, subsumiendo esta cuestión en el ámbito del conflicto de jurisdicciones (P. Mayer)<sup>33</sup>-, o en el de conflicto de autoridades (A. K. Boye)<sup>34</sup>-.

43. En los litigios derivados de una nacionalización, no se trata de acudir al conflicto de leyes para elegir la norma aplicable, pues ya existe una: la ley del Estado nacionalizador, de manera que tan sólo habrá que determinar la aceptación o rechazo de los efectos de ésta en el foro<sup>35</sup>. Desde esta perspectiva, si el bien nacionalizado es una empresa, siguiendo el criterio de unidad económica, los bienes dependientes de la misma deben considerarse también nacionalizados con independencia del lugar donde estén situados. Por tanto, es necesario determinar el vínculo económico entre sociedad y Estado nacionalizador. En este sentido, debe prestarse atención al lugar donde la empresa realiza su actividad económica, su objeto social. Si es dentro del territorio del

---

33 MAYER, P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973.

34 BOYE, A. K., *L'acte de nationalisation*, Dakar, 1979.

35 P. MAYER entiende que el método del conflicto de leyes debe utilizarse con las reglas, mientras que las decisiones, como son las nacionalizaciones, deben tratarse a través del método del conflicto de jurisdicciones, (*op. cit.*, pp.102-121). Por su parte, A. K. BOYE no habla de decisión, sino de acto. Según esta construcción doctrinal, al igual que la defendida por P. MAYER, los tribunales sólo pueden decidir si aceptan o rechazan la nacionalización, si bien, éstos se encuentran dentro del ámbito del conflicto de autoridades, no de jurisdicciones. En todo caso, los tribunales deben dilucidar si la autoridad que dictó dicho acto era o no competente. Para ello, se tendrá en consideración la idea de la unidad económica que supone una sociedad. Aunque, a diferencia de la anterior tesis, en esta última no se descarta la aplicación de la norma de conflicto como una herramienta de control a la hora de analizar las condiciones para otorgar eficacia extraterritorial a las nacionalizaciones, si bien, su utilización sería extraordinaria. *Vid. L'acte... op. cit.*, pp. 150-173.

Estado nacionalizador, la nacionalización deberá surtir efectos no sólo respecto de la sociedad, sino respecto de todos sus bienes, ya que estos también se utilizan para desarrollar tal actividad.

#### ***4.2.2. Conformidad con el orden público internacional español***

44. Una vez que se ha comprobado la competencia del Estado nacionalizador para tomar tal medida de privación de la propiedad privada, la segunda condición a cumplir, si se quiere otorgar eficacia extraterritorial a una nacionalización, es la conformidad con el orden público internacional español.

45. Ahora bien, la función que cumple el orden público internacional en materia de nacionalizaciones está condicionada por el mecanismo utilizado para verificar la competencia internacional del Estado nacionalizador, pudiéndose distinguir dos supuestos: a) excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto; b) condición de validez extraterritorial del acto de nacionalización.

##### *a) Orden público internacional como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto*

46. Cuando se utiliza la técnica conflictual, y por tanto el principio de territorialidad, para verificar la competencia internacional del Estado nacionalizador, como hace la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia en derecho comparado, el orden público internacional queda completamente desnaturalizado. Y ello, por dos razones: 1<sup>a</sup>) si el bien litigioso se localiza, mediante la aplicación de la norma de conflicto del foro, fuera del territorio del Estado nacionalizador, no quedará afectado por la medida de nacionalización; 2<sup>a</sup>) como consecuencia de lo anterior, el orden público no aparece como

excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, sino como condición para aceptar o rechazar efectos extraterritoriales a la nacionalización. Afirmación esta que queda totalmente reforzada en aquellos litigios relativos a las marcas de empresa<sup>36</sup>.

47. La situación de las marcas en el lugar de registro y protección conduce a la aplicación de la ley del foro. Si, en virtud de la protección territorialista, procede aplicar en general la ley del lugar de su registro y no la ley del país de origen –país nacionalizador-, no cabe en ningún modo aplicar la excepción de orden público (art. 12. 3 Cc). El recurso a dicho mecanismo resulta del todo superfluo. Aun así, resulta del todo llamativo que los tribunales recurran de forma reiterada a dicho mecanismo.

48. Salvo en aquellos casos en los que la norma de conflicto del foro conduce a la aplicación de la ley del Estado nacionalizador, cabe afirmar que la técnica conflictual no se adapta, a la naturaleza y funcionamiento de las nacionalizaciones. Su verdadera función es localizar el bien y verificar así la competencia territorial del Estado nacionalizador, designando tan sólo en un sentido formal la ley aplicable, pues a la hora de analizar el orden público, los tribunales no toman como referencia la ley designada por la norma de conflicto, sino que toman en consideración la ley nacionalizadora. Algo que confirma que, de facto, el orden público internacional es utilizado por los tribunales como una condición para aceptar o rechazar efectos internacionales a las nacionalizaciones realizadas por otros Estados.

49. Este planteamiento, -técnica conflictual y desnaturalización de la excepción de orden público internacional, es el que ha seguido el Tribunal Supremo español en las dos ocasiones en que ha tenido que

---

36 La utilización del orden público es estos casos como «cajón de sastre» por parte de los tribunales evidencia la existencia más bien de intereses políticos, económicos y sociales del Estado requerido, *vid.* QUIÑONES ESCAMEZ, A., *op. cit.*, nota 27, pp. 257-267.



pronunciarse sobre las nacionalizaciones en Cuba: Sentencia de 25 de septiembre de 1992<sup>37</sup> y Sentencia de 30 de diciembre de 2010<sup>38</sup>. En ambos casos, aunque con importantes diferencias entre ellos, se disputaba la propiedad de una marca registrada en España. El Tribunal Supremo tras no reconocer la nacionalización de la sociedad cubana y confirmar la adquisición fraudulenta de la marca española por parte del Estado cubano -lo cual bastaría para denegar la eficacia de la nacionalización cubana en España-, añade la falta de conformidad de dicha nacionalización con el orden público por la inexistencia de una indemnización económica a favor de los perjudicados<sup>39</sup>. Es importante matizar que el Tribunal Supremo, en ambos casos, podía haber alegado la excepción de orden público respecto de la nacionalización de la sociedad, a la cual, según la técnica conflictual clásica, se le aplicaba la ley cubana, pero de ningún modo a la marca, sita en España, tal y como el propio Tribunal Supremo dice, *sometida a la ley española*<sup>40</sup>.

---

37 RJ\1992\7325. *Vid.* comentarios a esta sentencia en: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “25 de septiembre de 1992. Nacionalización extranjera. Efectos sobre marcas registradas en España. Contrariedad con el orden público”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1992, núm. 30, pp.883-884; JIMÉNEZ BLANCO, P., “Comentario a la STS (Sala 1ª) de 25 de septiembre de 1992”, *REDI*, 1994, núm. 1, pp. 382-383.

38 ECLI:ES:TS:210:7666. Para un comentario a esta sentencia, *vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A./MACHO GÓMEZ, C., “Eficacia internacional de las nacionalizaciones sobre las marcas de empresa: el asunto “Havana Club” ante los tribunales españoles”, *CDT*, 2012, núm. 2, pp. 159-176.

39 *Vid.* STS (Sala de lo Civil), de 25 de septiembre de 1992, FJ 3º; STS (sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 2010, FJ 11º.

40 *Vid.* A pesar del grave error a la hora de entender la función de la excepción de orden público en el ámbito del conflicto de leyes, ha sido un argumento muy utilizado en toda la jurisprudencia relativa a la nacionalización de las marcas: Tribunal de Apelación de París, de 25 de junio de 1958, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Apelación de Turín, de 17 de junio de 1958, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Distrito de Oslo, de 11 de julio de 1959, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Gran Instancia de París, de 15 de diciembre de 1971 «caso Zeiss»; Tribunal de Apelación de París, de 9 de julio de 1975, «caso Zeiss»; Tribunal del Distrito de Nueva York, de 7 de noviembre de 1968, «caso Zeiss»;

*b) Orden público internacional como condición de validez extraterritorial del acto de nacionalización*

50. Desde un enfoque competencial, –conflicto de jurisdicciones o autoridades–, y aceptando por tanto la competencia personal del Estado para nacionalizar bienes, resulta absolutamente necesario analizar la compatibilidad de la nacionalización con el orden público internacional. Debe tenerse en cuenta que, en este caso, el orden público no constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, sino una condición a la eficacia extraterritorial de la nacionalización.

51. Desde esta perspectiva, *orden público como condición de la validez extraterritorial del acto de nacionalización*, se debe concretar qué elementos configuran tal concepto en dicha materia. Según la doctrina, se entiende que los principios configuradores del orden público internacional español en materia de nacionalizaciones son: a) la existencia de una causa de interés general; b) un procedimiento de privación de la propiedad que permita la defensa jurídica del expropiado; c) la existencia de una indemnización justa; d) que no haya existido discriminación o represalia<sup>41</sup>; y e) que el caso tenga suficiente vinculación con el Estado

---

Tribunal de Apelación de Milán, de 10 de agosto de 1956, «caso Zeiss»; Tribunal de Milán, de 14 de junio de 1965, «caso Zeiss»; Tribunal de París, de 19 de marzo de 1963 «caso Agfa»; Tribunal Supremo holandés, de 18 de enero de 1965, «caso Kjllberg»; Tribunal Supremo israelí, de 30 de junio de 1971, «caso Bacardí»; Tribunal Supremo italiano, de 5 de octubre de 1959, «caso Archimedes»; Tribunal Supremo austriaco, de 3 de febrero de 1954, «caso Danuvia»; Tribunal Supremo austriaco, 14 de enero de 1953 y 14 de septiembre de 1955, «caso Carborundum»; *vid. QUIÑONES ESCAMEZ, A., op.cit., nota 27, pp. 239-247.*

41 Este requisito ha sido alegado, especialmente, en las nacionalizaciones de los países del tercer mundo, a los cuales se les acusa de nacionalizar sociedades que sólo afectan a los intereses de las personas con una determinada nacionalidad, los nacionales de los respectivos países colonizadores. Por el contrario, se ha defendido dichas nacionalizaciones como instrumentos para restablecer una igualdad antes inexistente. De manera que, con tales actos, se trata de forma diferente situaciones que eran desiguales, como era la situación privilegiada de la que gozaban los países colonizadores, respecto de otros países en dicha ex colonia.

requerido,- orden público internacional de proximidad<sup>42</sup>.

52. En cuanto a la primera condición, –existencia de una causa de interés general-, la voluntad de un Estado de cambiar su modelo económico resulta una causa suficiente para llevar a cabo una nacionalización<sup>43</sup>. En lo relativo a la exigencia de un procedimiento contradictorio, difícilmente podrá ser utilizado en las nacionalizaciones que, por definición, se llevan a cabo a través de leyes que afectan a la totalidad de la economía de un país<sup>44</sup>. Finalmente, se debe analizar la exigencia de indemnización, el motivo más utilizado a la hora de fundamentar la no conformidad con el orden público en los casos de validez extraterritorial de nacionalizaciones<sup>45</sup>.

53. La jurisprudencia del Tribunal Supremo español, aunque también se basa en las garantías constitucionales relativas a la expropiación forzosa, se centra fundamentalmente en el requisito de la indemnización<sup>46</sup>. La falta de tal compensación sirve de argumento

---

En este sentido, se pronunció el Tribunal de Apelación de Bremen, en relación con la nacionalización de propiedades holandesas, entre ellas plantaciones de tabaco, por parte de Indonesia, *vid.* BOYE, A. K., *op. cit.*, nota 35, pp. 107-113; DOMKE, M., “Indonesian nationalization measures before foreign courts”, *AJIL*, Vol. 54, nº2, 1960, pp. 305-323, en especial pp.315-316, pp. 322-323; *id.*, *loc. cit.*, nota 27, pp. 600-603; HEFTI, T., *op. cit.*, nota 27, pp. 229-230; SADEK EL-KOCHERI, A., *loc. cit.*, nota 27, p. 260.

42 *Vid.* CALVO CARAVACA, A.-L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 31, pp. 1225-1226.

43 En este sentido, la propia ley nacionalizadora cubana, la Ley 890, justificaba la nacionalización por causa de *interés público, social y nacional* (art.6). Alegar la ausencia de interés público por parte de los perjudicados, en pocas ocasiones, podrá tener éxito, a menos que la nacionalización hubiera ido mucho más allá de cualquier límite razonable, *Vid.* DOMKE, M., *loc. cit.*, nota 27, pp. 590-591; HEFTI, T., *op. cit.*, nota 27, p.228.

44 En el caso de las nacionalizaciones cubanas, los procedimientos fueron muy breves, sin apenas formalidad alguna, basándose en una mera notificación a los perjudicados. *Vid.* GARREAU DE LOUBRESSE, C., *loc. cit.*, nota 28, p. 224.

45 *Vid.* BOYE, A. K., *op. cit.*, nota 35; p.91; DOMKE, M., *loc. cit.*, nota 27, p. 603; HEFTI, T., *op. cit.*, nota 27, p. 227.

46 En la Sentencia de 25 de septiembre de 1992, el TS fijaba tres requisitos para reconocer en España efectos a una nacionalización extranjera: a) la presencia de

para fundamentar la contrariedad de tal nacionalización con el orden público<sup>47</sup>. Por tanto, cabe afirmar que, en esta materia, la vulneración del orden público internacional con vistas a rechazar o aceptar efectos a una medida de nacionalización gira en torno a la existencia de indemnización<sup>48</sup>.

---

causas reales concretas; b) la existencia de un expediente contradictorio previo y; c) la verificación de una compensación económica. Estas tres condiciones coinciden con las garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio recogidas en el art. 33.3 CE. Sin embargo, la utilización de estas tres garantías como contenido del orden público internacional español a la hora de otorgar eficacia extraterritorial a las nacionalizaciones extranjeras ha sido duramente criticada por la doctrina. *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *loc. cit.*, nota 38, pp.883-884; JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, nota 38, p. 382. Dichas garantías están pensadas para procedimientos de expropiación, llevados a cabo mediante la aplicación de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de expropiación forzosa pero no para otorgar eficacia en España a nacionalizaciones extranjeras. Así, en cuanto a la primera de ellas – la presencia de causas reales y concretas-, y como se dijo anteriormente, es causa más que suficiente querer modificar el modelo económico de un país, además también se ha argumentado que, en este caso, se está exigiendo más incluso que en un procedimiento expropiatorio, donde se debe especificar no la causa de la expropiación en sí, sino el fin al cual se va a dedicar el bien expropiado: En lo relativo al requisito del procedimiento, se debe decir que, incluso en casos de urgencia, este requisito no es exigible en una expropiación. Del requisito constitucional de la indemnización, el más importante, y en el que se centra la sentencia del Tribunal Supremo comentada, se desprende que ésta debe existir en todo caso. Ahora bien, aunque esta exigencia se refiera a la expropiación, el Tribunal Constitucional admite que dicha compensación no tiene porqué ser siempre previa, si bien, sí que debe existir *un razonable equilibrio entre daño expropiatorio y su reparación*, esto es, *la indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado* (Sentencia del Tribunal Constitucional, de 19 de diciembre de 1986). En definitiva, el contenido del orden público internacional en esta materia, conformado principalmente por lo establecido en el art. 33.3 CE, debiera adecuarse a la propia naturaleza y características de las nacionalizaciones, especialmente, en relación con los rasgos definidores de la indemnización, por ser ésta la exigencia más decisiva. *Vid.* QUIÑONES ESCAMEZ, A., *op. cit.*, nota 27, pp. 252-253. En relación con la indemnización, A. K. BOYE, entiende que no se puede asimilar la nacionalización a la expropiación por causa de utilidad pública (*op. cit.*, nota 35, pp. 91-92, p. 97).

47 *Vid.* STS (Sala de lo Civil), de 30 de diciembre de 2010, FJ 10°.

48 La ausencia de indemnización ha sido y es el argumento generalmente utilizado para alegar el incumplimiento del orden público, y con él, denegar la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones, *vid.* GUARDANS I CAMBÓ, I., *op. cit.*, nota 32, p. 240; QUIÑONES ESCAMEZ, A., *op. cit.*, nota 27, p. 253; SAVATIER, M., *loc. cit.*, nota 27, pp. 55-57.

54. Aunque no es una cuestión pacífica, se ha llegado a defender por un sector de la doctrina que la obligación de pago de una indemnización como condición de validez de la nacionalización constituye un principio general de derecho positivo dentro del Derecho internacional público<sup>49</sup>. Si bien, esta posición no se puede fundamentar en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, en tanto que en su art.17, sobre el derecho de propiedad, no establece tal garantía, lo cierto es que la práctica internacional de los Estados impone la existencia de tal obligación: *las nacionalizaciones deben ir acompañadas de una indemnización razonable en el tiempo, efectiva y adecuada*. El argumento más utilizado para fundamentar dicha práctica internacional de los Estados es que incluso los países de corte comunista han concluido Convenios internacionales con tal previsión de compensación como consecuencia de nacionalizaciones, y no sólo han elaborado dichos Convenios con Estados occidentales, sino incluso entre los propios países del mismo sesgo ideológico<sup>50</sup>.

56. En el caso de Cuba, la indemnización estaba prevista en la Ley 890 de 13 de octubre de 1960, en relación con la Ley 956 de 24 de agosto de 1961-, si bien es cierto no se llegó a materializar<sup>51</sup>. Con el paso del tiempo, el Estado cubano ha intentado solucionar

---

49 Sobre la controversia en torno a la existencia de tal obligación en el Derecho internacional público, *vid.* BOYE, A. K., *op. cit.*, nota 35, pp. 92-93; HEFTI, T., *op. cit.*, nota 27, pp. 230-231, pp. 250-251; REMIRO BROTONS, A., *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, 1ª ed., Madrid, 1987, pp. 307-309; SAVATIER, M., *loc. cit.*, nota 27, pp. 52-53; SEIDL-HOHENVELDERN, I., *loc. cit.*, nota 32, p. 127.

50 *Vid.* DOMKE, M, *loc. cit.*, nota 27, pp. 603 -604; HEFTI, T., *op. cit.*, nota 27, pp. 147-152.

51 M. DOMKE afirma que la promesa de compensación futura en la ley nacionalizadora no es suficiente para cumplir con esta exigencia (*loc. cit.*, nota 27, pp. 604-607). Sin embargo, también se ha defendido que dicha promesa no es vulneradora del orden público, en este sentido, se ha propuesto la suspensión de los efectos extraterritoriales de la nacionalización en tanto no se llegue a un acuerdo en torno a la indemnización, pero no la denegación inmediata de los mismos, *vid.* SADEK EL-KOCHERI, A., *loc. cit.*, nota 27, pp. 261-262 y 274.

este escollo recurriendo a distintos mecanismos, como la celebración de convenios bilaterales con aquellos Estados cuyos nacionales quedaron afectados por la nacionalización sin mediar compensación. Tal es el caso del Convenio celebrado entre España y Cuba sobre indemnización por los bienes españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de 1959, firmado en La Habana el 16 de noviembre de 1986<sup>52</sup>. El citado Convenio bilateral es un acuerdo de compensación global (*lump sum agreement*), esto es, un acuerdo mediante el cual, el Estado nacionalizador y el Estado cuya nacionalidad ostentan los perjudicados, fijan una suma global como indemnización fijando unos plazos para su pago. A cambio, el Estado cuyos nacionales sufrieron la nacionalización renuncia a presentar cualquier reclamación o reivindicación a tal efecto<sup>53</sup>. En el marco del mencionado texto convencional, el Estado cubano sólo se obliga a indemnizar a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española (arts. 1 y 3)<sup>54</sup>. El citado instrumento internacional no hace más que recoger la obligación impuesta a los Estados por el Derecho internacional público, consistente en la exigencia de indemnización para los perjudicados extranjeros perjudicados por un acto de nacionalización<sup>55</sup>.

57. Por tanto, para determinar si el Estado cubano ha cumplido o no, con su obligación de pago de indemnización habría que distinguir dos supuestos según la nacionalidad de los perjudicados por el acto de nacionalización. Así, si los afectados

---

52 *BOE* núm.67, de 18 de marzo de 1988.

53 *Vid.* HEFTI, T., *op. cit.*, nota 27, pp. 136-139; PETREN, S., *loc. cit.*, nota 27, p.555.

54 Sobre el diferente tratamiento entre nacionales y no nacionales del Estado nacionalizador, *vid.* HEFTI, T., *op. cit.*, nota 27, pp. 139-142, 251-252.

55 *Vid.* DOMKE, M., *loc. cit.*, nota 27, pp. 609-610; PETREN, S., *loc. cit.*, nota 27, p. 556. Sin embargo, otros autores entienden que estos convenios son la manifestación de otra nueva práctica internacional, *vid.* HEFTI, T., *op. cit.*, nota 27, pp. 139-142.

son españoles, resultaría de aplicación el Convenio hispano-cubano, quedando intacto el orden público internacional español. En el caso de que los perjudicados por el acto de nacionalización fueran cubanos, tampoco quedaría afectado el orden público internacional español. El Estado cubano es libre de indemnizar o no a sus nacionales, tal y como se deriva del principio de soberanía económica de cada Estado, ya que ni la exigencia de una indemnización es un derecho fundamental, ni la nacionalización afecta a la libertad de mercado defendida por nuestra Constitución<sup>56</sup>. A igual conclusión se debiera llegar si los afectados por la nacionalización ostentaran la nacionalidad de un tercer Estado.

58. Sin embargo, no es ésta la posición mantenida por el Tribunal Supremo. Para el alto tribunal, la nacionalización llevada a cabo en Cuba no afecta a la libertad de mercado (art. 38 CE), pero sí que incumple el requisito de la indemnización (art.33.3), el cual, al igual que el primero, no necesitan ser derechos fundamentales (Sección 1ª, Capítulo II, Título I CE) para formar parte del orden público internacional español<sup>57</sup>. Para el Tribunal Supremo, el orden público internacional español contiene la necesidad de que exista una compensación cuando por razones de interés general se pierde la propiedad de un bien, es una consecuencia directa del derecho de propiedad privada, que aunque no es un derecho fundamental, sí se considera uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, y valor esencial de la sociedad a la que éste sirve<sup>58</sup>.

---

56 *Vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *loc. cit.*, nota 38, pp. 885-886.

57 Éste está formado por principios, los cuales, pueden extraerse tanto de la Constitución, como de otros cuerpos legales, *vid.* CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 23, pp. 327-357.

58 No sólo es un pilar fundamental del ordenamiento jurídico español, sino también de los ordenamientos jurídicos europeos, prueba de ello es que es un derecho reconocido, en una forma muy similar a la recogida en la CE, por el art. 1

59. Siguiendo estos planteamientos, tanto si los perjudicados eran cubanos, como si eran españoles, parece claro que el Tribunal Supremo acierta cuando se pronuncia sobre este punto. La nacionalización es contraria al orden público internacional español debido a la falta de indemnización a favor de los perjudicados. Sin embargo, para verificar la denegación o no de la eficacia extraterritorial de la nacionalización cubana, queda por analizar si, efectivamente, el caso está suficientemente vinculado con España como para dañar dicho orden público.

60. Partiendo de la inexistencia de normas que concreten dicho vínculo, se ha entendido como conexión suficiente la situación del bien nacionalizado en el Estado donde se pretende su eficacia extraterritorial<sup>59</sup>. Este es el criterio utilizado por el Tribunal Supremo español en los dos casos que hasta ahora se le han planteado. En ambos, establece dicha conexión con la localización de la marca, situada en España en virtud de su inscripción en el Registro español de Propiedad Industrial<sup>60</sup>. Ahora bien, la intensidad de dicho vínculo y la rigurosidad con la que se considere el incumplimiento del orden público tienen que ir necesariamente unidas<sup>61</sup>.

---

(Protocolo núm. 1) del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999) y la interpretación que de éste ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el art. 17 de la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea* (DOUE C 83/02, 30 de marzo de 2010), incluida en el Tratado de Lisboa por referencia del art. 6 del *Tratado de la Unión Europea*, (DOUE C 83/01, 30 de marzo de 2010).

59 *Vid.* SEIDL-HOHENVELDERN, I., *loc. cit.*, nota 32, pp. 126-127.

60 En el asunto “Havana Club”, sin embargo, existían dudas más que razonables para considerar que el caso estuviera suficientemente vinculado con España como para activar el orden público internacional español. *Vid.* HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A./MACHO GÓMEZ, C., *loc. cit.*, nota 39, pp. 174-175.

61 *Vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., *loc. cit.*, nota 38, pp. 382-383; SEIDL-HOHENVELDERN, I., *loc. cit.*, nota 32, p. 128.



61. Si aplicamos todo lo hasta aquí expuesto al asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, observamos que: a) los perjudicados por el acto de nacionalización en Cuba eran de nacionalidad cubana, devenidos posteriormente estadounidenses; b) en ningún momento, medió compensación por el acto de nacionalización; c) la pretensión del demandante no tiene por objeto reivindicar la propiedad del bien nacionalizado, dato este que difiere de la jurisprudencia existente sobre esta materia en España.

62. Por tanto, y una vez planteado el debate jurídico en sus justos términos, los tribunales españoles deberán valorar si, en este caso concreto, procede o no aplicar el orden público internacional de proximidad. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el acto de nacionalización llevado a cabo en Cuba con independencia de la nacionalidad de los perjudicados vulnera el orden público internacional español. Ahora bien, en los dos casos planteados ante el Tribunal Supremo, existía una vinculación con España y, lo más importante, la cuestión principal versaba sobre la propiedad del bien nacionalizado.

63. Si bien es cierto que en el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, el bien nacionalizado no está situado en España, no lo es menos que está siendo explotado por una empresa con domicilio en nuestro país. A ello hay que unir que, a diferencia de los dos casos planteados ante el Tribunal Supremo español, la parte actora en ningún caso reivindica la titularidad dominical del bien inmueble que en su día fue objeto de nacionalización. Circunstancias todas ellas, que deberán ser tenidas en cuenta a la hora de resolver la cuestión previa, que afecta a la acción principal relativa al enriquecimiento injusto.

## 5. CONCLUSIONES

64. Cuando los Estados recurren al poder legislativo para resolver cuestiones de política exterior, no solo rompen las reglas del juego democrático, sino que al mismo tiempo hacen tambalear las relaciones internacionales. Un claro ejemplo de ello es Título III de la Ley Helms-Burton. La activación del mismo por la Administración Trump en abril de 2019, trata de imponer al resto de los países del mundo, el embargo de EEUU a Cuba, exigiendo a las empresas extranjeras que comercien con dicho Estado una tasa de inversión.

65. Para defenderse de los efectos extraterritoriales de una normativa de tal naturaleza, la UE, al igual que otros Estados, han adoptado “normas antídoto”, tendentes a neutralizar los efectos que pudieran derivarse de las futuras demandas que se pudieran ejercitar contra empresas vinculadas con intereses comunitarios. Aunque aún es pronto para valorar las consecuencias de esta guerra transoceánica de Derecho Internacional Privado, resulta decepcionante presenciar la utilización de unas normas cuyo principal objetivo es fomentar las relaciones privadas internacionales y no, las relaciones entre Estados.

66. Con este telón de fondo, se plantea ante los tribunales españoles el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles. En ningún momento se alude a la aplicación de la Ley Helms-Burton, razón por la que el “Estatuto de Bloqueo UE” queda neutralizado, si bien es cierto, dicho asunto obliga a los tribunales españoles a pronunciarse sobre el acto de nacionalización que tuvo lugar en Cuba a partir del año 1959.

67. Tras una incorrecta e inapropiada aplicación de la inmunidad de jurisdicción por parte del Juzgado de Primera Instancia de las Islas Baleares, y una vez reconducido el debate de dicho asunto en sus justos términos por la Audiencia Provincial, resta resolver la cuestión previa planteada, centrada en la eficacia internacional de las nacionalizaciones.

68. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre esta materia, no cabe ninguna duda de que el acto en virtud del cual fueron expropiados los terreros actualmente explotados económicamente por Meliá Hoteles, vulnera el orden público internacional español.

69. Si se aplicara el orden público internacional de proximidad en el asunto Central Santa Lucía contra Meliá Hoteles, tal y como propone la doctrina en tales casos, ello conduciría a primera vista a reconocer eficacia al acto de nacionalización, principalmente porque el bien nacionalizado está situado en Cuba. No obstante, debería tenerse en cuenta que, en este asunto, a diferencia de otros planteados ante los tribunales no solo españoles sino también extranjeros relativos a los actos de nacionalización, la cuestión principal no versa sobre la reivindicación de la propiedad del bien nacionalizado sino sobre el enriquecimiento injusto. Dato este que tal vez, pudiera dar un giro inesperado a la resolución de este apasionante asunto...

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ADRIAANSE, P., *Confiscation in Private International Law*, The Hague, Springer, 1956

ALTOZANO GARCÍA-FIGUERAS, H., *La protección de las inversiones españolas en el exterior*, Madrid, Instituto Español de Comercio Exterior, 2001

BODGAN, M., *Expropriation in Private International Law*, Lund, 1975

BOULANGER, F., *Les nationalisations en droit international privé comparé*, París, Economica, 1975

BOYE, A. K., *L'acte de nationalisation*, Dakar, 1979

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Efectos legales en España de las expropiaciones de bienes inmuebles en Cuba. Un fascinante viaje por la geopolítica y el Derecho internacional privado”, *CDT*, 2020, núm. 2, pp. 254-266

----, “La guerra transoceánica de Derecho internacional privado. Helms-Burton ataca de nuevo: una obra en siete actos”, <http://accursio.com/blog/?p=883>

----, “¡Exprópiese! España, Cuba y playa esmeralda”, <http://accursio.com/blog/?p=1112>

DOMKE, M., “Foreign nationalizations”, *AJIL*, Vol. 55, n° 3, 1961, pp. 587-590 ID,

----, “Indonesian nationalization measures before foreign courts”, *AJIL*, Vol. 54, n°2, 1960, pp. 305-323

GARCIMARTÍN ALFEREZ, F.J., “El coste de la Ley Helms-Burton para las empresas españolas”, *Derecho de los Negocios*, 1996, núm. 72, pp. 13-27

----, “La reacción europea a las sanciones norteamericanas contra Cuba, Irán y Libia. El Reglamento n° 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996”, *Gazeta Jurídica de la CE*, 1997 B-120, pp. 19-23

----, “25 de septiembre de 1992. Nacionalización extranjera. Efectos sobre marcas registradas en España. Contrariedad con el orden público”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1992, núm. 30, pp.883-884

----, “La racionalidad económica del DIPr”, *Cursos de Derecho Internacional Privado Vitoria-Gasteiz*, 2001, pp. 88-154

GARREAU DE LOUBRESSE, C., “Les nationalisations cubaines”, *AFDI*, 1961, pp. 215-226

GUARDANS I CAMBÓ, I., *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, Aranzadi, 1992

HEFTI, T., *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Neuchâtel, 1989, pp. 78-80

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A./MACHO GÓMEZ, C., “Eficacia internacional de las nacionalizaciones sobre las marcas de empresa: el asunto “Havana Club” ante los tribunales españoles”, *CDT*, 2012, núm. 2, pp. 159-176

IRIARTE ÁNGEL, J.L., “La Ley Helms-Burton y la respuesta europea a sus efectos extraterritoriales”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, núm. 63, pp. 81-112

----, “La Ley Helms-Burton proyecta su sombra sobre la jurisprudencia española y la legislación de la Unión Europea”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 11, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-86-la-ley-helms-burton-proyecta-su-sombra-sobre-la-jurisprudencia-espanola-y-la-legislacion-de-la-union-europea>

----, IRIARTE ÁNGEL, J.L., “De nuevo sobre el problema de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver litigios derivados de las nacionalizaciones cubanas. Reflexiones sobre el Auto de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sec. 3ª) de 18 de marzo de 2020”, *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 11, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/>

[ba-87-de-nuevo-sobre-el-problema-de-la-competencia-judicial-internacional-de-los-tribunales-espanoles-para-resolver-litigios-derivados-de-las-nacionalizaciones-cubanas](#)

---- , “Continúan las decisiones sobre el Asunto Central Santa Lucía L.C contra Meliá Hotels International S.A. Notas al Auto del Juzgado de Primera Instancia n° 24 d palma de Mallorca de 6 de julio de 2020”, *Bitácora Millenium DIPr*, núm 12, disponible en: <http://www.millenniumdipr.com/ba-90-continuan-las-decisiones-sobre-el-asunto-central-santa-lucia-lc-contra-melia-hotels-internacional-sa-notas-al-auto-del-juzgado-de-primera-istan-ancia-no-24-de-palma-de-mallorca-de-6-de-julio-de-2020>

JIMÉNEZ BLANCO, P., «Comentario a la STS (Sala 1ª) de 25 de septiembre de 1992», *REDI*, 1994, núm. 1, pp. 382-383

KNOEPFLER, F., «Les nationalisations françaises face à l’ordre juridique suisse», *ASDI*, vol. XXXIX, 1983, pp. 149-153

LÓPEZ JURADO, C., “La controversia entre la Unión europea y Estados Unidos relativa a la Ley Helms-Burton”, *RDCE*, 1997, núm. 2, pp. 581-595

LOWENFELD, A. F., “The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act: Congress and Cuba. The Helms Burton-Act”, *AJIL*, 1996, pp. 419-434

MAYER, P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973

MUNCH, F., “Les effets d’une nationalisation à l’étranger”, *RCADI*, vol. 98, 1959, pp. 418-422

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “La Ley de Libertad y Solidaridad Democrática con Cuba (Libertad Act) en el marco

de la regulación del comercio internacional”, *REDI*, 1997, núm. 1, pp. 372-377

PETREN, S., “La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu”, *RCADI*, vol.109, 1963, pp.493-496

QUIÑONES ESCAMEZ, A., *Eficacia Internacional de las nacionalizaciones: nombre comercial y marcas*, Madrid, 1988

----, “Problemas jurídico-internacionales relativos a la propiedad de la marca *Dry Sack* y otras surgidos a raíz de la expropiación del holding Rumasa”, *Diario La Ley*, 1984, tomo 3, pp. 816

ROY, J., “La Ley Helms-Burton: Desarrollo y consecuencias”, *RDCE*, 1997, núm. 2, pp. 487-510

SADEK EL-KOCHERI, A., “Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental”, *RCDIP*, LVI, 1967, pp.249-251

SAVATIER, M., “Les nationalisations en droit international privé”, *Travaux du Comité français de Droit international privé 1946-1948*, París, 1951, pp. 50-51

SEIDL-HOHENVELDERN, I., “Expropiaciones de Estados extranjeros y tribunales internos”, *Revista de Estudios Políticos*, 1966, pp. 110-124

SEPPALA, CH. R., “La pratique américain récente: les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy”, en AAVV, *Sanctions unilaterales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy*, París, Montchrestein, 1998, pp. 83-97

VICH, D./HEREDIA, I., “Ley Helms-Burton: ¿qué implica y de qué mecanismos de defensa disponen los particulares y empresas de la UE?”, [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/ley-helms-burton-que-implica-y-de-que-mecanismos-de-defensa-disponen-los-particulares-y](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/ley-helms-burton-que-implica-y-de-que-mecanismos-de-defensa-disponen-los-particulares-y)

WORTLEY, B. A., *Expropriation in Public International Law*, Cambridge, 1959

ZAMBRANA-TÉVAR, N., “The long tentacles of the Helms-Burton Act in Europe”, September 6, 2019, disponible en: <http://conflictoflaws.net/2019/the-long-tentacles-of-the-helms-burton-act-in-europe/>.



**EL ESCENARIO DE LA ECONOMÍA  
COLABORATIVA Y LOS MODELOS  
*LOW COST***

# **PONENCIAS**

# **PLATAFORMAS DIGITALES Y ACTIVIDADES TRANSFRONTERIZAS**

*PEDRO ALBERTO DE MIGUEL ASENSIO*

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Sumario: 1. AUSENCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL.- 2. TUTELA DE LOS USUARIOS PROFESIONALES DE PLATAFORMAS.- 3. SOMETIMIENTO DE LAS PLATAFORMAS (Y SUS USUARIOS) AL RGPD.- 4. INTERCAMBIO DE VÍDEOS: ALCANCE DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA.- 5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS: RÉGIMEN APLICABLE.- 6. PLATAFORMAS PARA COMPARTIR MÚSICA Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTOR.- 7. APLICACIÓN DE RESTRICCIONES NACIONALES: CRITERIO DE MERCADO INTERIOR Y OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN PREVIA.

## **1. AUSENCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL**

1. La expansión de las plataformas digitales y con ella de la contratación con prestadores de servicios de plataforma o entre usuarios de tales servicios no ha ido unida a la adopción de normas específicas de Derecho internacional privado (DIPr). La dimensión internacional de la protección del consumidor ha recibido una particular atención en la UE en paralelo con la progresiva europeización del Derecho material del consumo. Esa circunstancia se manifiesta de manera especial en las reglas específicas sobre competencia judicial internacional en los contratos de consumo (arts. 17-19 Reglamento 1215/2012 o

RBIbis) y la incorporación de un régimen específico sobre ley aplicable en ese sector (art. 6 Reglamento 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales o RRI). Se trata de un modelo que protege al consumidor facilitando su acceso a los tribunales del país de su residencia habitual y la aplicación de las normas imperativas de protección de los consumidores de ese mismo país, de modo que impone a las empresas obligaciones que limitan sus posibilidades de someter sus transacciones a un régimen unitario cuando pretenden operar en línea en múltiples mercados.

2. En el desarrollo de plataformas vinculadas a la llamada economía colaborativa cabe apreciar cierta difuminación en ciertos ámbitos de la delimitación entre consumidor y empresario, de modo que, en materia contractual, junto a la tradicional distinción entre transacciones B2B (*business to business*) y B2C (*business to consumer*) se hace preciso abordar el tratamiento de los contratos llamados P2P (*peer to peer* o entre pares), en concreto en aquellos casos en los que quien ofrece un bien o un servicio es un usuario de la plataforma que no reviste los elementos para ser considerado como empresa o profesional. En las situaciones típicas, no resultará controvertido que el prestador de servicio de plataforma es una empresa o profesional –si bien el alcance de su implicación en las transacciones entre usuarios en el marco de la plataforma puede ser fuente de inseguridad–; por el contrario la calificación de ciertos usuarios de las plataformas a los efectos de los instrumentos de DIPr puede suscitar dudas adicionales con respecto a la normativa específica sobre contratos de consumo.

3. La protección que esas normas del RBIbis y del RRI otorgan aparece limitada a los contratos entre empresas o profesionales y consumidores, entendidos éstos como personas físicas que celebran el contrato para un uso que pueda

considerarse ajeno a su actividad profesional. Cuando las partes actúan en el ejercicio de su actividad profesional esas normas no resultan de aplicación<sup>1</sup>. En tanto que determinante de la aplicación de un régimen especial, el Tribunal de Justicia ha puesto de relieve que el concepto de consumidor debe ser objeto de una interpretación estricta en el marco del RBIbis, de modo que va referido únicamente al consumidor final privado, que no lleva a cabo actividades comerciales o profesionales.<sup>2</sup> Debe tratarse de contratos celebrados al margen de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo.<sup>3</sup> La eventual consideración como consumidor es independiente de que la persona pague o no por el servicio, lo que resulta de especial importancia en un contexto en el que es frecuente que los servicios se ofrezcan de manera gratuita si bien a cambio del acceso a datos personales.

4. El objetivo del régimen de protección es tutelar al consumidor en cuanto parte del contrato considerada económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su cocontratante profesional<sup>4</sup>, lo que excluye su aplicación

---

1 STJUE de 19 de enero de 1993, *Shearson Lehman Hutton / TVB*, C-89/91, EU:C:1993:15, ap. 24.

2 STJUE de 14 de marzo de 2013, *Ceská sporitelna*, C-419/11, EU:C:2013:165, ap. 32, con ulteriores referencias. *Vid.* STS de 10 de diciembre de 2020, *Personal Exchange International*, C-774/19, EU:C:2020:1015,, poniendo de relieve que los ingresos obtenidos, el nivel de especialización alcanzado y el tiempo dedicado por el usuario del servicio en línea no se consideran determinantes para excluir su calificación como consumidor a los efectos del artículo 17 RBIbis, pero sí lo puede ser el que su utilización del servicio en línea –y en particular los ingresos que obtiene de esa actividad- vaya unida a la venta de productos o el ofrecimiento de servicios relacionados a esa actividad.

3 STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, ap. 30.

4 STJUE de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01, EU:C:2005:32, ap. 34; y STJUE de 20 de enero de 2005, *Engler*, C-27/02, EU:C:2005:33, ap. 39.

cuando no concurre el desequilibrio que justifica esa protección<sup>5</sup>. Tratándose de contratos de finalidad doble, el TJUE en el contexto de las redes sociales ha insistido en que el régimen de protección en materia de contratos de consumo del RBIbis resulta solo de aplicación cuando la finalidad del contrato sea un uso no profesional del servicio y si el contrato tiene un vínculo con la actividad profesional del interesado ha de ser tan tenue que resulte marginal e insignificante en el contexto de la operación<sup>6</sup>. En el ámbito de las redes sociales, el Tribunal parece haber admitido una cierta flexibilidad, al considerar que lo determinante es que la persona haga un uso esencialmente no profesional de los servicios<sup>7</sup>.

5. En todo caso, el fundamento de ese régimen de tutela respecto de las transacciones internacionales es el desequilibrio existente entre las dos partes contratantes, por lo que no es aplicable cuando ninguna de las partes actúa en el marco de su actividad profesional o empresarial. La tutela de esos regímenes de DIPr se limita a aquellas situaciones en las que existe un desequilibrio entre ambas partes contratantes, como es propio de las situaciones B2C, con independencia de que el empresario o profesional sea el prestador de servicios de plataforma o un usuario profesional de tales servicios que contrata con otro usuario que reúne las características para ser considerado consumidor.

6. De lo anterior resulta que los denominados contratos P2P entre usuarios no profesionales de plataformas no quedan en principio cubiertos por esas normas. El análisis previo acerca del significado del concepto de consumidor a los efectos de esos

---

5 STJUE de 5 de diciembre de 2013, *Vapenik*, C-508/12, EU:C:2013:790, ap. 31.

6 STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, aps. 29-32. Asimismo, *vid.* STJUE de 14 de febrero de 2019, *Milivojević*, C-630/17, EU:C:2019:123, ap. 91.

7 STJUE de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, ap. 38.

instrumentos debe proyectarse respecto de las transacciones concluidas con la plataforma o en el marco de la misma, en particular en lo relativo a la caracterización de personas que ofrecen productos o servicios mediante plataformas. En el contexto cercano de la normativa material de protección de consumidores de la UE, la Comisión ha destacado como elementos que pueden ser relevantes según los casos: la frecuencia de sus ofertas; la existencia o no de un fin lucrativo; y el volumen de negocio<sup>8</sup>. Por su parte, el Tribunal de Justicia, al interpretar la Directiva 2011/83 y la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales en las relaciones con los consumidores, en la sentencia *Kamenova*<sup>9</sup> ha puesto de relieve que su concepto de comerciante tiene un sentido particularmente amplio (ap. 30) y debe determinarse en relación con el concepto, correlativo pero antinómico, de “consumidor” (ap. 33), destacando que se trata de un concepto funcional que exige valorar a la luz de las circunstancias del caso concreto si la persona en cuestión actúa con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, o profesión o en nombre o por cuenta de un comerciante (aps. 35 a 37). Como guía relevante, el Tribunal proporciona un listado de criterios a tener en cuenta a esos efectos –planificación de las ofertas, carácter lucrativo, estatuto jurídico del oferente, frecuencia de la actividad...-, pero aclarando que no son taxativos ni exclusivos y que “el hecho de cumplir uno o varios de esos criterios no determina, por sí mismo” que el vendedor en línea deba ser calificado como comerciante (aps. 38 y 39).

7. Por consiguiente se impone un análisis casuístico. En todo caso cabe constatar que el concepto de consumidor a los efectos de los regímenes de protección del RBIBis y del RRI es más estricto del que resulta de otros instrumentos de la Unión. A

---

8 COM(2016)356 final, pp. 9-10.

9 STJUE de 4 de octubre de 2018, *Kamenova*, C-105/17, EU:C:2018:808.

modo de ejemplo, a los efectos de la Directiva 2011/83 sobre los derechos de los consumidores en los contratos con doble finalidad se considera consumidor si el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato (cdo. 17). Por su parte, la Directiva 2019/770 relativa a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, afirma la libertad de los Estados miembros para considerar en los contratos con doble objeto que una persona debe ser considerada un consumidor cuando el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato. Además, afirma la libertad de los Estados miembros para extender la protección otorgada por la Directiva a personas físicas o jurídicas que no sean consumidores en el sentido de la Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes<sup>10</sup>. Esta constatación se vincula con la necesidad de valorar la oportunidad de extender el alcance de los regímenes de protección de los consumidores del RBIbis y del RRI a otros posibles actores que se pueden encontrar en una situación de dependencia en el contexto de las plataformas, lo que en principio exigiría una modificación legislativa en el seno de la Unión.

## **2. TUTELA DE LOS USUARIOS PROFESIONALES DE PLATAFORMAS**

8. En la evolución reciente de la legislación material de la Unión sí ha tenido reflejo el que ciertos usuarios de servicios de plataformas que hacen un uso básicamente comercial de las mismas desarrollan relaciones de subordinación y dependencia respecto de la plataforma. En esas relaciones se observa un

---

10 *Vid.* cdos. 16 y 17 de la Directiva 2019/770; asimismo *vid.* cdos. 21 y 22 de la Directiva 2019/771 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.



marcado desequilibrio entre las partes, lo que facilita que ciertas prácticas de la plataforma que puedan resultar perjudiciales para sus usuarios profesionales dañen gravemente las relaciones que estos últimos con sus clientes a través de la plataforma. Con el propósito de evitar prácticas lesivas por los intermediarios, asegurar la transparencia y ciertas garantías en los términos en los que prestan sus servicios, así como proporcionar a los usuarios profesionales posibilidades de reclamación efectiva frente a dichas plataformas, el Reglamento (UE) 2019/1150<sup>11</sup> establece ciertas disposiciones que complementan el marco normativo previo destinado específicamente a la protección de consumidores, en particular la Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas y la Directiva 2006/114 sobre publicidad engañosa y comparativa. Para ello contempla la imposición a los proveedores de servicios de intermediación en línea y a los proveedores de motores de búsqueda en línea de obligaciones específicas, en relación, entre otros aspectos, con la configuración de sus condiciones generales, de modo que repercuten directamente sobre el contenido de la relación contractual entre las plataformas y sus usuarios profesionales.

9. Como refleja su considerando 9, el legislador de la Unión parte de que con frecuencia los proveedores de servicios de intermediación en línea tienen una dimensión mundial, de manera que cuestiones relativas a la determinación del régimen aplicable en las situaciones transfronterizas reviste especial importancia. El fundamento de las normas del Reglamento (UE) 2019/1150 y su contenido se corresponden con que su aplicación no pueda venir determinada, a diferencia de lo que ocurre en otros instrumentos

---

11 Reglamento (UE) 2019/1150, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, DO L 186 11.7.2019, p. 57.

como la Directiva (CE) 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE), por el establecimiento en un Estado miembro de los proveedores de servicios de intermediación en línea. No se trata en este caso de eliminar obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios en el mercado interior, sino, como dice el considerando 7 del Reglamento, de adoptar normas a nivel de la Unión para garantizar un entorno comercial dentro del mercado interior en línea que sea equitativo.

10. Por ello, lo determinante en relación con su ámbito de aplicación, es que la actividad de los proveedores de servicios de intermediación en línea afecte al mercado en el territorio de la Unión. En concreto, el artículo 1.2 prevé que el Reglamento será de aplicación cuando concurren de manera cumulativa dos circunstancias. En primer lugar, es necesario que los servicios de intermediación en línea y los motores de búsqueda en línea faciliten o propongan su uso a usuarios profesionales y usuarios de sitios web corporativos, cuyo lugar de establecimiento o domicilio se sitúe en la Unión. Es decir, lo relevante es el establecimiento o domicilio del destinatario del servicio o usuario del sitio web corporativo. En segundo lugar, el Reglamento resulta solo de aplicación en la medida en que, además, por medio de los servicios de intermediación en línea o motores de búsqueda, los referidos usuarios profesionales y usuarios de sitios web corporativos ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión. El artículo 1.2 aclara que la aplicación de las normas del Reglamento es independiente de dónde estén establecidos o residan los proveedores de los servicios de intermediación y de los motores de búsqueda, así como de cual sea la ley aplicable.

11. Como punto de partida, la opción por un criterio basado en los efectos en el mercado va en la línea del enfoque previamente seguido en la legislación de la Unión en materia

de competencia desleal (art. 6 del Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, RRII), protección de los consumidores (art. 6 del Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, RRI) e incluso protección de datos personales (art. 3.2 Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos o RGPD), al tiempo que resulta coherente con los fundamentos y objetivos de la legislación en materia de prácticas comerciales desleales, sin perjuicio de que la interacción con las normas de los Reglamentos Roma I y Roma II plantea cuestiones específicas. Desde la perspectiva de los efectos en el mercado resulta razonable que la actividad de los servicios de intermediación en línea solo se considere sometida al Reglamento (UE) 2019/1150 cuando va dirigida a usuarios situados en la Unión en la medida en que éstos ofrezcan bienes o servicios a consumidores situados en la Unión (con independencia de cuál sea la nacionalidad e incluso la residencia de los consumidores en cuestión, según precisa su cdo. 9).

12. De este modo, el Reglamento no resulta de aplicación a la utilización de servicios de intermediación por los usuarios profesionales establecidos en la UE para ofrecer productos o servicios a consumidores ubicados en terceros Estados. Tampoco resulta de aplicación si los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos no están establecidos en la Unión, lo cual en principio se corresponde con que el objeto del Reglamento fundamentalmente se proyecta sobre las relaciones entre los proveedores de servicios de intermediación (o motores de búsqueda) y los usuarios profesionales (o de sitios web corporativos). No obstante, la no aplicación del Reglamento a situaciones en las que el proveedor de servicios de intermediación está establecido en un Estado miembro, el usuario profesional o usuario de sitio web corporativo no lo está, pero sin embargo estos últimos dirigen su actividad a consumidores situados en la Unión,

puede suscitar dudas, acerca de la repercusión indirecta sobre la posición de los consumidores y la oferta de bienes y servicios en la UE. El considerando 9 incluye ciertas precisiones acerca de la interpretación de los dos elementos de los que el artículo 1.2 hace depender la aplicación de nuevo Reglamento. En particular, destaca que para determinar si concurre el requisito de que los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos ofrecen bienes o servicios a consumidores situados en la Unión, debe seguirse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la determinación de cuándo el empresario dirige su actividad comercial al Estado miembro de residencia habitual del consumidor, en relación con las normas de competencia judicial (art. 17 RBIbis) y ley aplicable (art. 6 RRI)<sup>12</sup>.

13. El artículo 6 RRII regula la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un acto de competencia desleal, y establece que será la ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados. Se trata de una regla de conflicto que no puede verse alterada por el eventual recurso por las partes a la autonomía de la voluntad (arts. 6.4 y 14 RRII). Además, en su sentencia *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15<sup>13</sup>, el Tribunal de Justicia puso de relieve que, por ejemplo, la determinación del Derecho aplicable a la acción colectiva de cesación del uso de cláusulas contractuales abusivas –pero no su abusividad– queda comprendida en el artículo 6 RRII (ap. 52), así como que la competencia desleal en el sentido del artículo 6.1 RRII engloba la utilización de cláusulas abusivas en condiciones generales de venta cuando pueda afectar a los intereses colectivos de los consumidores como categoría y,

---

12 Destaca especialmente la STJUE de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, C-585/08 y C-144/09EU:C:2010:740.

13 STJUE de 28 de julio de 2016, EU:C:2016:612.

por ende, influir en las condiciones de competencia del mercado (apdo. 42).

14. En la medida en que el Reglamento 2019/1150 establece normas contra ciertas prácticas desleales que quedan comprendidas dentro del supuesto de hecho del artículo 6 RRII, la ley aplicable debe venir determinada por este instrumento (según el art. 1.5 del Reglamento 2019/1150 éste debe entenderse sin perjuicio del Reglamento Roma II). En estas circunstancias, en relación con ese tipo de normas del nuevo Reglamento, cabría sostener que la inclusión de una disposición sobre su ámbito de aplicación territorial resulta innecesaria, habida cuenta de que su aplicación viene determinada por lo dispuesto en el artículo 6 RRII. Salvando las distancias, cabe reseñar que, por ejemplo, la Directiva (UE) 2016/943 relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) no incluye normas específicas sobre su ámbito de aplicación territorial.

15. De cara al futuro, podría resultar apropiado interpretar que los criterios establecidos en el artículo 1.2 del nuevo Reglamento en relación con su ámbito de aplicación son, en lo relativo a las obligaciones extracontractuales derivadas de los actos de competencia desleal que el nuevo Reglamento regula, básicamente una manifestación del criterio de los efectos en el mercado que se corresponde con lo previsto en el artículo 6 RRII. Cabe recordar que también en la sentencia *Verein für Konsumenteninformation* citada, el Tribunal de Justicia aclaró que en materia de competencia desleal no opera la cláusula de escape del artículo 4.3 RRII.

16. El Reglamento 2019/1150 incorpora también ciertas reglas sobre condiciones generales y sobre cláusulas contractuales, relativas a las relaciones contractuales, en especial, entre los

proveedores de servicios de intermediación en línea y los usuarios profesionales de sus servicios. Reglas que, como ha quedado antes señalado, contemplan incluso la nulidad de pleno derecho de ciertas condiciones generales o sus cláusulas específicas. Se trata típicamente de cuestiones que entran en principio dentro del ámbito de aplicación de la ley que rige el contrato entre las partes. A este respecto, en la mencionada sentencia *Verein für Konsumenteninformation* el Tribunal de Justicia puso de relieve que la determinación del carácter abusivo de las cláusulas debe ser objeto de una calificación que asegure que el tratamiento sea el mismo con independencia de que la cuestión se plantee en el marco del ejercicio de una acción colectiva o no. Así, el Tribunal concluyó que “en el caso de que una acción de cesación se dirija a evitar que tales cláusulas se incorporen a contratos de consumo para crear así obligaciones contractuales, la ley aplicable a la apreciación de tales cláusulas debe determinarse con arreglo al Reglamento Roma I” (ap. 49).

17. De conformidad con su artículo 1.5, el Reglamento (UE) 2019/1150 debe entenderse sin perjuicio del Reglamento Roma I, si bien aclara que sus normas deben aplicarse dentro de su ámbito de aplicación territorial “con independencia de la normativa que, por lo demás, se aplique a un contrato” (cdo. 9). En la práctica, cabe entender que ello básicamente supone que las normas contractuales del Reglamento (UE) 2019/1150 tienen en principio el carácter de normas internacionalmente imperativas y que el artículo 1.2 resulta determinante para apreciar su ámbito de imperativa aplicación, en el que sus disposiciones han de ser aplicadas cualquiera que sea la ley aplicable al contrato según el Reglamento Roma I.

### 3. SOMETIMIENTO DE LAS PLATAFORMAS (Y SUS USUARIOS) AL RGPD

18. A nivel comparado, se observa una gran disparidad entre los niveles de tutela en materia de protección de datos personales, que en la UE se configura como un derecho fundamental de conformidad con el artículo 8.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y el artículo 16.1 TFUE. Por ello, reviste especial relevancia práctica la delimitación del ámbito espacial de aplicación de la legislación sobre protección de datos personales, de singular importancia por los riesgos asociados a los modelos de negocio en los que típicamente se basan las plataformas. El artículo 3 RGPD tiene como función esencial concretar el ámbito espacial de aplicación del marco general de la Unión sobre datos personales, lo que resulta determinante de quiénes y en qué situaciones deben cumplir con las obligaciones impuestas, por ejemplo de cara a establecer en qué medida los proveedores de servicios de plataformas y los usuarios de tales plataformas tienen la consideración de responsables o encargados del tratamiento a efectos del RGPD<sup>14</sup>. En el plano transfronterizo resultan de gran importancia también los condicionantes derivados de las restricciones a las transferencias internacionales de datos personales, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo V RGPD<sup>15</sup>.

19. El artículo 3 RGPD prevé como primer criterio determinante del sometimiento a la legislación europea el que el tratamiento de datos tenga lugar en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la

---

14 En el contexto de las redes sociales, *vid.* STJUE de 29 de julio de 2019, *Fashion ID*, C-40/17, EU:C:2019:629.

15 *Vid., v. gr.*, STJUE de 16 de julio de 2020, *Facebook Ireland y Schrems*, C-311/18, EU:C:2020:559.

Unión. Cuando el responsable o encargado del tratamiento no está establecido en la UE, el artículo 3.2 RGPD dispone que es aplicable al tratamiento de datos personales de interesados que se encuentren en la Unión cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con cualquiera de estos dos elementos: « a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión..., o b) el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión». Este planteamiento se corresponde con el propósito de aplicar la legislación europea cuando el responsable dirija a la Unión la actividad en el marco de la cual tiene lugar el tratamiento de datos personales. La formulación del art. 3.2.a) del RGPD permite apreciar que procede su aplicación cuando se ofrecen bienes o servicios sin restricciones geográficas respecto de la UE y son adquiridos o utilizados por un número significativo de personas en la Unión, incluso a falta de expresiones manifiestas de la voluntad de atraer en concreto a clientes de la UE. Los prestadores no establecidos en la Unión que quieran excluir posibles riesgos legales en este sentido pueden recurrir al uso de mecanismos de geolocalización.

20. La legislación sobre protección de datos incorpora disposiciones cuya observancia es esencial para la salvaguarda de importantes intereses, lo que justifica su carácter internacionalmente imperativo. Así, el hecho de que un contrato internacional pueda estar regido por la ley de un tercer Estado –conforme al RRI- no impedirá que los tribunales de los Estados miembros, incluso en el marco de litigios contractuales deban aplicar imperativamente las normas del RGPD, en la medida en que el supuesto esté comprendido dentro de su ámbito territorial. La cuestión relativa a la protección de datos ha de considerarse sometida a conexión autónoma y en relación con sus implicaciones sobre contratos internacionales, las disposiciones del RGPD pueden ser consideradas normas internacionalmente imperativas del foro



en el marco del art. 9.2 del Reglamento Roma I. La mencionada sentencia *Verein für Konsumenteninformation* resulta indicativa de cómo la eventual ilicitud de ciertas cláusulas contractuales por su falta de conformidad con la legislación de protección de datos es objeto de una conexión específica y diferenciada con respecto a la ley del contrato, pues viene determinada por la ley aplicable en materia de protección de datos, ámbito en el que debe estarse al art. 3 del RGPD.

21. La concreción del ámbito de aplicación espacial de la legislación en materia de protección de datos no agota las dificultades que plantea la coexistencia de estándares muy diferentes entre los diversos países, como ilustra el asunto *Google (Alcance territorial del derecho a la retirada de enlaces)*<sup>16</sup>, relativo a la configuración de las medidas para hacer efectivo el llamado derecho al olvido del artículo 17 del RGPD. El Tribunal de Justicia optó como criterio de base por una solución prudente y razonable: que los motores de búsqueda están obligados a eliminar en principio los resultados no a nivel mundial sino en las versiones que correspondan al conjunto de los Estados miembros, combinándola con mecanismos de geolocalización que impidan o dificulten seriamente el acceso a los resultados de que se trate desde el territorio de la Unión.

#### **4. INTERCAMBIO DE VÍDEOS: ALCANCE DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA**

22. Algunas de las obligaciones específicas impuestas a plataformas digitales en el seno de la Unión se vinculan con

---

16 STJUE de 24 de septiembre de 2019, *Google (Portée territoriale du déréférencement)*, C-507/17, EU:C:2019:772. Vid. también STJUE de 3 de octubre de 2019 C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, EU:C:2019:821.

la convergencia entre la televisión y los servicios de Internet derivada de la expansión de los servicios audiovisuales en línea, la diversificación de los terminales desde los que los usuarios acceden a los contenidos audiovisuales, la relevancia de nuevos formatos como los vídeos cortos, y el protagonismo de nuevos actores como las plataformas para compartir vídeos. Para dar respuesta a esa evolución la Directiva (UE) 2018/1808 modificó la Directiva 2010/13/CE (en adelante, DSCAV), con especial incidencia en los aspectos más relevantes en relación con la interacción entre los regímenes aplicables a los servicios de comunicación audiovisual y a los servicios de la sociedad de la información. En concreto, la Directiva (UE) 2018/1808 amplía el ámbito de aplicación de la DSCAV para imponer obligaciones específicas a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos, recogidas en los artículos 28 bis y 28 ter de la DSCAV.

23. La categoría prestadores de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» o «plataforma de intercambio de vídeos», a la que van referidas estas obligaciones, se diferencia de la de «servicio de comunicación audiovisual». En concreto, se define en el artículo 1.a.bis DSCAV como «un servicio... cuya finalidad principal propia o de una de sus partes dissociables o cuya funcionalidad esencial consiste en ofrecer al público en general programas, vídeos generados por usuarios o ambas cosas, sobre los que no tiene responsabilidad editorial el prestador de la plataforma, con objeto de informar, entretener o educar, a través de redes de comunicaciones electrónicas... y cuya organización determina el prestador de la plataforma de intercambio de vídeos, entre otros medios con algoritmos automáticos, en particular mediante la presentación, el etiquetado y la secuenciación». La Directiva (UE) 2018/1808 aclara que esta categoría no abarca actividades no económicas, como es propio de los sitios web privados y las comunidades de intereses no comerciales (cdo. 6). Al determinar

el alcance de esta categoría, resulta muy relevante que pretende abarcar los que denomina servicios de medios sociales cuando su oferta de programas y vídeos generados por usuarios constituya una «funcionalidad esencial» del servicio (cdo. 5). Para concretar qué servicios de medios sociales cumplen este criterio y entran en el ámbito de aplicación de las normas sobre las plataformas de intercambio de vídeos revisten singular importancia, aunque carecen de carácter vinculante, las Directrices adoptadas por la Comisión para proporcionar orientaciones sobre la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de esa definición<sup>17</sup>.

24. Complemento esencial de la armonización en el ámbito de la UE en materia de servicios de comunicación audiovisual es el establecimiento del llamado principio del país de origen. Cada Estado miembro debe velar por que todos los servicios de comunicación audiovisual transmitidos por prestadores bajo su jurisdicción respeten las normas aplicables en dicho Estado miembro. En todo caso, como puso de relieve el TEDH en su sentencia *Arlewin*<sup>18</sup>, el criterio de supervisión por las autoridades del país de origen de la Directiva 2010/13/UE no afecta a la competencia judicial internacional para conocer de demandas en relación con contenidos difundidos a través de esos servicios, a las que son aplicables las disposiciones sobre competencia judicial internacional (algo que confirma el considerando 63 de la Directiva 2018/1808).

25. El artículo 2.3 DSCAV establece los criterios que determinan que un prestador de servicios de comunicación esté establecido en un Estado miembro a los efectos de la Directiva,

---

17 Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación práctica del criterio de funcionalidad esencial de la definición de «servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma» en virtud de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (2020/C 223/02), DO C 223, 7.7.2020.

18 STEDH de 1 de marzo de 2016, *Arlewin c. Suecia*, no 22302/10, aps. 62-63.

y el artículo 2.4 otros criterios adicionales que determinan la sujeción a la jurisdicción de un Estado miembro de prestadores del servicio de comunicación a los que no se aplica el art. 2.3. En virtud de este criterio, el artículo 3 de la Directiva 2010/13/UE impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la libertad de recepción y no obstaculizar las retransmisiones en su territorio de los servicios de comunicación audiovisual procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por dicha Directiva. Únicamente cumpliendo las exigentes condiciones impuestas en su apartado 2, los Estados miembros pueden establecer excepciones al respecto. Ahora bien, es importante que –a diferencia de la DCE- la DSCAV tiene “ámbitos coordinados” mucho más concretos, pues están limitados en principio a las materias objeto de armonización por esta Directiva.

26. Desde la perspectiva de la DCE y los prestadores de servicios de la sociedad de la información, debe destacarse que el artículo 28 bis DSCAV incluye criterios específicos para determinar la sujeción a la jurisdicción de un Estado miembro de los prestadores de plataformas de intercambio de vídeo. Habida cuenta de que se trata de prestadores que tienen también la condición de prestadores de servicios de la sociedad de la información su régimen especial busca asegurar la coordinación con las reglas de la DCE.

27. La definición de prestador de servicios establecido de la DCE se considera también determinante para concretar el Estado miembro a cuya jurisdicción queda sometida una plataforma de intercambio de vídeos a los efectos de la DSCAV. Así, lo establece el artículo 28 bis de la DSCAV. Ahora bien, con el propósito de asegurar la eficacia de las medidas del artículo 28 ter DSCAV para proteger a los menores y al público en general frente a la presencia de ciertos contenidos ilícitos y nocivos así como

garantizar la «igualdad de oportunidades» -cabe suponer que entre las plataformas que compiten en la UE- (cdo. 44 Directiva 2018/1808), la DSCAV prevé la aplicación de esas normas también a plataformas de intercambio de vídeos no establecidas en un Estado miembro a los efectos de la DCE. Conforme al artículo 28.bis.2 DSCAV, esos prestadores se consideran a esos efectos establecidos en el Estado miembro en el que el prestador: a) tenga establecida una empresa matriz o una empresa filial, o b) esté establecida una empresa del grupo del que forme parte. El apartado 3 precisa que cuando las empresas antes mencionadas estén establecidas en distintos Estados miembros, se considerará como Estado miembro de establecimiento el de su empresa matriz o, en su defecto, el de su empresa filial o, en su defecto, el de la otra empresa del grupo. El apartado 4 aclara que en caso de existir empresas filiales o del mismo grupo establecidas en Estados miembros diferentes, se considerará como Estado miembro de establecimiento aquel en el que una de las filiales o de las empresas inició su actividad en primer lugar, siempre que mantenga una relación estable y efectiva con la economía de dicho Estado miembro. Los Estados miembros deben comunicar a la Comisión la lista de los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos establecidos en su territorio o que se consideren establecidos en su territorio, indicando el criterio en el que basan su jurisdicción.

28. En todo caso, si como afirma el preámbulo de la Directiva 2018/1808, el fundamento de la aplicación del artículo 28 ter DSCAV a prestadores no establecidos en un Estado miembro en el sentido de la DCE es asegurar la eficacia de las medidas para proteger a los menores y al público en general frente a la presencia de ciertos contenidos ilícitos y nocivos así como garantizar la «igualdad de oportunidades» (entre las plataformas que operan en la UE), cabe pensar que podría haber sido adecuado fijar un

criterio que permitiera exigir el cumplimiento de esas obligaciones a plataformas que dirijan a Estados miembros de la UE sus servicios y tengan un número significativo de usuarios en el mercado de la UE pese a no presentar ninguna de las conexiones a las que hace referencia el artículo 28.bis.2 DSCAV. Salvando las distancias, ese es el enfoque en relación con su ámbito de aplicación espacial que adopta el Reglamento (UE) 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea, antes reseñado. Pese a las carencias sobre este particular de la Directiva 2018/1808, en principio, nada impide que las legislaciones nacionales de transposición de la DSCAV puedan contemplar su aplicación –en concreto la de las reglas de transposición del art. 28.ter DSCAV- a ese tipo de plataformas con presencia significativa en (algún Estado miembro de) la UE y que no cabe considerar establecidas en un Estado miembro con base en los criterios que emplea la DSCAV.

29. El artículo 28.bis.2 DSCAV pone de relieve que el que un prestador de plataformas de intercambio de vídeos se considere establecido en un Estado miembro en virtud de estas normas resulta determinante de la aplicación a los mismos de los artículos 3 y 12 a 15 de la DCE a los efectos de la DSCAV. En los términos del artículo 28.ter.1 las medidas que prevé para proteger a los menores y el público en general y para el control de las comunicaciones comerciales audiovisuales deben entenderse “sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 a 15 DCE”. En concreto, las medidas no pueden derivar en un control previo ni en un filtrado de los contenidos subidos que no se ajusten al artículo 15 DCE (art. 28.ter.3 DSCAV). Por su parte, el considerando 48 de la Directiva 2018/1808 vincula con el significado de esas normas relativas a los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios relativas, la circunstancia de que las medidas para proteger a los menores y al público en general en el

marco de la DSCAV deben guardar relación con la organización de los contenidos, y no con los contenidos como tales. Al margen de la falta de precisión de la norma y la incertidumbre acerca de la interacción entre el artículo 15 DCE y el deber de implantar sistemas de filtrado de contenidos cuando resulta preciso para operar con la diligencia debida, cabe señalar que los artículos 12 a 15 DCE son de aplicación en la medida en que la plataforma de intercambio de vídeos de que se trate reúna en el caso concreto las condiciones para ser considerada intermediaria<sup>19</sup>.

30. Por otra parte, la afirmación en el artículo 28.bis.5 DSCAV de que: «A los efectos de la presente Directiva, el artículo 3 y los artículos 12 a 15 de la Directiva 2000/31/CE se aplicarán a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos que se consideren establecidos en un Estado miembro de conformidad con el apartado 2 del presente artículo», debe ser puesta en conexión con el considerando 63 de la Directiva 2018/1808 que introdujo dicho artículo 28bis en la DSCAV. Como aclara ese considerando la DSCAV no afecta a las normas de Derecho internacional privado, en particular a las que regulan la competencia judicial y al Derecho aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. Dejando a un lado la dimensión administrativa y de Derecho público, cabe sostener que en relación con las demandas en materia civil y mercantil –por ejemplo de daños frente a la plataforma– es la ley aplicable a la responsabilidad civil en virtud de la norma de conflicto relevante la que debe determinar también «las causas de exoneración así como toda limitación... de responsabilidad», por utilizar los términos literales del Reglamento Roma II.

---

19 En relación con este aspecto clave, *vid.* SSTJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France y Google*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, aps. 114 y 120; y de 12 de julio de 2011, *L'Oréal*, C-324/09, EU:C:2011:474, ap. 113; asimismo, se trata de una cuestión para la que también son relevantes los asuntos *You Tube y Cyando*, C-682/18 y C-683/18, así como C-442/19, *Stichting Brein* C-500/19, *Puls 4 TV*, pendientes ante el Tribunal de Justicia (en relación con el primero, *vid.* Conclusiones AG Saugmandsgaard Øe de 16 de julio de 2020, *You Tube y Cyando*, C-682/18 y C-683/18, EU:C:2020:586).

## **5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PLATAFORMAS: RÉGIMEN APLICABLE**

31. Ciertamente, la exención de responsabilidad de los artículos 14 DCE y 16 LSSI va referida a supuestos únicamente en los que quien presta servicios de alojamiento actúa efectivamente como un mero intermediario, de modo que el Tribunal de Justicia ha venido exigiendo que desempeñe un papel neutro, en el que su actividad tenga naturaleza «meramente técnica, automática y pasiva», lo que implica que el prestador «no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada»<sup>20</sup>.

32. Con respecto a ciertas redes sociales y plataformas para la difusión de contenidos por sus usuarios la determinación de si su actividad «es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva» condiciona su calificación como un prestador de servicios de alojamiento de datos a esos efectos. Tratándose de plataformas para la comercialización de productos y plataformas de la llamada economía colaborativa, en la medida en que lo que se plantee sea la eventual responsabilidad extracontractual de la plataforma con respecto a la información alojada por usuarios, resultan de aplicación los mismos criterios relativos a la aplicación de la DCE y la LSSI, siempre que por su actividad sea susceptible de ser considerado un prestador de servicios de la sociedad de la información que provee servicios de alojamiento de datos a los efectos del artículo 14 DCE<sup>21</sup>,

20 *Vid.* STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France et Google*, C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, aps. 113 a 118; y STJUE de 12 de julio de 2012, *L'Oréal*, C-324/09 C-324/09, EU:C:2011:474, aps. 112-116.

21 Con respecto a una plataforma con contenidos de los usuarios en materia de alquiler de bienes inmuebles, considerando la exigencia de prestación neutra del servicio por la plataforma como elemento condicionante del rechazo a que se beneficie de la limitación de responsabilidad con base en el artículo 16 LSSI en tanto que prestadora de servicio de alojamiento de datos respecto de las ofertas relativas a los bienes inmuebles subidas por sus usuarios, *vid.* STSJCat (Sala de lo Contencioso, Secc 5) n.º 751/2018, de 5 de octubre,



sin extenderse a otros servicios que pueda prestar<sup>22</sup>.

33. El que el proveedor de una plataforma o red social determine, mediante la aplicación de sus algoritmos, qué contenidos alojados en sus servicios se muestran a sus usuarios junto con otros aspectos de la configuración del servicio, puede generar dudas acerca de que en determinadas situaciones y con respecto a ciertos contenidos su intervención sea “meramente, automática y pasiva”. Esta incertidumbre ha condicionado la exclusión del régimen del artículo 14 DCE de actividades de ciertas plataformas en relación con la responsabilidad derivada de la infracción de derechos de autor y derechos conexos (art. 17 Directiva 2019/790) y ha tenido su reflejo en la actividad del Tribunal de Justicia<sup>23</sup>, al tiempo que se vincula directamente con la pretendida revisión del régimen normativo por parte de la UE en el marco de la iniciativa denominada *Digital Services Act* (Ley de Servicios Digitales).

34. Debido a la diversidad de criterios a nivel comparado, la concreción de la legislación aplicable a estas cuestiones reviste singular importancia. Debe recordarse a este respecto, que

---

ECLI: ES:TSJCAT:2018:7090. Respecto de esta cuestión, *vid.* también el ATS 796/2020, de 31 de enero (Sala de lo Contencioso – Secc. 1), ES:TS:2020:796A. En relación con Amazon como plataforma para la comercialización de productos por usuarios de sus servicios, *vid.* las conclusiones del AG Campos Sánchez-Bordona de 28 de noviembre de 2019, *Coty Germany*, C-567/18, EU:C:2019:1031, aps. 81-82, considerando que cuando la empresa se implica en la comercialización de los productos de los usuarios de sus servicios se le puede exigir una especial diligencia respecto del control de la licitud de los productos comercializados; si bien la STJUE de 2 de abril de 2020, *Coty Germany*, C-567/18, EU:C:2020:267, no se pronunció acerca de este aspecto.

22 Comisión Europea, «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», COM(2016) 356 final, pp. 8-9.

23 Como se pone de relieve en los asuntos *YouTube y Cyando*, C-682/18 y C-683/18, así como C-442/19, *Stichting Brein* C-500/19, *Puls 4 TV*, pendientes ante el Tribunal de Justicia.

en virtud del artículo 15 RRII, la ley aplicable a la obligación extracontractual regula, entre otras, cuestiones como la determinación de quienes pueden ser considerados responsables, toda limitación de la responsabilidad, así como la responsabilidad por actos de terceros. En consecuencia, es en principio la ley que rige la responsabilidad civil en virtud de la concreta regla de conflicto determinante en función de la materia la que regula también el régimen de responsabilidad civil de la plataforma y el alcance de las limitaciones y excepciones previstas con respecto a la eventual prestación de servicios de la sociedad de la información intermediarios por parte de las plataformas.

## **6. PLATAFORMAS PARA COMPARTIR MÚSICA Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE AUTOR**

35. Otro aspecto del régimen de responsabilidad de las plataformas digitales objeto de regulación específica en el ámbito de la Unión es el relativo a la tutelas de los derechos de autor en el marco de las plataformas para la difusión de contenidos generados por los usuarios, contenida en el extensísimo artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital. Uno de los elementos fundamentales del nuevo artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 es que supone una quiebra parcial de la situación antes existente en el seno de la UE, en el sentido de que las limitaciones de responsabilidad para los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios presentan en la DCE carácter horizontal, es decir, son aplicables con independencia de la materia y el tipo de responsabilidad. Su artículo 17 establece un régimen de (exención) de responsabilidad específico para una categoría de prestadores de servicios de alojamiento en relación con una materia concreta, la tutela de los derechos de autor y otras

prestaciones protegidas, que desplaza a la normativa horizontal de la DCE.

36. Además de a una concreta materia, el régimen específico de responsabilidad va referido a una nueva categoría, la de “prestador de servicios para compartir contenidos en línea”, que aparece definida en el artículo 2.6) de la Directiva (UE) 2019/790. En concreto, queda comprendido dentro de esta categoría cualquier “prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos”. Constituye, en principio, una subcategoría entre los prestadores de servicios de alojamiento, a los que va referido el artículo 14 DCE. Por su parte, del considerando 62 de la Directiva (UE) 2019/790 se desprende que el régimen de exención de responsabilidad que establece no debe aplicarse a los prestadores de servicios cuyo objetivo principal sea dedicarse a la piratería lesiva de derechos de autor o facilitarla.

37. La previsión de un régimen de exención de responsabilidad resulta relevante en la medida en que sus beneficiarios sean responsables de un determinado ilícito. A este respecto, el apartado 1 del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 hace referencia a que el ofrecimiento al público, por parte de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, del acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios constituye la realización por tales prestadores de un acto de comunicación al público. Ahora bien, la caracterización como acto de comunicación al público, a los efectos del artículo 3 de la Directiva 2001/29 sobre los derechos de autor en la sociedad de

la información, no se configura en la Directiva (UE) 2019/790 como una modificación del régimen anterior sino como una mera aclaración, que no implica un cambio legislativo. Así resulta del considerando 64, que hace referencia a que resulta conveniente que la nueva Directiva “aclare” esa circunstancia. En todo caso, la primera cuestión de la mencionada petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* en el asunto C-682/18, pendiente, va referida precisamente a si el operador de una plataforma como YouTube lleva a cabo un acto de comunicación en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29/CE en relación con la puesta a disposición del público por parte de los usuarios de vídeos con contenidos protegidos por derechos de autor sin el consentimiento del titular de los derechos<sup>24</sup>.

38. Consecuencia de la caracterización como acto de comunicación al público de la actividad de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea es la exigencia de autorización por parte de los titulares de derechos, salvo que la utilización de la obra por parte del usuario de la plataforma se beneficie de una excepción o limitación a los derechos de autor. En relación con el alcance de las autorizaciones y licencias que obtengan los operadores de estas plataformas, el Artículo 17.2 Directiva (UE) 2019/790 exige que comprenda también los actos realizados por usuarios de sus servicios “cuando no actúen con carácter comercial o en caso de que su actividad no genere ingresos significativos”.

39. Elemento fundamental del artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 es el establecimiento de un régimen de exención de responsabilidad específico aplicable a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea, frente al régimen general del artículo 14 DCE. La especialidad del nuevo régimen

---

24 En relación con este asunto pendiente sí están disponibles las conclusiones del AG Szpunar de 16 de julio de 2020, EU:C:2020:586.

y su vocación de reemplazar parcialmente al artículo 14 DCE resulta claramente del apartado 3 del artículo 17 Directiva (UE) 2019/790, que establece que el artículo 14.1 DCE no se aplicará a las situaciones contempladas por el mencionado artículo 17 cuando los prestadores de esos servicios sean responsables de actos de comunicación al público o de puesta a disposición del público en las condiciones establecidas en la Directiva (UE) 2019/790. Aclara, no obstante, que lo anterior no afectará a la posible aplicación del artículo 14.1 DCE a esos prestadores de servicios con respecto a fines ajenos al ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/790. En definitiva, habida cuenta del carácter horizontal del régimen previsto en la DCE y de la naturaleza de proveedores de servicios de alojamiento de los prestadores a los que se refiere el artículo 17, la posibilidad de éstos de beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad del artículo 14 DCE se mantiene en relación con otros ámbitos, como eventuales vulneraciones del derecho al honor, a la propia imagen, marcas, etc. Además, el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 tampoco excluye la aplicación con respecto a los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea objeto de su regulación de lo previsto en el artículo 14.3 DCE. Esta norma dispone que el que un prestador de servicios de alojamiento se beneficie de la exención de responsabilidad no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa le ordene poner fin a una infracción o impedirlo.

40. Como es conocido, en la exención de responsabilidad del artículo 14 DCE resulta determinante la ausencia de conocimiento efectivo de la ilicitud por parte del prestador de servicios y su reacción con prontitud para retirar el contenido cuando tenga conocimiento de la ilicitud. Este carácter abierto, flexible y poco preciso del artículo 14 DCE ha facilitado el desarrollo de un estándar según el cual al apreciar si existe conocimiento de la presencia de contenidos ilícitos debe valorarse si el prestador

ha actuado con la diligencia que le es exigible habida cuenta de los riesgos propios de la configuración del tipo de servicio que presta a los usuarios que introducen contenidos con infracción de derechos. Por su parte, el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/790 pretende proporcionar un modelo más elaborado y preciso en atención a las peculiares circunstancias de las plataformas de difusión de contenidos cargados por los usuarios.

41. La ausencia de reglas específicas acerca del ámbito territorial de este régimen relativo a las plataformas para compartir contenidos se corresponde con su integración en normas de armonización de la legislación sobre derechos de autor, de modo que la legislación aplicable (o las legislaciones aplicables) en las situaciones transfronterizas para determinar el contenido de tales derechos, los actos de infracción, las eventuales limitaciones de responsabilidad... viene determinada por el criterio general *lex loci protectionis*, que tiene su reflejo en el artículo 8 RRII.

## **7. APLICACIÓN DE RESTRICCIONES NACIONALES: CRITERIO DE MERCADO INTERIOR Y OBLIGACIÓN DE COMUNICACIÓN PREVIA**

42. En relación con el régimen aplicable a las plataformas, revisten especial importancia ciertas normas generales relativas a servicios de la sociedad de la información, como ilustra muy especialmente la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en materia de plataformas, como en los asuntos relativos a Uber<sup>25</sup>,

---

25 STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi*, C-434/15, EU:C:2017:981; y STJUE de 10 de abril de 2018, *Uber France*, C-320/16, EU:C:2018:221

Airbnb<sup>26</sup> u otras aplicaciones<sup>27</sup>. Cabe apreciar dos dificultades inherentes al criterio adoptado por el Tribunal de Justicia en esas sentencias sobre Uber y Airbnb en lo relativo a la delimitación del término “servicios de la sociedad de la información”. Uno es que el Tribunal se ve en la necesidad de admitir que determinados servicios que, al menos en relación con una parte de sus prestaciones, cumplen todas las características de la definición de esa categoría (contenida ahora en el art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1535 que resulta determinante también a los efectos de la DCE) no deben considerarse incluidos en la misma. Otro es que con respecto a ciertas cuestiones relevantes, pero distintas a las planteadas en esos asuntos al Tribunal de Justicia, se trata de un resultado difícil de aceptar. Así, la conclusión de que Uber en relación con sus actividades de transporte de pasajeros no es un prestador de servicios de la sociedad de la información y en consecuencia no le es aplicable la DCE resulta difícilmente compatible con la constatación de que en la medida en que utilice un sitio de Internet en relación con el desarrollo de tales actividades (por una filial establecida en un Estado de la UE) deberían serle de aplicación –a la luz de la jurisprudencia del propio Tribunal- ciertas normas, como el artículo 5 DCE, del régimen de los servicios de la sociedad de la información (en tanto que prestador de ese tipo de servicios).

43. Esas dificultades parecen vincularse con la circunstancia de que con respecto a este tipo de plataformas la interpretación del concepto «servicios de la sociedad de la información» se ha planteado al Tribunal en relación con la aplicación del criterio de mercado interior del artículo 3 DCE y respecto de la obligación de los Estados miembros de comunicar previamente a la Comisión ciertas reglas relativas a los servicios de la sociedad de

---

26 STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Airbnb Ireland*, C-390/18, EU:C:2019:1112

27 STJUE de 3 de diciembre de 2020, *Star Taxi App*, C-62/19, EU:C:2020:980.

la información en virtud del artículo 5 de la Directiva 2015/1535. La posición adoptada por el Tribunal de Justicia favorece la aplicación del criterio de origen (art. 3 DCE) respecto de una plataforma como *Airbnb Ireland* y conduce al no sometimiento de la misma a las restricciones del Estado miembro de situación del bien inmueble comprendidas en el ámbito coordinado conforme a la DCE. Ahora bien, ese criterio no menoscaba en principio la posibilidad del Estado miembro donde el inmueble se encuentra de regular los requisitos relativos a la prestación de servicios de alojamiento –excluidos del ámbito coordinado de la Directiva en tanto que aplicables a servicios no prestados por medios electrónicos–, así como a la actividad de los arrendadores que utilizan la plataforma quienes en principio no tienen la condición de prestadores de servicios de la sociedad de la información que se beneficien del criterio de origen. En este tipo de situaciones puede resultar determinante el análisis de la compatibilidad de las medidas nacionales restrictivas con otras disposiciones del Derecho de la Unión, como la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior<sup>28</sup>.

44. Incluso una plataforma que se beneficia de la cláusula de mercado interior puede eventualmente llegar a ser considerada responsable si a través de sus servicios se llevan a cabo actividades ilícitas, por ejemplo, resultantes del incumplimiento de requisitos aplicables a servicios no prestados por medios electrónicos, y no se beneficie en el caso concreto de la limitación de responsabilidad

---

28 Vid. STJUE de 22 de septiembre de 2020, *Calvi Apartments*, C-724/18 y C-727/18, EU:C:2020:743, estableciendo que la compatibilidad con la Directiva 2006/123 de una normativa nacional que supedita a autorización previa el ejercicio de determinadas actividades de arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda, que se basa en criterios como que el inmueble en cuestión se arriende de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo a clientes de paso, tras considerar que una medida de ese tipo puede estar justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas y es proporcionada al objetivo perseguido.



en tanto que proveedora de servicios de alojamiento. Además, la circunstancia de que las ofertas sean introducidas por los usuarios no excluye que puedan adoptarse frente a la plataforma medidas que exijan la retirada de aquellas ofertas que incumplan la normativa del Estado miembro de situación del bien relativa al arrendamiento de los inmuebles en cuestión<sup>29</sup>.

45. El criterio de mercado interior del artículo 3 DCE no es relevante con respecto a situaciones en las que lo que se plantea es el tratamiento de un prestador de un servicio de la sociedad de la información en su Estado miembro de establecimiento, de modo que en tales situaciones los requisitos del artículo 3 DCE para la eventual aplicación de las restricciones a la libre prestación de servicios de la sociedad de la información en el mercado interior no son aplicables. La posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas que restrinjan la prestación de un determinado servicio de la sociedad de la información cuando el prestador está establecido en otro Estado miembro se subordina en el artículo 3.4 DCE al cumplimiento de dos requisitos cumulativos. Por una parte, la medida debe resultar necesaria y proporcionada para el logro de alguno de los objetivos recogidos en su letra a). Por otra, antes de la adopción de la medida y sin perjuicio de los procesos judiciales, el Estado debe haber notificado a la Comisión y al Estado miembro en cuyo territorio esté establecido el prestador de servicios de que se trate su intención de adoptar dichas medidas. La ausencia de esa notificación se considera por el Tribunal de Justicia una vulneración de una exigencia procesal de carácter sustantivo que resulta determinante de la imposibilidad de oponer a los particulares las medidas no notificadas.

---

29 En relación con estas cuestiones, *vid.* STSJCat (Sala de lo Cont.-advo., Secc. 5) n.º 751/2018, de 5 de octubre, TSJCAT:2018:7090; ATS 796/2020, de 31 de enero (Sala de lo Contencioso – Secc. 1), ES:TS:2020:796A, Raz. Jdco. 3; y STSJCat (Sala de lo Contencioso) de 13 de noviembre de 2019, ES:TSJCAT:2019:8266.

46. Ni ese tipo de medidas cuando no han sido notificadas ni las contenidas en reglamentos técnicos que limiten la libre prestación de los servicios de la sociedad de la información y no hayan sido notificados por el Estado miembro conforme a la Directiva 2015/1535 pueden oponerse a un particular, incluso cuando se trate de un litigio entre particulares relativo a la responsabilidad civil resultante del incumplimiento de esas normas. Más allá del papel central que la categoría «servicios de la sociedad de la información» desempeña con respecto a la ordenación de las actividades desarrolladas a través de Internet con base en el contenido de la DCE como pieza central de la regulación de la Unión en este sector, a los efectos de la Directiva (UE) 2015/1535 –y su antecedente la Directiva 98/34– el alcance del concepto es determinante de ciertas obligaciones de los Estados miembros que condicionan la eficacia de ciertas normas estatales. El eventual incumplimiento por los Estados miembros de la obligación que la Directiva (UE) 2015/1535 impone de comunicar previamente a la Comisión ciertos proyectos de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información impide la eventual aplicación de normas importantes para la ordenación de las actividades en línea adoptadas por los Estados miembros si lo han sido sin cumplir con ese requisito.

47. A modo de ejemplo en la práctica española, la ausencia de notificación bajo la Directiva 1535/2015 se considera por el TS como la circunstancia determinante en su sentencia 1106/2020, de 23 de julio<sup>30</sup>, para anular y dejar sin efecto el apartado 11 del artículo 1 del RD 1070/2017 por el que se introdujo en el Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria aprobado por RD 1065/2007 un nuevo artículo 54 ter que regula la “obligación de informar sobre la cesión de uso de viviendas con fines turísticos”. En relación

---

30 ES:TS:2020:2494.

con la práctica anterior del TJUE relativa al artículo 5 de la Directiva 2015/1535 y la obligación de comunicación previa a la Comisión, cabe reseñar su sentencia *VG Media*.<sup>31</sup> El Tribunal de Justicia puso de relieve que la cuestión de si una norma se refiere específicamente a los servicios de la sociedad de la información a los efectos del artículo 5 de la Directiva 2015/1535 debe determinarse a la luz tanto de su motivación como del texto de su articulado, sin que sea necesario que la norma tenga en su totalidad «como finalidad y objeto específicos» regular ese tipo de servicios, ya que basta con que algunas de sus disposiciones persigan esa finalidad o ese objeto<sup>32</sup>. Resulta suficiente que el objeto de regular específicamente tales servicios se desprenda claramente de la motivación de la norma, a la luz, entre otros, de sus trabajos preparatorios. En este contexto, con respecto al artículo 54 ter objeto de la STS 1106/2020 parece determinante que estableciera expresamente que entre los intermediarios destinatarios de la obligación impuesta se encuentran, en particular, las plataformas colaborativas que tengan la consideración de prestador de servicios de la sociedad de la información, así como que con respecto a la motivación para su adopción pusiera de relieve que se encuentra en la prevención del fraude fiscal, en particular, con respecto a las mencionadas plataformas.

---

31 STJUE de 12 de septiembre de 2019, *VG Media*, C-299/17, EU:C:2019:716. Más recientemente vid. STJUE de 22 de octubre de 2020, *Sportingbet y Internet Opportunity Entertainment*, C-275/19, EU:C:2020:856.

32 Vid. aps. 32 y 33 de la sentencia *VG Media* con referencia también a la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Falbert y otros*, C-255/16, EU:C:2017:983.

# **LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y LAS NUEVAS INICIATIVAS EUROPEAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES DE INTERMEDIACIÓN: LA TRANSFORMACIÓN DEL MODELO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA PARTE DÉBIL<sup>1 2</sup>**

*FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA<sup>3</sup>*

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

Sumario: 1. LA APROXIMACIÓN EUROPEA AL MODELO CONTRACTUAL TRIANGULAR DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA. 2. CONTENIDO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2019/1150: 2.1. Elenco de los nuevos elementos de protección. 2.2. Ámbito de aplicación material 2.3. Ámbito de aplicación espacial. 3. LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS ESPECIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS CONTRATOS

- 
- 1 Este estudio ha sido desarrollado con el apoyo del proyecto de investigación I+D DER2017-88501-P titulado “La mediación de consumo: hacia una construcción legislativa estatal y autonómica con arquitectura europea”, financiado por la Agencia Nacional Española de Investigación. El IP del Proyecto es el Doctor Fernando Esteban de la Rosa.
  - 2 Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 21 de octubre de 2020.
  - 3 Número de ORCID 0000-0002-2647-9086.

CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES A LOS SUPUESTOS TRANSFRONTERIZOS DE ECONOMÍA COLABORATIVA: 3.1. La identificación de relaciones de consumo en el ámbito de la economía colaborativa. 3.2. La condición relativa a la existencia de actividad comercial dirigida hacia el país de la residencia habitual del consumidor y la inserción del contrato en el ámbito de dichas actividades. 3.3. El ámbito de aplicación espacial del Derecho europeo de protección del consumidor. 4. VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y DE JURISDICCIÓN CONTENIDAS EN CONDICIONES GENERALES OFRECIDAS POR PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA: 4.1. Introducción. 4.2. Régimen general. 4.3. El sistema especial del nuevo Reglamento. 4.4. El sistema de protección especial para los contratos de consumo: 4.4.1. *Contratos de consumo que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de las reglas especiales de Derecho internacional privado.* 4.4.2. *Contratos de consumo no amparados por la protección especial de los contratos celebrados por los consumidores.* 5. PROTECCIÓN ESPECIAL PREVISTA PARA LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

## **1. LA APROXIMACIÓN EUROPEA AL MODELO CONTRACTUAL TRIANGULAR DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA**

1. La economía colaborativa representa un fenómeno social que ha emergido con fuerza en muy pocos años. Su eje central es la participación activa de los ciudadanos y su capacidad para influir en el mercado en una relación más horizontal entre las partes. Esta nueva realidad no se comprende al margen del desarrollo de las plataformas digitales, que hacen posible que los interesados entren en contacto, la celebración de contratos y la clasificación

de los participantes a través de herramientas tecnológicas. El modelo se ha extendido por ámbitos de actividad muy variados como la movilidad, el alojamiento, el ejercicio de actividad de empresa, las comunicaciones, el trabajo, la cultura, la educación o incluso las finanzas.<sup>4</sup> En poco tiempo la economía colaborativa ha madurado desde su fisonomía inicial. Al comienzo las plataformas digitales solían operar en exclusiva como proveedoras de servicios intermediarios de la sociedad de la información, por lo que, con arreglo al art. 14 DCE estaban, bajo determinadas condiciones, exentas de la responsabilidad de la información almacenada. Hoy es más frecuente que ofrezcan sus propios servicios, facilitando, tanto a proveedores como destinatarios, ciertas prestaciones como, por ejemplo, la de dar cobertura a los riesgos de la contratación o de la propia actividad. Los cambios se aprecian igualmente en el lado de los proveedores. Frente a la espontaneidad inicial la actividad ahora tiende a prolongarse, se lleva a cabo bajo demanda, se ha generalizado la compensación o contraprestación en dinero y se han incorporado a este mercado servicios muy profesionalizados por quienes los prestan. En el lado del adquirente final ya no siempre se trata de un particular, apareciendo también sociedades e incluso administraciones públicas. La evolución del fenómeno ha determinado la aparición de normativas estatales especiales, con finalidades muy diversas (ad.ex. garantizar la tributación del hecho económico, protección del medio ambiente, protección de un urbanismo sostenible, etc).<sup>5</sup>

---

4 Sobre la emergencia de la economía colaborativa y la variedad de dificultades que suscita este fenómeno de contratación internacional véase el estudio de ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.F., “Modelos colaborativos en plataformas digitales: retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 399–424.

5 Una revisión de las medidas nacionales adoptadas en varios países europeos puede verse en VILALTA NICUESA, A.E., “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, año 94, Número 765, pp. 277-284.

2. La doctrina ha identificado dos factores que concurren en la legislación europea de los que deriva su falta de adaptación a la economía de las plataformas.<sup>6</sup> Por una parte, la legislación europea se funda en el *modelo de distribución en cadena* y no en el *modelo triangular*.<sup>7</sup> Por otra, las normas del Derecho contractual son de aplicación exclusivamente a las relaciones de consumo. La economía de las plataformas, sin embargo, va más allá del paradigma de protección del consumidor, ya que en ellas se involucran diversos grupos de usuarios según el tipo de plataforma. Si la taxonomía de consumidores y empresas nunca ha sido del todo clara, la economía de plataformas ha aumentado considerablemente los casos que pertenecen a la “zona gris”. De esta situación son un buen ejemplo las plataformas de economía colaborativa, que inicialmente suelen implicar transacciones entre particulares de manera ocasional, a lo que puede seguir su conversión en pequeñas empresas, determinando la inaplicación del acervo de protección de los consumidores.

3. Las Directivas de regulación del mercado (Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico, Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa) muestran mejor sintonía con las necesidades de la contratación a través de plataformas, al ser de aplicación tanto a

---

6 Véase WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., “Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age?” disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL\\_BRI\(2017\)607323\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf).

7 El modelo de distribución en cadena que informa al Derecho de la Unión Europea se observa incluso en la reciente Directiva 2019/770/UE de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. Al regular la conformidad el artículo 8 b) hace alusión a cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, especialmente en la publicidad o el etiquetado.

las relaciones B2C como a las B2B. Les pasa lo contrario que a las directivas de protección de los consumidores (Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, Directiva 2011/83/UE sobre derechos del consumidor o la Directiva UE 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales), que no han sido concebidas para afrontar las exigencias especiales de protección que surgen de las relaciones triangulares y, además, ciñen su aplicación a las relaciones de consumo por lo que no dan respuesta a otro tipo de situaciones de vulnerabilidad.

4. La identificación de esta clase de situaciones respecto de ciertos servicios de intermediación en línea,<sup>8</sup> y el reconocimiento de la necesidad de contar con un marco propicio pero a la vez justo y equitativo, han provocado un reciente impulso legislativo y doctrinal. En el primer plano destaca el Reglamento (UE) 2019/1150 de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea<sup>9</sup> y la nueva Directiva UE 2019/2161

---

8 Según el apartado primero de la Exposición de Motivos de la propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea Bruselas (documento COM (2018) 238 final, 2018/0112 (COD) de 26 de abril de 2018, disponible en el siguiente enlace <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018PC0238&from=ES>) “los proveedores de estos servicios pueden incurrir en ciertas prácticas comerciales potencialmente nocivas, que reducen las ventas de tales empresas efectuadas a través de dichos proveedores y socavan su confianza, a saber: cambios inexplicables de las condiciones sin previo aviso; la exclusión de bienes o servicios y la suspensión de cuentas sin una declaración de motivos clara; una falta de transparencia en la clasificación de los bienes y servicios y de las empresas que los ofrecen; condiciones poco claras para el acceso y el uso de los datos recogidos por los proveedores; y una falta de transparencia en cuanto al favorecimiento de los propios servicios competidores y las denominadas cláusulas de nación más favorecida (NMF) de los proveedores que limitan la capacidad de las empresas de ofrecer condiciones más atractivas por medio de canales distintos de los servicios de intermediación en línea.”

9 DO L 186 de 11.7.2019.



de 27 de noviembre de 2019 de mejora de la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, que ha modificado la Directiva 2005/29/UE, de prácticas desleales, la Directiva 2011/83/UE de derechos del consumidor y la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas.<sup>10</sup>

5. El proceso de elaboración de estas iniciativas se ha alimentado por la elaboración, en paralelo, de las “Reglas Modelo para las Plataformas Digitales” aprobadas por el Instituto de Derecho Europeo el 28 de febrero de 2020.<sup>11</sup> Las Reglas culminan una reflexión que dio comienzo, tras el *boom* de los mercados en línea, con el “*Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms*” publicado en 2016.<sup>12</sup> El diseño propuesto por las Reglas asume el modelo de la economía triangular y es superador, bajo varias perspectivas, de la taxonomía entre relaciones de consumo y relaciones entre empresas. Las Reglas contienen obligaciones de las entidades gestoras de las plataformas frente a todos los usuarios, sin que importe para su aplicación si son profesionales. A diferencia de las recientes iniciativas legislativas europeas, se contempla su aplicación también a los mercados B2B, es decir plataformas cuyos clientes son empresas. El objetivo de las Reglas es similar al de las iniciativas legislativas europeas, mejorar la posición de los usuarios de la plataforma en relación con los operadores en dos aspectos: incrementar la calidad de la información sobre bienes, servicios o contenidos digitales que los usuarios pueden encontrar en la plataforma; y prevenir los abusos de la ventaja que tiene la plataforma debido a su posición central entre proveedores y clientes en perjuicio de sus usuarios,

---

10 DO L 328 de 18.12.2019.

11 Las Reglas Modelo se encuentran disponibles en el siguiente enlace: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Model\\_Rules\\_on\\_Online\\_Platforms.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf).

12 Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, 5 (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 164-169.

en particular de los proveedores. Como *soft law* su propósito es servir como modelo para los legisladores nacionales, europeos e internacionales, así como una fuente de inspiración para la autorregulación y la normalización.<sup>13</sup> En cuanto a su alcance, su utilización por gestores de plataformas y su eventual implantación en la legislación estatal quedan condicionadas al respeto del marco imperativo de la Unión Europea.

6. El carácter transnacional intrínseco a las relaciones que surgen en el ámbito de la economía colaborativa, entre sujetos que normalmente tienen su establecimiento, domicilio, sede o residencia en países distintos, hace imprescindible una aproximación al fenómeno desde el prisma del Derecho internacional privado. El régimen jurídico internacional de las relaciones que surgen en el ámbito de la economía colaborativa se mantiene sometido a los marcos generales, es decir, al Reglamento Bruselas I bis, al convenio de Lugano II, al Reglamento Roma I y al Reglamento Roma II. En apariencia este sistema permanece intacto.<sup>14</sup> La realidad muestra, sin embargo, que las nuevas iniciativas poseen incidencia sobre la aplicación práctica del sistema de Derecho internacional privado, condicionando en gran medida el régimen de las relaciones que tienen lugar en las plataformas digitales. A estos cambios hay que sumar los criterios que está desarrollando en los últimos tiempos el TJ para este mismo ámbito de relaciones, que poseen incidencia directa sobre las soluciones de Derecho internacional privado.

7. Este estudio se ocupa del régimen de validez y eficacia de las cláusulas de ley aplicable y de jurisdicción contenidas en las condiciones generales de la contratación de la entidad

---

13 Véase el *Report of the European Law Institute Model Rules on Online Platforms*, disponible en la siguiente página web: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Model\\_Rules\\_on\\_Online\\_Platforms.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf).

14 Véase el artículo 1.5 Reglamento 2019/1150.

gestora de la plataforma de economía colaborativa. Se trata de una cuestión central a la vista de la frecuencia con la que estas cláusulas son incorporadas a las condiciones generales, del alto impacto que su inserción posee sobre la posición contractual de las partes y de las variaciones que se producen en su régimen jurídico en dependencia del régimen aplicable. El trabajo expone los cambios legislativos y jurisprudenciales que están provocado modificaciones en los diferentes regímenes y evalúa en qué medida suponen un refuerzo a la garantía de la efectividad del consentimiento respecto de las cláusulas de ley aplicable y de jurisdicción contenidas en condiciones generales en la contratación a través de plataformas de economía colaborativa, una cuestión que hoy representa un verdadero Talón de Aquiles en el andamiaje de la economía de plataformas. Para el objetivo de este estudio primero nos ocuparemos de describir los supuestos en que encuentran aplicación los diferentes regímenes vigentes en la actualidad, a saber, el general, el especial del nuevo Reglamento y el propio de las relaciones de consumo. Para esta finalidad primero haremos una revisión del contenido, ámbito de aplicación y alcance internacional de las soluciones y disposiciones del nuevo Reglamento y la nueva Directiva. Luego haremos un breve recordatorio de las circunstancias que determinan la aplicación de las reglas especiales de Derecho internacional privado de los contratos de consumo a las relaciones que surgen de la economía colaborativa. Determinado el ámbito de aplicación de cada régimen de protección, finalmente analizaremos el diverso modo en que se resuelve la validez y eficacia de las cláusulas de ley aplicable y de jurisdicción contenidas en condiciones generales de la contratación en los contratos celebrados a través de plataformas digitales de economía colaborativa.

## **2. CONTENIDO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2019/1150**

### **2.1. Elenco de los nuevos elementos de protección**

8. El objetivo del nuevo Reglamento es establecer normas obligatorias a nivel de la Unión para garantizar un entorno comercial dentro del mercado interior en línea que sea equitativo, predecible, sostenible y confiable. La elección del instrumento normativo del Reglamento ha permitido que las reglas tuitivas entren en vigor, de forma automática y sin necesidad de transposición, el día 12 de julio de 2020 (artículo 19.2), si bien algunas disposiciones habrán de ser objeto de desarrollo por la legislación de cada Estado miembro.

9. El grueso de las medidas de protección posee alcance contractual. De ellas destaca la regulación material que afecta a la incorporación de las condiciones generales de los proveedores de servicios de intermediación en línea. Junto a la exigencia de que las condiciones generales estén redactadas de manera sencilla y comprensible, la letra b) del artículo 3.1 obliga a los proveedores de servicios de intermediación en línea a asegurarse de que *sus condiciones generales se encuentran fácilmente disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea, incluso en la fase precontractual*. En análisis somero, la nueva disposición comporta cambios respecto del sistema del artículo 10.3 de la Directiva 2000/31/CE, que somete la incorporación de las condiciones generales a que estén disponibles de tal manera que se puedan almacenar y reproducir. El resto del artículo 3.1 contiene exigencias sobre el

contenido material de las condiciones generales.<sup>15</sup> El Reglamento contiene también la sanción directa (nulidad de las condiciones generales) asociada al incumplimiento de las previsiones del apartado primero. El Reglamento regula de forma muy precisa las condiciones para la aplicabilidad de las modificaciones a las condiciones generales (art. 3.2 Reglamento), así como las causas de restricción, suspensión y terminación de la relación entre el proveedor profesional y el proveedor del servicio de intermediación (art. 4), declara prohibidas las modificaciones retroactivas y proclama la inclusión imperativa en las condiciones generales de determinados contenidos.<sup>16</sup>

10. La protección del Reglamento se extiende más allá del ámbito contractual. El Reglamento garantiza el acceso a los datos (art. 9) y establece exigencias de funcionamiento para los sistemas de clasificación, con normas que persiguen que se salvaguarde la transparencia (art. 5),<sup>17</sup> requisitos de información

---

15 Los proveedores se asegurarán que sus condiciones generales: c) estipulan las razones en las que se basan las decisiones de suspender, terminar o restringir de cualquier otro modo, de manera total o parcial, la prestación de los servicios de intermediación en línea a los usuarios profesionales; d) incluyen información sobre cualesquiera canales de distribución adicionales y posibles programas asociados a través de los cuales el proveedor de servicios de intermediación en línea podría comercializar bienes y servicios ofrecidos por usuarios profesionales; e) incluyen información general sobre el modo en que las condiciones generales afectan a la titularidad y el control de los derechos de propiedad intelectual de los usuarios profesionales.

16 Según el artículo 8 Reglamento los proveedores de servicios de intermediación en línea deben garantizar que sus condiciones generales incluyen información sobre las condiciones en que los usuarios profesionales pueden terminar la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea así como una descripción del acceso técnico y contractual, o la ausencia de dicho acceso, a la información proporcionada o generada por el usuario profesional que mantengan tras la expiración del contrato entre el proveedor de servicios de intermediación en línea y el usuario profesional.

17 Esta protección ha sido extendida a los consumidores por la Directiva 2019/2161/UE, que ha modificado la Directiva 2005/29/UE sobre prácticas comerciales desleales.

y de autorización para el ofrecimiento por el intermediario de bienes y servicios auxiliares (art. 6) y contempla prevenciones respecto de prácticas contrarias a la competencia leal por parte de la entidad gestora de la plataforma que puedan suponer un trato diferente a las prestaciones propias respecto del resto de los usuarios profesionales (art. 7). Uno de sus pilares es la promoción de la solución rápida de litigios. El artículo 11 obliga a los proveedores de servicios de intermediación en línea a establecer un sistema interno para tramitar las reclamaciones de los usuarios profesionales, un servicio que se somete a determinadas condiciones de calidad. Por otra, se pretende facilitar el camino hacia la mediación mediante el establecimiento de estándares de calidad (art. 12). Finalmente, el Reglamento fomenta el cumplimiento de las obligaciones que de él dimanen mediante el reconocimiento de una acción colectiva que los Estados deberán desarrollar siguiendo ciertas directrices (artículo 14). Al igual que con la Directiva sobre comercio electrónico, el Reglamento pretende favorecer la elaboración de códigos de conducta por los proveedores de servicios de intermediación en línea y las organizaciones y asociaciones que los representen, junto con los usuarios profesionales y sus organizaciones representativas.

## **2.2. Ámbito de aplicación material**

11. El Reglamento es aplicable a los servicios de intermediación en línea, y a los motores de búsqueda en línea, que se faciliten, o cuyo uso se proponga, a los usuarios profesionales y los usuarios de sitios web corporativos y que por medio de servicios de intermediación en línea o motores de búsqueda en línea ofrezcan bienes o servicios a los consumidores. No es de aplicación cuando los servicios de intermediación son suministrados a usuarios no profesionales. A pesar de la tendencia

a la profesionalización de los proveedores de servicios en el ámbito de la economía colaborativa, la variedad tipológica de las circunstancias y motivaciones que llevan a los particulares a participar en el mercado en línea impide descartar la presencia de proveedores no profesionales a quienes no son de aplicación las disposiciones de protección de este Reglamento.

12. El nuevo Reglamento define al proveedor profesional como “todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión” (art. 2.1). La Comisión Europea ha ofrecido orientaciones para identificar a los proveedores profesionales en el contexto de la economía colaborativa. Entre los criterios propuestos se cuentan la frecuencia de los servicios, la existencia o no de fin lucrativo y el nivel de volumen de negocio.<sup>18</sup> La existencia de fin lucrativo convertiría así en empresarios a casi todos los participantes en el mercado de la economía colaborativa, lo que no cuadra con el carácter esporádico y puntual con el que puede tener lugar esta participación. En su sentencia de 4 de octubre de 2018, dictada en el Asunto C-105/17: *Kámenova*, el TJ se ha pronunciado del siguiente modo sobre las nociones de “prácticas comerciales” y “comerciante” utilizadas por la Directiva 2005/29/CE y la Directiva 2011/83/UE.<sup>19</sup>

---

18 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa (Documento COM (2016) 356 final, 2.6.2016), pp. 10-11.

19 Un comentario a esta sentencia puede verse en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Notas sobre el régimen de protección del usuario en la contratación a través de plataformas online: entre la responsabilidad del proveedor y la del operador de la plataforma”, texto inédito presentado en el Congreso “la contratación en la era digital”, celebrado en Granada los días 7 y 8 de noviembre de 2019.

Entre las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para calificar como empresario a una persona física que publica varias ofertas de bienes nuevos y usados en un sitio de Internet, no sólo se debe considerar el número de operaciones realizadas por esa misma persona y la concurrencia de ánimo de lucro, sino además si la venta se ha hecho de forma planificada, si el vendedor dispone de información y competencias técnicas relativas a los productos que propone a la venta de las que el consumidor no dispone necesariamente, si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permite realizar actos de comercio o está sujeto a IVA y si la oferta se concentra en un número limitado de productos (apartado 38). Los criterios referidos no son taxativos, ni excluyentes de manera que, en principio, el hecho de cumplir uno o varios de esos criterios no determina, por sí mismo, la calificación que debe hacerse del vendedor en línea con respecto al concepto de comerciante (apartado 39), por lo que el mero hecho de que con la venta se persiga una finalidad lucrativa o de que una persona publique simultáneamente en una plataforma en línea una serie de anuncios en los que ofrece a la venta bienes nuevos y usados, no basta, por sí mismo, para calificar a dicha persona de comerciante (apartado 40).

13. Los criterios que proporciona el TJ, por aquilatados y fundados que sean, resultan sin embargo insuficientes para la realidad del comercio a través de plataformas pues su aplicación conduce, de nuevo en más ocasiones de las deseadas, a las zonas grises, siendo difícil, o imposible, conocer *a priori* si es de aplicación el Reglamento. Esta labor de calificación se verá facilitada a partir del 28 de mayo de 2022 pues para esta fecha se ha programado



que sea efectiva la aplicación del nuevo artículo 6 bis Directiva 2011/83/UE. Este nuevo precepto, que ha sido introducido por la Directiva 2019/2161, obliga al operador de los mercados en línea a comunicar “*si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital es un comerciante o no, con arreglo a la declaración de dicho tercero al proveedor del mercado en línea*”. El prestador de servicios de intermediación no está obligado a supervisar los datos declarados por el proveedor<sup>20</sup> y, en teoría, queda abierta la posibilidad de una recalificación. No obstante, en la práctica la auto-declaración del proveedor será difícilmente refutable como consecuencia de las especiales características de celeridad que concurren en las relaciones en la sociedad digital concurren en las relaciones en la sociedad digital y de la dificultad de conocer las circunstancias reales del proveedor. Si bien el modelo de la auto-declaración posee como objetivo prioritario dotar de certidumbre a la posición de las partes en los mercados en línea, al mismo tiempo, en buena medida, alimenta la caracterización como opcionales de los regímenes disponibles.

14. El nuevo Reglamento no se ocupa del régimen de protección, respecto de la entidad gestora de la plataforma, de los proveedores no profesionales ni tampoco de los profesionales que no dirigen su actividad hacia clientes que sean consumidores. Del tenor literal de la norma cabe deducir que el Reglamento es de aplicación si el ofrecimiento del proveedor se produce a los

---

20 Véase el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico. Véase también el documento COM (2018) 185 final p 11, donde se afirma que los cambios propuestos respecto a las normas sobre los mercados en línea son proporcionados en el sentido de que no imponen a tales mercados ninguna obligación de supervisar o comprobar la veracidad de la información proporcionada por los proveedores terceros sobre su condición de comerciante o no comerciante. Por tanto, los cambios se basan en la mera auto-declaración, y la tarea del mercado consiste únicamente en garantizar que los proveedores terceros proporcionen esta información en el sitio web y a continuación transmitírselas al consumidor. Véase Tommassi, S., “The ‘New Deal’ for Consumers: Towards More Effective Protection?”, *European Review of Private Law*, 2-2020, pp. 329-330.

consumidores, *aunque dicho ofrecimiento tenga también como destinatarios a profesionales*. Del tenor del Reglamento se desprende que no se aplicará, únicamente, cuando la entidad gestora de la plataforma haya adoptado las medidas técnicas necesarias para declarar que excluye a los no profesionales del ámbito de sus destinatarios. A la vista de esta circunstancia cabe augurar que las disposiciones de protección del Reglamento serán de aplicación a un porcentaje muy alto de las relaciones entre proveedores y entidades gestoras de plataformas.

### **2.3. Ámbito de aplicación espacial**

15. Las disposiciones del Reglamento solo son aplicables cuando los usuarios profesionales tengan su establecimiento o domicilio en la Unión y ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en la Unión, al margen del lugar en el que se encuentre establecido o residan los proveedores de dichos servicios y cualquiera que fuese la ley aplicable (art. 1.2 Reglamento). El propio Reglamento se ocupa de explicar, en su considerando noveno, los criterios seguidos para determinar si los usuarios profesionales o los usuarios de sitios web corporativos ofrecen bienes o servicios a consumidores situados en la Unión, para lo cual remite expresamente a la jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 17, apartado 1, letra c), del Reglamento Bruselas I bis y al artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento Roma I. Resulta de interés que el preámbulo del Reglamento aclare que los consumidores, para estar situados en la Unión, no necesitan residir dentro de ella ni tener la nacionalidad de un Estado miembro. El Reglamento no se aplica cuando los usuarios profesionales no usen los servicios de intermediación en línea para ofrecer bienes o servicios exclusivamente a consumidores situados fuera de la Unión o a personas que no son consumidores.

16. Hay que felicitar al legislador europeo por haber diseñado como ámbito de aplicación espacial del Reglamento el que mejor se atiene a las necesidades de funcionamiento del mercado interior europeo.<sup>21</sup> De este modo se consigue que el régimen especial de protección se proyecte sobre actividades que van a tener una repercusión sobre la competencia en el ámbito territorial de la Unión Europea (ad. ex. consumidores que se encuentren dentro de la Unión), sin que se limiten las posibilidades de expansión de las empresas con establecimiento en países Europeos sobre mercados situados fuera de Europa. En coherencia este mismo ámbito de aplicación es el que poseen las obligaciones, de información precontractual que, como se ha visto, pueden condicionar la calificación del usuario como comerciante o consumidor. Su ámbito de aplicación espacial ha de quedar referido a los supuestos en los que existe una actividad comercial dirigida hacia los Estados miembros de la Unión Europea, incluso aunque el contrato que se celebre quede sometido a un Derecho distinto.<sup>22</sup>

---

21 Se trata de un ámbito de aplicación que tiene entre sus antecedentes más significativos las sentencias dictadas por el TJ en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia, y en concreto la célebre sentencia de 27 de septiembre de 1988, dictada en los asuntos 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85: “Ahlström osakeyhtiö y otros c Comisión”. Para una defensa de este ámbito de aplicación para las normas europeas de protección del consumidor véase ESTEBAN DE LA ROSA, F, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 176-186.

22 Para una fundamentación de este ámbito de aplicación desde la perspectiva del Derecho europeo de protección de los consumidores, véase GÓMEZ VALENZUELA, E., “Deberes de información en la contratación electrónica de consumo en la Unión Europea”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, Monográfico sobre consumidores y comercio electrónico*, Noviembre 2018, pp. 20-41.

### **3. LA APLICABILIDAD DE LAS NORMAS ESPECIALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES A LOS SUPUESTOS TRANSFRONTERIZOS DE ECONOMÍA COLABORATIVA**

#### **3.1. La identificación de relaciones de consumo en el ámbito de la economía colaborativa**

17. En la economía triangular cabe identificar relaciones de consumo cada vez que una parte actúa con un fin profesional (la entidad gestora de la plataforma o el proveedor del servicio) y la otra con uno no profesional (el proveedor respecto de la plataforma o el destinatario del servicio respecto del proveedor). Resulta difícil imaginar supuestos en los que a la entidad gestora de la plataforma no le corresponda el papel de empresario o profesional a la vista de que su tarea consiste en proporcionar un servicio de intermediación a cambio de una comisión. El punto de partida para determinar si el proveedor o el cliente, ambos usuarios de la plataforma, deben ser considerados como comerciante o como consumidor respecto de la entidad gestora de la plataforma, con el objetivo de determinar si estamos en presencia de una relación de consumo, permanece invariable en la comprobación de si uno y otro actúan o no al margen de su actividad profesional. Junto a los criterios establecidos por la sentencia *Kamenova* ya mencionada, posee utilidad la jurisprudencia del TJUE que se ha ocupado de precisar el concepto de consumidor. No obstante, el traslado de los criterios que se han acuñado hasta ahora a las circunstancias especiales de la economía de las plataformas digitales no resulta sencillo.

18. El punto de partida sigue siendo la sentencia del TJ de 3 de julio de 1997 dictada en el asunto *Francesco Benincasa*, de la que se desprende que el concepto de consumidor ha de interpretarse de forma restrictiva y que hay que tener en cuenta la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona. Los usuarios de una plataforma digital de economía colaborativa la pueden utilizar unas veces con fines privados y otras con fines profesionales, usando para ello la misma cuenta. Aunque las circunstancias no son por completo asimilables, justifican que vengan a colación los criterios que ha establecido el Tribunal de Justicia para determinar si estamos en presencia de un consumidor en los contratos con finalidad doble o mixta, privada y profesional. Hasta hace poco el criterio establecido para estas situaciones consistía en considerar que el consumidor puede ampararse en las normas especiales cuando el vínculo con la actividad profesional del interesado es tan tenue que puede considerarse como marginal respecto del global de la operación.<sup>23</sup> Sin embargo, recientemente el TJ ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la condición de consumidor referida a un usuario de los servicios de una red social digital que es utilizada durante un largo período de tiempo, una circunstancia que acerca el supuesto a las propias de la economía colaborativa. En efecto, en su sentencia de 25 de enero de 2018 el TJUE ha considerado que un sujeto privado que contrata un servicio con un fin exclusivamente privado y personal, con un profesional u operador económico, es un consumidor. Si posteriormente utiliza dicho servicio para actividades profesionales, incluso hasta el punto de que las mismas resultan actividades preponderantes y esenciales, no pierde la condición de consumidor. Según el TJUE un uso profesional significativo o incluso preponderante del bien o servicio no impide calificar el contrato como contrato de consumo

---

23 Sentencia TJ de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01.

porque el sujeto era un consumidor cuando contrató el servicio y lo sigue siendo aunque sea a un nivel marginal o mínimo. Con esta solución el TJ se desmarca, de manera especial para este ámbito concreto, del criterio de la interpretación restrictiva que tradicionalmente ha presidido la interpretación del concepto de consumidor, y toma en consideración el hecho de que los servicios van a ser utilizados durante un largo período de tiempo y que, de otro modo, se impediría una defensa efectiva de los derechos que tienen los consumidores frente a sus cocontratantes profesionales, incluidos los relativos a la protección de sus datos personales.<sup>24</sup> Conforme a esta orientación, la relación entre la entidad gestora de la plataforma y el proveedor de los servicios podrá ser considerada como una relación de consumo en la medida en que se haya configurado de este modo en el momento de la apertura de la cuenta de usuario en la plataforma. El criterio establecido se verá reforzado una vez que entre en vigor la obligación precontractual del proveedor de declarar si actúa como comerciante o no comerciante que será exigida a partir del 28 de mayo de 2022.

19. El mismo criterio encuentra aplicación para decidir si estamos en presencia de una relación de consumo en la que se entabla entre la entidad gestora de la plataforma y el cliente del servicio. Como consecuencia, por poner un ejemplo, si un profesor de la Universidad crea una cuenta en Airbnb con el objetivo de alquilar alojamientos turísticos para pasar su tiempo de vacaciones con familiares y amigos y, llegado el momento, la cuenta es utilizada prioritariamente para alquilar el alojamiento con el objetivo de participar en conferencias y congresos en otros

---

24 Valorando la nueva decisión como un cambio de criterio véase CALVO CARAVACA, A.L., “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al profesor doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas, 2020, pp. 176-178.

países, por tanto con fines profesionales, esta circunstancia no modificaría su calificación como consumidor en la medida en que, de vez en cuando, lleve a cabo el alquiler de apartamentos turísticos con fines privados.

20. La existencia de una relación de consumo entre el proveedor del servicio y el cliente depende también de si su actuación se produce al margen o dentro de su actividad profesional. Esta consideración se podrá ver condicionada por la información precontractual que deberá ofrecer la entidad gestora de la plataforma sobre el proveedor del servicio con arreglo al nuevo artículo 6 bis de la Directiva 2011/83/UE. A la vista de esta información cabrá afirmar la existencia de una relación de consumo si el proveedor es un profesional, o de una relación entre iguales en caso de que el proveedor tampoco sea un profesional, o bien cuando ambos sean profesionales.

21. La protección de las normas especiales de Derecho internacional privado de los contratos de consumo no es de aplicación a los contratos a que se refiere el apartado cuarto del artículo 6 del Reglamento Roma I. Por ello, algunos de los contratos más frecuentes de la economía colaborativa no quedan sometidos a las normas especiales a pesar de que puedan ser considerados como contratos de consumo. Así ocurre, por ejemplo, con el contrato de transporte, con el contrato de arrendamiento o también con el contrato de servicios, por ejemplo turísticos, que deba prestarse, exclusivamente, en un país distinto de aquel en el que el consumidor tenga su residencia habitual. En estos casos son de aplicación las normas generales de Derecho internacional privado. La calificación de contrato de consumo, sin embargo, no se pierde del todo pues posee relevancia en el momento de la identificación de las normas en el Derecho aplicable al contrato, pudiendo dar entrada, por esta vía, al Derecho europeo de protección del consumidor.

22. El régimen especial de los contratos celebrados por consumidores no encuentra aplicación a las relaciones entre el cliente no profesional y el proveedor no profesional, al ser una relación P2P o entre iguales, lo mismo que también queda excluido cuando en ambos concurre la condición de empresario o comerciante (B2B). En estos casos no es de aplicación ningún régimen especial de protección internacional siendo aplicable el régimen general. Esta relación normalmente encuentra regulación en las propias condiciones generales de la entidad gestora de la plataforma, si bien no es infrecuente que el proveedor, mediante declaraciones que es posible hacer a través de la plataforma, imponga determinadas condiciones (por ejemplo, política de cancelación o establecimiento de una fianza en el caso de las plataformas de alquiler de apartamentos turísticos como AirBnb).

### **3.2. La condición relativa a la existencia de actividad comercial dirigida hacia el país de la residencia habitual del consumidor y la inserción del contrato en el ámbito de dichas actividades**

23. Tanto el artículo 6 del Reglamento Roma I como el artículo 17 del Reglamento Bruselas I bis condicionan la aplicación de las reglas especiales de los contratos celebrados por consumidores a que el profesional ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país. Si tenemos en cuenta la interpretación conciliadora entre el Reglamento Bruselas I y el Reglamento Roma I que se desprende del considerando 24 del Reglamento Roma I, para determinar cuándo la actividad del empresario se dirige a un Estado miembro se muestra de utilidad el criterio seguido por el TJ en su sentencia de 7 de diciembre de 2010



dictada en el asunto *Pammer Alpenhof*.<sup>25</sup> De los criterios establecidos en esta sentencia destaca el papel que atribuye el TJ a la intención del empresario de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar contrato con ellos. El TJ ha ofrecido una lista, no exhaustiva, de indicios que pueden ayudar a considerar que la actividad se encuentra dirigida al Estado miembro de la residencia/domicilio del consumidor. Sobre la aplicación de estos criterios hoy en día influyen también las prácticas de geobloqueo que, en la medida en que no sean consideradas ilícitas,<sup>26</sup> cada vez más permiten el direccionamiento de la actividad comercial de las empresas sobre el territorio de determinados países y no de otros.

24. En la contratación realizada a través de plataformas en teoría habría que separar entre el mercado (de usuarios, tanto proveedores como clientes) al que se dirige la entidad gestora de la plataforma y aquél (de clientes) al que se dirige el proveedor de los servicios. Normalmente, sin embargo, ambos coinciden y dependen del diseño de la misma interfaz. En ella habrá que comprobar criterios tales como el idioma utilizado, a fin de detectar si la actividad se dirige a varios Estados miembros, incluido el del domicilio del consumidor. Al tratarse de una contratación que ha tenido lugar directamente a través de la plataforma no deben plantearse dudas respecto del cumplimiento del requisito relativo a la conexión entre la actividad del empresario dirigida

---

25 Una valoración crítica de la decisión puede verse en VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., “El actual Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) y la protección del consumidor on-line. ¿Una oportunidad perdida?”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101/2015, pp. 299 – 320.

26 Véase el Reglamento UE 2018/302, de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE.

hacia el país del consumidor y el contrato celebrado, a pesar de que la relevancia de este requisito ha sido relativizada mediante la interpretación que ha ofrecido el Tribunal de Justicia en su sentencia de 17 de octubre de 2013, dictada en el asunto Emrek Savranovic.<sup>27</sup>

### **3.3. El ámbito de aplicación espacial del Derecho europeo de protección del consumidor**

25. El Derecho europeo de protección del consumidor, por su finalidad de generar unas condiciones similares de competencia para las empresas en el ámbito del mercado interior europeo, debe revestirse de un ámbito de aplicación espacial idóneo con este objetivo.<sup>28</sup> Es sabido que las reglas del Reglamento Roma I especiales para los contratos de consumo, al igual que ocurría con las del Convenio de Roma, no consiguen este objetivo en todos los casos. Para cuando el dispositivo del artículo 6 Reglamento Roma I no garantiza la aplicación del Derecho europeo de protección del consumidor en situaciones vinculadas con el mercado interior el legislador europeo ha dictado reglas especiales de Derecho internacional privado que han sido objeto de transposición a la legislación de los Estados miembros.<sup>29</sup> Para el ámbito que interesa a este trabajo resulta relevante el artículo 67.2 TRLGDCU, un

---

27 Un comentario crítico de esta decisión puede verse en 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*, Año 2, n° 11, 2014, pp. 5-17.

28 Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003, pp. 176-186.

29 Véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos. Perspectiva europea y española”, en PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, F.J. (dir.), *ADR, ODR y Justicia del Futuro. Propuestas y medidas que eviten la judicialización de conflictos*, Aranzadi, 2019, pp. 315-344.

precepto que encuentra fundamento en el artículo 6.2 Directiva 1993/13/CE. Según esta disposición:

2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, 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 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.

26. Para el ámbito de las cláusulas abusivas posee menor relevancia la innovación que ha introducido el legislador europeo en el apartado cuarto del artículo 3 del Reglamento Roma I, una disposición que, en general, presta escasa asistencia en los supuestos transfronterizos de la economía colaborativa. Por una parte, solo es de aplicación en los casos no cubiertos por las normas especiales de Derecho internacional privado a las que nos hemos referido, pues así se desprende del artículo 23 Reglamento Roma I. Por otra, no engarza con la necesidad de hacer una valoración de los contactos relevantes para determinar la aplicación del Derecho europeo ni garantiza la aplicación del Derecho europeo en situaciones en las que ésta es demandada en atención a la

existencia de una actuación comercial dirigida hacia el territorio de los países miembros. Esta norma, sin ir más lejos, deja fuera de la protección del Derecho europeo de consumo a los supuestos, relativamente frecuentes, en los que el gestor de la plataforma tiene su sede o establecimiento fuera de la Unión Europea.

27. La posibilidad de contar con un ámbito de aplicación espacial del Derecho europeo de cláusulas abusivas que se aproxima al establecido por el nuevo Reglamento cuadra con la intención del legislador europeo de contar con el régimen “gemelo” de las Directivas de consumo para conseguir, en conjunto, un alto grado de transparencia y diligencia profesional en las relaciones entre las entidades gestoras de plataformas y los proveedores, sean profesionales o consumidores.<sup>30</sup> Al mismo tiempo es un acicate para interpretar el segundo ámbito de aplicación, el que deriva de la Directiva 1993/13/CE, de conformidad con el establecido para el nuevo Reglamento, resolviéndose así las dudas sobre los supuestos en los que el consumidor, simplemente, se encuentra en la Unión Europea en el momento de contratar, o también cuando la entidad gestora de la plataforma tiene su sede fuera de la Unión Europea pero el usuario es un proveedor con establecimiento en la Unión Europea, siempre que pueda ser considerado como un consumidor.

---

30 Véase la página 4 del documento COM(2018) 238 final 2018/0112 (COD) que contiene la Propuesta de Reglamento sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea.

## **4. VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS DE LEY APLICABLE Y DE JURISDICCIÓN CONTENIDAS EN CONDICIONES GENERALES OFRECIDAS POR PLATAFORMAS DE ECONOMÍA COLABORATIVA**

### **4.1. Introducción**

28. La llegada del comercio electrónico supuso en su momento una revolución en los sistemas jurídicos que, en muy poco tiempo, y en muy poco tiempo, y sin conocer exactamente la diversidad de situaciones que podrían darse, debieron adaptarse a la nueva realidad. La necesidad actual de dar respuesta a las dificultades especiales de la economía de plataformas está contribuyendo a una reflexión sobre la adecuación de los marcos actuales a la nueva realidad. En lo que interesa al objetivo de este trabajo, la cuestión clave radica en conocer en qué medida los diferentes regímenes aplicables garantizan la efectividad del consentimiento respecto de las cláusulas de ley aplicable y de jurisdicción contenidas en condiciones generales propuestas por plataformas de economía colaborativa. Para todos los regímenes el punto de partida es la afirmación de la separabilidad de la cláusula de ley aplicable y del pacto de jurisdicción respecto del contrato en el que se insertan, tal y como se desprende, respectivamente, del artículo 3.5 Reglamento Roma I y art. 25.5 Reglamento Bruselas I bis. Con esta premisa hay que contar con el régimen de incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación. Las formas de diseñar el otorgamiento del consentimiento para esta finalidad son variadas si bien cabe identificar, como modelos básicos, el *Shrink wrap agreement*, el *click wrap agreement* y el *browse wrap*

*agreement*.<sup>31</sup> La eficacia de estas cláusulas puede también quedar condicionada por su consideración como cláusulas abusivas, en presencia de contratos de consumo, así como por las limitaciones establecidas a su eficacia a pesar de ser pactos suscritos de forma válida. El hecho de que en la economía colaborativa se produzcan relaciones de tipo digital entre partes que asumen diferentes roles determina que sea del mayor interés conocer qué requisitos deben cumplirse, en cada caso, para determinar la validez y eficacia de estos pactos.

## **4.2. Régimen general**

29. El régimen general es el aplicable a las relaciones entre gestor de la plataforma y proveedor cuando éste dirige su actividad exclusivamente a profesionales, o también en las relaciones entre un proveedor no profesional y un cliente no profesional (P2P) o entre un proveedor profesional y un cliente profesional (B2B). La validez y el contenido del contrato se someten a la ley hipotética del contrato determinada con arreglo a la regla del artículo 10.1 Reglamento Roma I. La misma regla se aplica a la incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación, una solución que, con buen fundamento, ha generado serias dudas sobre la sintonía del artículo 3.2 LCGC con el sistema del Reglamento Roma I.<sup>32</sup> Para los casos en los que la ley designada

---

31 Sobre la caracterización básica de cada uno de ellos y su admisibilidad según los sistemas véase LARA AGUADO, A., “La formación del contrato de consumo electrónico”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F, *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, pp. 309-319. SÁNCHEZ LORENZO, S.A., “Wrap International Contracts”, texto inédito en prensa.

32 Según el tenor de esta disposición la LCGC “también se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales.

sea el Derecho español la incorporación del pacto de ley aplicable será evaluada con arreglo a este Derecho. Aunque la norma general sobre la cuestión es el artículo 7 LCGC,<sup>33</sup> por su especialidad es de aplicación preferente el artículo 27.4 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) según el cual “con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”. Cabe advertir que el régimen general no resulta demasiado exigente limitándose a que exista “puesta a disposición con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación” y que las condiciones generales puedan ser almacenadas y reproducidas.

30. El problema de este régimen radica en que la norma no pone límites al modo en que puede tener lugar esta “puesta a disposición”. Bajo este tenor caben las situaciones de *click-wrap agreement*, en las que al usuario le aparece en la pantalla un icono con las condiciones contractuales y se le requiere para que preste su consentimiento a dichas condiciones pinchando en el icono de aceptar (*I agree*). También es compatible con este tenor la técnica del *browse wrap agreement*, una modalidad de incorporación según la cual los términos o condiciones están situados en algún apartado

---

(...). Tal y como mantiene el profesor Pedro Alberto de Miguel Asensio, esta disposición de la LCGC no debería ser de aplicación al extender unilateralmente el ámbito de aplicación de la legislación española sobre una materia en la que, con carácter general, la normativa uniforme contempla que es de aplicación la ley del contrato. Véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Capítulo 4. Contratación comercial internacional”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, sexta edición, Madrid, Iustel, 2020, pp. 296-297.

33 Según esta disposición no se consideran incorporadas las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato.

de la página web, de modo que el usuario puede consultarlos en cualquier momento, pero no se le requiere que pinche en ningún icono para manifestar su consentimiento antes de celebrar el contrato. Este régimen, en cambio, no tolera las prácticas de *Shrink wrap agreement* dado que las condiciones generales no son conocidas, y no han podido ser tomadas en consideración, en el momento de la celebración del contrato.

31. En el régimen de la incorporación al contrato del pacto de ley aplicable puede resultar relevante el inciso segundo del artículo 10 Reglamento Roma I. Si por ejemplo la plataforma de economía colaborativa designa como aplicable el sistema de un país que da cobertura al sistema del *Shrink wrap agreement* quien tenga residencia habitual en España podrá invocar el Derecho español para mantener que no ha dado su consentimiento.

32. El sistema de incorporación al contrato de los pactos de jurisdicción contenidos en condiciones generales cuenta con un mayor grado de uniformidad en el artículo 25.1 Reglamento Bruselas I bis. Una de las dificultades que se presentan en este ámbito es la relativa a la estrecha conexión que se produce entre las cuestiones de forma y de consentimiento a la vista de la dificultad de poder comprobar, en la contratación a través de plataformas, si ha existido un consentimiento efectivo. El apartado segundo del artículo 25 Reglamento Bruselas I bis proclama la equivalencia con el pacto escrito de toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. En su sentencia de 21 de mayo de 2015, dictada en el asunto *El Majdoub*, el TJ ha considerado que “el artículo 23, apartado 2, del Reglamento 44/2001 del Consejo (...) 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.” La decisión avala incluso la posibilidad de que la cláusula haya sido aceptada sin haber tenido acceso al contenido de las condiciones.

33. Esta decisión ha sido objeto de apreciaciones críticas por parte de la doctrina.<sup>34</sup> Se ha sostenido, en primer lugar, que el TJ, tras recordar que los requisitos de forma tienen por finalidad específica garantizar la efectividad del consentimiento de las partes, no duda en afirmar la existencia de este consentimiento con base, simplemente, en que el comprador ha aceptado las condiciones generales marcando la casilla correspondiente en la web del vendedor, sin exigir siquiera la prueba de la apertura del hipervínculo que permite la lectura de las condiciones generales. Por otra parte, el criterio seguido por la sentencia El Majdoub resulta en contradicción con la exigencia de comunicación a la otra parte de las condiciones generales que contienen el convenio atributivo de jurisdicción, una exigencia que ya fue proclamada en la sentencia Estasis Salotti, de 14 de diciembre de 1976.<sup>35</sup>

34. Los principios que están en la base de esta decisión generan dudas sobre la posibilidad de considerar cumplido el

---

34 Véase Rossi, E.A., *La sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino, Giapiachelli Editore, 2019, pp. 91-94.

35 Tal y como declaró el TJ, en principio, se cumple la exigencia de forma escrita establecida por el primer párrafo del artículo 17 cuando, en el texto del contrato, las partes hacen referencia a una oferta que, a su vez, remite de manera expresa a condiciones generales que contienen una cláusula atributiva de competencia; que, sin embargo, esta apreciación es únicamente válida en el caso de una remisión explícita, susceptible de control por una parte que actúe con una diligencia normal, y si se acredita que las condiciones generales que contenían la cláusula atributiva de competencia, fueron efectivamente comunicadas a la otra parte contratante a través de la oferta a la cual se hace referencia (...).

requisito de la comunicación cuando esta consistiría únicamente en la presencia de un enlace sobre el cual hay que pinchar para obtener las condiciones generales. Como pone de relieve el profesor Edoardo Alberto Rossi, el riesgo de la sentencia *El Majdoub* radica en que las cláusulas de jurisdicción tenderán a pasar desapercibidas, algo que ocurre frecuentemente en las relaciones que tienen lugar en el marco de la economía colaborativa. El advenimiento del comercio electrónico y la necesidad imperiosa de admitir la prórroga electrónica de competencia, por las exigencias de la rapidez del comercio, y de no cuestionar las nuevas modalidades de contratación han pesado para la aceptación del criterio seguido por la sentencia *El Majdoub*. La parte positiva es que el propio TJ ha reconocido que no resulta pertinente el criterio seguido por la sentencia *El Majdoub* en el ámbito de los contratos de consumo, donde las necesidades de protección mayores hacen que el requisito de la comunicación haya sido objeto de una interpretación más estricta en la sentencia de 5 de julio de 2012 dictada en el caso C-49/11, *Content Services*.

### **4.3. El sistema especial del nuevo Reglamento**

35. La posición preferente del Reglamento en el sistema contractual de cada Estado miembro se desprende de su artículo 1.4. El Reglamento no modifica el régimen de los pactos de ley aplicable, que siguen quedando sometidos a la ley designada (art. 3.5 Reglamento Roma I). Ahora bien, esta regulación no ha de afectar a la cuestión relativa a la incorporación de cláusulas de condiciones generales al contrato, una cuestión de la que sí se ocupa el Reglamento. En este aspecto las disposiciones del Reglamento adquieren el valor de normas materiales imperativas del foro (art. 9.2 Reglamento Roma I) y son de aplicación cualquiera que sea la ley aplicable siempre que el supuesto quede comprendido en

su ámbito de aplicación material y espacial. Por tanto, el régimen del pacto de ley aplicable, aunque sigue quedando sometido a la ley designada, se ve afectado por las normas sobre validez de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, en concreto aquellas que someten esta validez a la condición de que las cláusulas *queden redactadas de manera sencilla y comprensible y se encuentren fácilmente disponibles para los usuarios profesionales en todas las etapas de la relación contractual con el proveedor de servicios de intermediación en línea, incluso en la fase precontractual*. El incumplimiento de estos requisitos comporta la nulidad de las condiciones generales (art. 3.3 Reglamento).

36. Hemos dicho que el Reglamento se aparta en su tenor de la Directiva de comercio electrónico, que condiciona la validez de las cláusulas a que puedan ser almacenadas y reproducidas.<sup>36</sup> Para dotar de significado al artículo 3.1 b) Reglamento hay que considerar la finalidad de protección adicional perseguida por el Reglamento respecto del régimen de la Directiva de comercio electrónico. Junto a las exigencias de redacción sencilla y comprensible, que se extienden ahora al ámbito de las relaciones entre profesionales, el nuevo régimen hace recaer sobre la entidad gestora de la plataforma la responsabilidad de que las condiciones generales estén “fácilmente disponibles en todas las etapas de la relación contractual, incluso en la fase precontractual”. En cuanto al tiempo, el Reglamento proclama la necesidad de que las condiciones generales estén también disponibles en la fase precontractual, lo que representa un avance respecto del texto de la Directiva de comercio electrónico.<sup>37</sup> Respecto de las modalidades de puesta a disposición, el Reglamento se limita a añadir el calificativo de “fácilmente”. Resulta comprensible que el legislador

---

36 Según el artículo 10.3 Directiva 2000/31/CE, las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.

37 No lo es respecto del sistema español, que en su artículo 27.4 LSSI establece esta exigencia.

europeo no haya entrado en la definición más precisa del grado de protección de los proveedores profesionales al tratarse de un campo en el que la práctica digital innova de forma permanente. El problema es dotar de contenido al término “fácilmente disponible en todas las etapas de la relación contractual”, algo que exigirá tener en cuenta las circunstancias del caso. Las modalidades de *Shrink wrap agreement* quedan claramente al margen del sistema de protección del Reglamento. En las modalidades típicas de *click-wrap-agreement* la parte positiva se encuentra en que el texto de las condiciones generales se hace disponible antes de la celebración del contrato. Menos compatibilidad muestra el hecho de que para acceder a las condiciones generales resulte necesario comenzar el proceso de contratación, lo que no favorece la comprensión y lectura previa antes de ese momento en una fase propiamente precontractual que no esté condicionada, psicológicamente, por un procedimiento de contratación ya puesto en marcha; ni tampoco la circunstancia de que las condiciones generales desaparezcan por completo si el usuario no ha tomado la precaución de almacenarlas para poder reproducirlas. Para cumplir mejor con las exigencias del Reglamento parece oportuno que, en los sistemas de *click-wrap*, se completen con la ubicación, en un lugar destacado de la web de la plataforma, del enlace con los términos y condiciones, y se tomen las medidas apropiadas para que estos puedan ser hallados, en cualquier momento posterior, a través de una simple búsqueda de google, tal y como ocurre cuando se introducen en este buscador las palabras “términos de uso Airbnb”.<sup>38</sup> Con el tenor del Reglamento en la mano cabe plantear la duda de qué ocurre cuando las condiciones generales no resultan fácilmente disponibles tras la celebración del contrato. Creemos que el tenor del artículo 3.3 Reglamento es muy claro, de manera que si las condiciones generales desaparecen tras el

---

38 El siguiente enlace se hace disponible al realizar la búsqueda señalada: <https://www.airbnb.es/terms>.

momento de la contratación podremos estar en presencia de un supuesto de nulidad. Cabe dudar también de la compatibilidad con el artículo 3.1 b) Reglamento de muchas modalidades de incorporación basadas en el sistema *browse wrap agreement* en la medida en que el conocimiento de las condiciones generales se hace depender del acceso a través de un hipervínculo lo que determina que las condiciones generales no estén disponibles fácilmente en la fase de celebración del contrato.

37. Mayor dificultad reviste averiguar el impacto del Reglamento sobre los pactos de jurisdicción incluidos en condiciones generales de la contratación, sobre todo teniendo en cuenta el precedente que supone la sentencia *El Majdoub* y el régimen semi-uniforme que para la aceptación de convenios atributivos de jurisdicción se desprende del Reglamento Bruselas I bis y las sentencias del TJ que lo han interpretado. Más arriba hemos visto las apreciaciones críticas atinadas que ha recibido la sentencia TJ dictada en el asunto *El Majdoub*. El régimen del Reglamento, que exige sencillez y claridad en la redacción de las condiciones generales, y que estén fácilmente disponibles durante todas las etapas de la relación contractual, incluida la fase precontractual, no sintoniza con una regulación que condiciona la validez del pacto de jurisdicción, exclusivamente, a que haya existido la posibilidad de almacenar y reproducir las condiciones generales que lo contienen.

38. La entrada en vigor del Reglamento puede poner en un aprieto al criterio establecido por el TJ en la sentencia *El Majdoub*. Pues ya no se trata de requisitos de validez que puedan provenir del Derecho de los Estados miembros, sino del criterio establecido por un Reglamento europeo, que despliega su efecto directo en cada Estado miembro y que condiciona la validez sustancial de las condiciones generales de la contratación. Solo falta por saber

si la modalidad de incorporación del *click-wrap agreement* pasa el filtro del artículo 3.1 b) Reglamento. Nuestra valoración es que no es así tal y como hemos argumentado más arriba. En cualquier caso, en lo que concierne a las exigencias del Reglamento, se hace difícil poder situarlas como cuestión formal debiendo más cabalmente ser calificadas como cuestión de validez sustancial, lo que determina la aplicación del Derecho del país del foro con arreglo al artículo 25.1 Bruselas I bis. Se abre así un buen campo para la reinterpretación del régimen jurídico de los convenios de sumisión expresa del Reglamento Bruselas I bis.

39. Del Reglamento, por último, creemos difícil concluir en la existencia de límites a la posibilidad de pactos de jurisdicción a favor de tribunales de países distintos de los Estados miembros de la Unión Europea, por más que esta circunstancia pueda comprometer la eficacia de algunas de las disposiciones del Reglamento como la disposición relativa al sistema de reclamación interno (art. 11) o al régimen de la mediación (art. 12).<sup>39</sup>

#### **4.4. El sistema de protección especial para los contratos de consumo**

##### ***4.4.1. Contratos de consumo que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de las reglas especiales de Derecho internacional privado***

40. La aplicabilidad del artículo 6 Reglamento Roma I no comporta cambios en el punto de partida para la determinación del

---

39 Sobre esta cuestión véase la entrada de blog de DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Reglamento (UE) 2019/1150 sobre servicios de intermediación en línea: ámbito de aplicación”, disponible en el siguiente enlace: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/07/reglamento-ue-20191150-sobre-servicios.html#more>

régimen de validez sustancial del pacto de ley aplicable contenido en condiciones generales de la contratación. Este sigue quedando sometido a la ley designada en conformidad con el artículo 3.5 Reglamento Roma I. Si la ley designada es la española la incorporación al contrato del pacto tendrá lugar con arreglo a lo dispuesto por la LSSI. Pero este solo es el punto de partida. Al tratarse de un contrato de consumo aparecen dos nuevos factores. En primer lugar, las condiciones generales de la contratación quedan incorporadas solo y en la medida en que cumplan con los requisitos de incorporación del país que más favorezca la existencia de un consentimiento informado, entre el Derecho del país designado por la cláusula y el país de la residencia habitual del consumidor. El consumidor podrá invocar el Derecho de aquél país que determine la no incorporación de las condiciones generales si esto es lo que le interesa. Aunque respecto de una cuestión diferente (dificultad con el soporte duradero respecto de la confirmación del contrato), cabe recordar el criterio seguido por la ya mencionada sentencia de 5 de julio de 2012 dictada en el caso C-49/11, *Content Services*, favorable a considerar como no cumplido el requisito de la comunicación cuando se hace preciso hacer recurso a un hipervínculo. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia considera como cláusula abusiva el pacto de designación del Derecho aplicable contenido en condiciones generales de la contratación, en contratos celebrados de forma electrónica, cuando designa la ley del Estado miembro del domicilio social del profesional. El carácter abusivo de esta cláusula se debe a la circunstancia de que esta cláusula induce a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, no siendo el consumidor informado de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable de no existir esa cláusula.<sup>40</sup> Con arreglo al artículo 83 TRLGDCU esta cláusula es nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta.

---

40 Véase la sentencia TJ (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016, dictada en el asunto C-191/15 (*Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sarl*) y la sentencia TJ de 3 de octubre de 2019 dictada en el asunto C-272/18.

41. Sobre la validez y eficacia de los pactos de jurisdicción valen las mismas consideraciones que se hicieron más arriba. No obstante, cuando el pacto ha sido celebrado con un consumidor la protección de la parte débil queda encauzada de una forma diferente a través de lo previsto por el artículo 19 Reglamento Bruselas I bis.<sup>41</sup> Como consecuencia un pacto incluido en las condiciones generales no resultará obligatorio para el consumidor.

#### **4.4.2. Contratos de consumo no amparados por la protección especial prevista para los contratos celebrados por los consumidores**

42. El hecho de que no se puedan aplicar las normas especiales de Derecho internacional privado de los contratos celebrados por consumidores no significa que dejen de aplicarse las normas materiales de protección de los consumidores.<sup>42</sup> Cabe pensar, por ejemplo, en el servicio de transporte ofrecido por Uber o por *bla bla car*. Para el contrato de transporte de viajeros el Derecho aplicable se determinará en conformidad con lo dispuesto por el artículo 5.2 Reglamento Roma I. Si el contrato puede ser considerado de consumo (por ejemplo en el caso de los celebrados con Uber) a este contrato le es de aplicación, en el sistema español, las normas contenidas en el TRLGDCU.

---

41 Según esta disposición, únicamente prevalecerán sobre las disposiciones de la presente sección los acuerdos: 1) posteriores al nacimiento del litigio; 2) que permitan al consumidor formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección, o 3) que, habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohíba tales acuerdos.

42 De ahí viene la expresión de la protección del consumidor desprotegido utilizada por ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-Terceros Estados”, *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 277-303.



43. Recientemente se ha suscitado en varias instancias jurisdiccionales españolas la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 90.3 TRLGDCU cuando el contrato contiene una cláusula de elección del Derecho de un país europeo. Esta norma declara el carácter abusivo de las cláusulas de ley aplicable que no cumplan determinados requisitos.<sup>43</sup> La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 113/2013 de 30 de septiembre concluyó declarando como abusivo al pacto de ley aplicable. Así lo hizo teniendo en cuenta los siguientes argumentos: el consumidor era residente en España; en este país se emitió su declaración negocial (al contratar por Internet) y es donde se desarrolla la actividad de la demandada (*Ryanair*) que tiene vuelos nacionales y en los internacionales tienen salida o llegada en España; el tipo de consumidor y la forma de contratación, con escaso tiempo para leer el clausulado general. Llegó así el Juzgado, aunque sin haberlo tenido en cuenta, a un resultado equivalente al que habría conducido la aplicación del artículo 67.2 TRLGDCU, que es la transposición española actual del artículo 6.2 Directiva de cláusulas abusivas. La interpretación del Juzgado de Madrid se ha repetido en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia de 16 de febrero de 2017 (37/2017).

44. El resultado alcanzado choca, sin embargo, con la construcción del sistema pretendida por el Derecho de la Unión Europea, que para el buen funcionamiento del mercado interior pretende no poner reparo, en lo que concierne a las cláusulas abusivas, a que las partes puedan optar por el Derecho de cualquier Estado miembro, algo que inmane a la redacción del artículo 6.2 Directiva 93/13/CE y que es consecuencia de

---

43 Con arreglo al artículo 90.3 TRLGDCU son abusivas las cláusulas que establezcan (...) “la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.”

la regla de reconocimiento mutuo así como de la afirmación de la intercambiabilidad entre los Derechos nacionales que han sido objeto de armonización. Por ello no sorprende que, con posterioridad, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) núm. 392/2017 de 26 julio haya revocado esta decisión descartando que el artículo 9.2 del Reglamento Roma I pueda servir de fundamento para la entrada en juego del artículo 90.3 TRLGDCU, como norma de policía del foro. Merece la pena detenernos en los argumentos empleados por la Audiencia Provincial. Entre ellos, el tribunal recuerda que el Reglamento Roma I permite la elección del Derecho irlandés; que el artículo 6.2 Reglamento Roma I no es de aplicación al caso sino el artículo 5, el cual no contiene para el contrato de transporte de pasajeros una previsión análoga a la del artículo 6.2; que aplicar las normas imperativas españolas de cláusulas abusivas supondría dejar sin efecto las reglas de conflicto del Reglamento Roma I y una vulneración del principio de primacía del derecho de la Unión. En la misma dirección la Audiencia descarta en el caso la identificación de circunstancias que, conforme a los dictados de la Directiva 93/13 (...) generen un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que lleve a considerar la cláusula abusiva. Por todo ello *la abusividad de las demás cláusulas cuestionadas debe evaluarse a la luz del derecho irlandés.*

45. Detrás de ambas decisiones late la dificultad, no resuelta, de conocer en qué medida el ámbito armonizado por el Derecho europeo convierte automáticamente en intercambiables a los sistemas, lo que conduciría a la necesidad de preservar el funcionamiento regular de las normas de conflicto. O si, por el contrario, en un ámbito armonizado como este de las cláusulas abusivas, en la medida en que se ha llevado a cabo una armonización de mínimos, existe todavía margen para que un Estado pueda imponer sus soluciones como normas materiales

imperativas, especialmente cuando el supuesto posee una conexión objetiva clara con el propio país. Cuando el Tribunal de Justicia ha sido requerido para pronunciarse sobre esta clase de cuestiones normalmente no ha llegado a tomar decisión, habiendo más bien proporcionado criterios laxos.<sup>44</sup> El hecho de que las Directivas sean de mínimos es un argumento favorable a la extensión de la protección a los supuestos internacionales con conexión con el foro.

46. A la postre, el problema que hay detrás es el relativo a si el consumidor ha podido dar un consentimiento informado a la cláusula de ley aplicable. Teniendo en cuenta el impacto de este pacto sobre el régimen de todas las cláusulas abusivas del contrato lo más idóneo sería establecer una fórmula uniforme apta para proteger al consumidor en el momento de suscribir el pacto de ley aplicable. Una fórmula que bien podría pasar por exigir la aprobación de una casilla especial, con el click oportuno, donde de forma llamativa se indique que el propósito de esa casilla es recabar la aceptación informada sobre la cláusula de elección del Derecho aplicable, algo que cuadraría con otras normas de protección del consumidor que existen en la Directiva de derechos de los consumidores.<sup>45</sup> Una norma de este tipo debería

---

44 Así ha ocurrido, por ejemplo, con la sentencia TJ de 17 de octubre de 2013 dictada en el asunto *Unamar*.

45 Véase por ejemplo el artículo 8.2 Directiva 2011/83/UE. Según su tenor, “si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos obliga al consumidor a pagar, el comerciante pondrá en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido, la información establecida en el artículo 6, apartado 1, letras a), e), o) y p). El comerciante deberá velar por que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que este implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación correspondiente no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante. En caso contrario, el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido.”

ser europea pues de lo contrario se chocaría con la Directiva 2000/31/CE que introduce la prohibición para los Estados miembros de limitar la libre circulación de servicios informáticos provenientes de otro Estado miembro (art. 3, apartado 2) y la obligación de garantizar que cada ordenamiento haga posible los contratos por vía electrónica, asegurando que la normativa relativa a la formación del contrato no obste al uso efectivo de los contratos y no les prive de eficacia y validez en cuanto concluidos de forma electrónica (art. 9).

47. Para los convenios de jurisdicción vale lo dicho con anterioridad y la sentencia de referencia para la incorporación al contrato de la cláusula de jurisdicción contenida en condiciones generales sigue siendo la de 5 de julio de 2012 puesto que, aunque no se aplique el artículo 6 Reglamento Roma I es de aplicación el Derecho europeo de protección del consumidor. También es de aplicación la Directiva 1993/13/CE y, en el caso del Derecho español, la regla del artículo 90.2 TRLGDCU según la cual son abusivas las cláusulas que establezcan bien “la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble”. En consecuencia, todas aquellas cláusulas insertas en las condiciones generales de las entidades gestoras de las plataformas que afecten a los consumidores podrán ser consideradas como abusivas en la medida en que no se correspondan con lo dispuesto por este precepto. Esta disposición será aplicable cuando esté conociendo del caso un juez español en virtud de lo dispuesto por el artículo 25 Reglamento Bruselas I bis. En aras de la uniformidad de nuevo aquí se echa en falta una regulación europea sobre la incorporación de pactos de jurisdicción contenidos en condiciones generales de contratos celebrados a través de plataformas.

## **5. CONSIDERACIONES FINALES**

48. El nuevo modelo de economía triangular mediante la utilización de plataformas digitales está provocando cambios en los modelos de protección que afectan también a la aplicación del sistema de Derecho internacional privado. Los más importantes provienen del nuevo Reglamento 2019/1150/UE, que ha establecido un nuevo marco de protección para algunos profesionales que posee incidencia sobre la aplicación práctica del sistema de Derecho internacional privado. A la transformación del sistema de protección internacional contribuye también la configuración seguida por las nuevas normas europeas de protección del consumidor, que al favorecer la certidumbre respecto de la posición (comerciante o no comerciante) de cada una de las partes que intervienen en la economía triangular condicionan la aplicación del régimen especial de los consumidores.

49. Todo apunta a que el legislador europeo no va a abordar de manera unitaria el fenómeno de las relaciones triangulares transfronterizas que surgen en el ámbito de la economía colaborativa. Como consecuencia, las respuestas de Derecho internacional privado se mantienen en los diferentes regímenes, el general, el propio del nuevo Reglamento y los especiales aplicables a los contratos celebrados por consumidores, cuyo examen permite advertir la existencia de acusadas disparidades entre ellos. La revisión de estos regímenes permite observar desigualdades en el grado de protección que se garantiza así como en el grado de definición, algo que no resulta del todo justificado a la vista de los factores que van a determinar la aplicación de uno u otro régimen (fundamentalmente la auto-declaración) y la sustancial homogeneidad de los intereses de quienes se relacionan con las entidades gestoras de las plataformas.

50. El sistema europeo está tratando de amoldarse a la economía de plataformas de forma dual, creando un nuevo marco de protección y preservando el propio de las relaciones de consumo. Sin embargo, este tratamiento con una pluralidad de regímenes comporta incertidumbre para los usuarios. Mientras que las plataformas se van a adaptar a todas las circunstancias sin mayores problemas,<sup>46</sup> para los usuarios resultará más problemático conocer cuál es el régimen de protección al que van a poder acceder. Por poner un ejemplo, un proveedor que respecto de la plataforma tenga la consideración de no comerciante, por tanto de consumidor, se verá obligado a indagar en la ley aplicable al contrato con la entidad gestora de la plataforma para conocer si existen razones para impugnar la incorporación al contrato de las condiciones generales o, eventualmente, la validez de ciertas cláusulas contractuales por ser consideradas como abusivas. Si consigue conocer cuál es este régimen podrá caer en la cuenta de que, siendo un consumidor, sin embargo el grado de protección que se le ofrece es inferior al nivel establecido por el artículo 3 del nuevo Reglamento para los proveedores profesionales.

51. Por su relevancia para el régimen del contrato, las cuestiones relativas a la validez de las cláusulas de ley aplicable y

---

46 Véase la cláusula de AirBnb. “21. Legislación y fuero aplicables: Estos Términos y Condiciones se regirán e interpretarán de acuerdo con la legislación irlandesa. En el caso de que usted actúe como consumidor, y la normativa de defensa de los consumidores que aplica con carácter obligatorio en su país de residencia contiene disposiciones que son más beneficiosas para usted, dichas disposiciones se aplicarán independientemente de la elección de la legislación irlandesa. En el caso de que usted actúe como consumidor, podrá iniciar cualquier procedimiento judicial en relación con estos Términos y Condiciones ante el tribunal competente de su lugar de residencia o ante el tribunal competente del domicilio social de Airbnb en Irlanda. Si Airbnb desea hacer valer alguno de sus derechos contra usted como consumidor, sólo podrá hacerlo ante los tribunales de la jurisdicción en la que usted sea residente. Si usted está actuando como un empresario, acepta someterse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales irlandeses.”

de jurisdicción en el ámbito de las plataformas deberían ser objeto de una regulación que incremente el grado de conocimiento y de garantía de la efectividad del consentimiento en un régimen que habría de ser lo más uniforme posible para ambos problemas, principalmente de fuente europea.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S.F., “Modelos colaborativos en plataformas digitales: retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 399–424.

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Agenda Europea para la economía colaborativa (Documento COM (2016) 356 final, 2.6.2016.

Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, 5 (2016) *Journal of European Consumer and Market Law*, pp. 164-169.

CALVO CARAVACA, A.L., “Los contratos de consumo en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea: últimas tendencias”, *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al profesor doctor José Carlos Fernández Rozas*, Madrid, Civitas, 2020, pp. 165-178.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Reglamento (UE) 2019/1150 sobre servicios de intermediación en línea: ámbito de aplicación”, disponible en el siguiente enlace: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/07/reglamento-ue-20191150-sobre-servicios.html#more>

----, “Capítulo 4. Contratación comercial internacional”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho de los Negocios Internacionales*, sexta edición, Madrid, Iustel, 2020.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Contratos de consumo en el tráfico comercial UE-Terceros Estados”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 277–303.

ESTEBAN DE LA ROSA, F, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Granada, Comares, 2003.

----, “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*, Año 2, n° 11, 2014, pp. 5-17.

----, “La determinación del derecho aplicable a los contratos de consumo transfronterizos. Perspectiva europea y española”, en PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, F.J. (dir.), *ADR, ODR y Justicia del Futuro. Propuestas y medidas que eviten la judicialización de conflictos*, Aranzadi, 2019, pp. 315-344.

GÓMEZ VALENZUELA, E., “Deberes de información en la contratación electrónica de consumo en la Unión Europea”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios, Monográfico sobre consumidores y comercio electrónico*, Noviembre 2018, pp. 20-41.

LARA AGUADO, A., “La formación del contrato de consumo electrónico”, en ESTEBAN DE LA ROSA, F, *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, pp. 279-334.



PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., “Notas sobre el régimen de protección del usuario en la contratación a través de plataformas online: entre la responsabilidad del proveedor y la del operador de la plataforma”, texto inédito presentado en el Congreso “la contratación en la era digital”, celebrado en Granada los días 7 y 8 de noviembre de 2019.

ROSSI, E.A., *La sharing economy nel diritto internazionale privato europeo*, Torino, Giapiachelli Editore, 2019.

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., “Wrap International Contracts”, texto inédito en prensa.

TOMMASSI, S., “The ‘New Deal’ for Consumers: Towards More Effective Protection?”, *European Review of Private Law*, Volume 28, Issue 2 (2020) pp. 311 – 332.

VELÁZQUEZ GARDETA, J.M., “El actual Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) y la protección del consumidor online. ¿Una oportunidad perdida?”, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101/2015, pp. 299 - 320

VILALTA NICUESA, A.E., “La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2018, año 94, Número 765, pp. 275-330.

WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, A., “Online Platforms: How to Adapt Regulatory Framework to the Digital Age? disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL\\_BRI\(2017\)607323\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/607323/IPOL_BRI(2017)607323_EN.pdf)

# **TRANSPORTE AÉREO LOW COST Y PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES: ¿EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNION EUROPEA COMO HERRAMIENTA DE POLITICA SOCIAL?<sup>1</sup>**

*CATERINA FRATEA*

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA  
UNIVERSIDAD DE VERONA (ITALIA)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS PARTICULARIDADES DEL TRANSPORTE AÉREO *LOW COST*. 3. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO CON PARTICULAR ATENCIÓN AL SECTOR DE LOS TRANSPORTES. 4. LA SENTENCIA *RYANAIR* DE 2017 Y LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL AL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO. 5. CONSIDERACIONES FINALES: EL ALCANCE DEL FALLO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y PERSPECTIVAS FUTURAS. 6. BIBLIOGRAFÍA.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017-86017-R, “Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE”, concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista del derecho internacional privado, cuando se habla de la tutela de los trabajadores, como sujetos débiles, en el ámbito de compañías aéreas *low cost*, la referencia inmediata es la sentencia dictada en 2017 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre los casos *Crewlink* y *Ryanair*<sup>2</sup>.

El año 2017 representa, además, una fecha particular en la perspectiva del presente trabajo ya que, por una parte, se proclamó el pilar europeo de derechos sociales<sup>3</sup> y, por otra, se celebró el vigésimo quinto aniversario de la liberalización del mercado interno para la aviación civil<sup>4</sup>. Dicha liberalización ha representado, sin lugar a dudas, un triunfo para la Unión Europea, conduciendo a la armonización de las normas sobre el transporte aéreo y garantizando a todos los operadores, en cualquier parte de la Unión, las mismas posibilidades de acceso al mercado. La competencia entre las compañías aéreas ha conllevado importantes cambios en el sector, cambios que han incentivado la movilidad entre los Estados miembros y ha contribuido a la creación de nuevos puestos de trabajo, aumentando las posibilidades de empleo.

En este marco, a primera vista seguramente positivo, el derecho laboral y de la protección social siguen siendo, en primer

---

2 As. acumulados C-168/16 y C-169/16, ECLI:EU:C:2017:688.

3 El texto se puede encontrar en la página web [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_es.pdf). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 26 de octubre de 2020.

4 Sobre las etapas de la evolución de la reglamentación que han llevado a la liberalización del mercado aéreo, TROVÒ, L., “I servizi aerei”, en LOBIANCO, R. (a cura di), *Compendio di Diritto aeronautico*, Milán, Giuffrè, 2009, pp. 123-148, pp. 131-133; PRUNEDDU, G., *Le compagnie low cost tra disciplina dei servizi aerei e tutela dell’utente*, Roma, Aracne, 2017, pp. 39-48.

lugar, competencia de los Estados miembros, así como se lee en los artículos 151 y 153 del TFUE. Ello significa que todo el personal de la aviación se beneficia de la protección ofrecida por el derecho de la UE, pero los derechos y niveles de protección pueden ser diferentes según el derecho nacional aplicable. Esta situación puede resultar particularmente complicada para el personal de vuelo (es decir, el personal de cabina y los pilotos) a causa del carácter intrínsecamente transfronterizo de su trabajo.

## **2. LAS PARTICULARIDADES DEL TRANSPORTE AÉREO *LOW COST***

La liberalización y el aumento de capacidad del espacio aéreo respecto al incremento del tráfico se han encontrado entre los factores que han permitido que el fenómeno de las compañías aéreas *low cost* pudiese radicarse y, después, consolidarse en los cielos europeos, en un primer momento con los servicios intracomunitarios y, a partir de 1997, también con los servicios de cabotaje<sup>5</sup>.

Es evidente cómo la liberalización del acceso a los tráficos, con la superación de los rígidos principios en materia de nacionalidad de la compañía aérea y de los aeromóviles empleados por la misma, haya favorecido el acceso al mercado de las compañías de bajo coste, gracias también a la apertura de la posibilidad de adquirir automóviles en *leasing*, con la inscripción en registros incluso diferentes de los del Estado donde se encuentra la sede de la compañía.

Además de esto último, son diferentes los motivos que han llevado a la afirmación de la filosofía *low cost*, difundida en muchos

---

5 PRUNEDDU, G., *op. cit.*, nota 3, p. 55.

ámbitos del mercado, sobre todo en los países más desarrollados. Por lo que respecta al sector aéreo, la introducción de las compañías *low cost* se ha inspirado y favorecido por la contextual presencia contemporánea de una serie de condiciones ventajosas. Se debe considerar en particular que los significativos cambios normativos realizados en el sector han consentido una amplia libertad de acceso al mercado, una libre articulación tarifaria y la posibilidad de elegir rutas en las que operar. Las compañías *low cost* se han impuesto proponiendo vuelos a precios muy inferiores respecto a los de las compañías aéreas tradicionales y ello ha sido posible gracias a un modelo de negocio caracterizado por una serie de elementos distintivos que permiten un gran ahorro en los costes de gestión. Dichos elementos se pueden reconducir a cinco macrocategorías<sup>6</sup>.

En primer lugar, figura la organización industrial y comercial, caracterizada a su vez por distintos elementos como: el empleo de un solo modelo de aeromóvil para facilitar el intercambio y la sustitución, para reducir los costes de las reparaciones y para racionalizar los de preparación del personal; el empleo más intenso de la flota, a través de la disminución de los tiempos de parada en los aeropuertos y la eliminación de los servicios de limpieza y catering externos; la venta directa de los billetes, recurriendo a internet como canal prácticamente exclusivo, reduciendo así todos los costes vinculados a la intermediación y a la distribución<sup>7</sup>; la validez de las ofertas tarifarias solo para reservas anticipadas y delimitadas a un determinado vencimiento temporal; la variabilidad tarifaria según el incremento del *load factor*<sup>8</sup>; la activación de acuerdos con

---

6 *Amplius*, TROVÒ, L., *loc. cit.*, nota 3, pp. 143-148; DEIANA, M., “Conseguenze sistemiche sul contratto di trasporto delle “cattive” pratiche dei *low cost carriers*”, en DEIANA, M. (a cura di), *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, Cagliari, Edizioni AV, 2013, pp. 13-31.

7 *Amplius*, PRUNEDDU, G., *op. cit.*, nota 3, pp. 115-125.

8 Para un examen del cálculo de las tarifas en las aerolíneas *low cost* y Ryanair

las empresas locales de transporte, alquiler y hoteles, publicitados en el sitio de las compañías aéreas en cambio de porcentajes sobre las ventas.

En segundo lugar, surgen las relaciones con los aeropuertos, inspiradas en la preferencia en conexiones entre aeropuertos secundarios, donde los derechos de aterrizaje y despegue son notablemente más contenidos, no hay restricciones de franjas horarias y el tráfico está menos congestionado.

En tercer lugar, juega un papel significativo también el incentivo de los servicios tras considerables ayudas públicas finalizadas a favorecer la *start-up* de conexiones o simplemente como apoyo al servicio. De esa forma se incrementa el tráfico aeroportuario, la comunidad local puede gozar de mayores servicios de transporte y el área servida por el aeropuerto se beneficia del incremento de turistas.

Como cuarto aspecto se debe subrayar la relación con la clientela, principalmente formada de turistas<sup>9</sup>, y caracterizada por los siguientes elementos: notable rigidez en las reglas tarifarias; previsión de una sola clase y un mayor número de asientos obtenidos reestructurando oportunamente el aeromóvil para aumentar al máximo la capacidad, corte de los servicios no esenciales (eliminación de las comidas gratuitas, reducción

---

en particular, MALIGHETTI, P., PALEARI, S., REDONDI, R., "Pricing strategies of low-cost airlines: The Ryanair case study", *Journal of Air Transport Management*, vol. 15, 2009, núm. 4, pp. 195-203; MORENO-IZQUIERDO, L., RAMÓN-RODRÍGUEZ, A.B., PERLES-RIBES, J.F., "Pricing strategies of the European low-cost carriers explained using Porter's Five Forces Model", *Tourism Economics*, vol. 22, 2016, núm. 2, pp. 293-310.

9 Cfr. O'CONNELL, J.F., WILLIAMS, G., "Passengers' perceptions of low cost airlines and full service carriers: A case study involving Ryanair, Aer Lingus, Air Asia and Malaysia Airlines", *Journal of Air Transport Management*, vol. 11, 2005, núm. 4, pp. 259-272.

drástica del número, de las dimensiones y del peso de los equipajes, eliminación del transporte gratuito en bodega); inexistencia de los billetes únicos para los vuelos con escala y previsión de conexiones solo *point-to-point*, sin garantías para las continuaciones incluso con vuelos de la misma compañía; ausencia de reembolso de las tasas en caso de anulación del vuelo; ausencia de cualquier forma de asistencia en el aeropuerto y de una nueva protección en vuelos de otra compañía.

La categoría más significativa, por lo menos para el presente trabajo, está representada por la gestión del personal, que se marca en primer lugar por la previsión de cometidos múltiples de los dependientes. Los azafatos y los auxiliares de vuelo no solo trabajan a bordo con las funciones ordinarias del personal de vuelo, sino que se encargan también de la limpieza y el reacondicionamiento del avión durante la parada y, a menudo, también del servicio de tierra en las puertas de embarque o en la rampa de acceso<sup>10</sup>.

Para cuanto particularmente referido al personal de vuelo de la sociedad Ryanair<sup>11</sup>, empresa con sede en Irlanda interesada en la sentencia examinada por el Tribunal de Justicia y principal vector *low cost* en Europa tanto en número de trayectos como en número de aeromóviles, seguido por Easyjet y Vueling, con referencia en primer lugar a los aspectos de carácter general, la primera consideración que se debe hacer es que la sociedad no asume directamente al personal de vuelo, sino que lo hace a través de sociedades satélite del grupo, que realizan actividades de

---

10 *Amplius*, HARVEY, G., TURNBULL, P., “Ricardo flies Ryanair: Strategic human resource management and competitive advantage in a Single European Aviation Market”, *Human Resources Management Journal*, 2020, pp. 1-13.

11 Sobre las especificidades de los contratos de empleo del personal de vuelo de Ryanair, CREATON, S., *Ryanair. Il prezzo del low-cost*, Milán, Egea, 2008, *passim*; SORO, P., *L'affair Ryanair*, [www.paolosoro.it](http://www.paolosoro.it).

contratación, formación y suministración de trabajadores. Estas sociedades satélite son, en realidad más de una (Crewlink, como en el caso afrontado por el Tribunal de Justicia, Workforce y otras)<sup>12</sup>; pero los contratos propuestos son estándar, no diferenciándose entre ellos, salvo en algunos parámetros relacionados con la diferente *home base* del trabajador. De hecho, el personal se reubica en varias bases aeroportuarias en Europa y tiene la obligación de presentarse al trabajo, a más tardar, en el plazo de una hora desde la recepción de la llamada por parte del empresario<sup>13</sup>. Ergo, rige contractualmente la obligación de residir en los lugares inmediatamente limítrofes a la sede aeroportuaria de servicio.

El empleo inicialmente siempre es a tiempo determinado (tres años, potencialmente renovables), con un periodo de prueba correspondiente a doce meses. Esta última previsión contractual se revela muy penalizadora para el trabajador a causa de una serie de ulteriores obligaciones de gastos relacionados que, normalmente, persisten durante los doce meses iniciales y que, de hecho, no permiten que el dependiente dimita antes de dicho vencimiento sin sufrir graves cartas económicas.

Durante la relación laboral son particularmente desfavorables los términos del aviso previo. En todas las hipótesis de falta de observación del contrato y/o de justa causa, la relación se considera concluida unilateralmente por la compañía sin ningún aviso previo. En el resto de los casos, el dependiente debe respetar un aviso previo de despido mínimo de un mes; por el

---

12 JUÁREZ PÉREZ, P., “El conflicto de Ryanair: una lectura desde el derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 2019, núm. 1, pp. 372-407, p. 374.

13 El uso de múltiples bases de servicio extranjeras es una característica de las aerolíneas *low cost*: *Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market - Final report*, Study contract n. DG MOVE/E1/2017-556, c.d. *Studio Ricardo*, encargado en 2019 por la Comisión Europea, [https://ec.europa.eu/transport/modes/air/studies/air\\_en](https://ec.europa.eu/transport/modes/air/studies/air_en).



contrario, la empresa puede terminar el contrato sin ningún día de aviso previo, si la antigüedad de servicio es inferior a treinta y una semanas; con aviso previo de una semana, si la antigüedad va de las treinta y una semanas a dos años; con un aviso previo de dos semanas, si la antigüedad va de dos a cinco años.

También hay que recordar que hasta 2018 el personal de vuelo de la aerolínea no puede acogerse a ninguna protección sindical y/o asociativa<sup>14</sup>. Más precisamente, el contrato estipulaba (y sigue estipulando para los trabajadores ubicados en las bases de servicio situadas en Estados donde la empresa no ha firmado convenios colectivos de trabajo) una cláusula de confidencialidad, conforme a la ley irlandesa, que prohíbe informar a cualquier tercer sujeto acerca de las partes firmantes en relación a las previsiones contractuales. Además, dicha cuestión merecería un análisis a propósito de la que debería ser la ley real aplicable a la relación laboral como obsequio a la prelación normativa de la Unión Europea (cuestión que se tratará en la prosecución del presente trabajo).

Sobre los aspectos de carácter retributivo<sup>15</sup>, se señala como, siendo el sueldo directamente proporcional al horario programado de los vuelos, no existe una retribución mínima garantizada. Esta última puede variar durante el periodo contractual y es diferente en

---

14 Cabe señalar que, también a la luz de los numerosos litigios planteados por antiguos trabajadores del grupo, Ryanair ha comenzado a firmar convenios colectivos nacionales tanto para pilotos como para auxiliares de vuelo en los distintos países europeos en los que opera, como ocurrió en Italia en 2018 y como muestran los principales periódicos del país: [www.ilsole24ore.com/art/buste-paga-tfr-e-congedi-italia-primo-contratto-piloti-ryanair-AEzMyEgF](http://www.ilsole24ore.com/art/buste-paga-tfr-e-congedi-italia-primo-contratto-piloti-ryanair-AEzMyEgF); [https://www.ilmessaggero.it/economia/news/ryanair\\_sindacati-4093636.html](https://www.ilmessaggero.it/economia/news/ryanair_sindacati-4093636.html). Para otros países v. JUÁREZ PÉREZ, P., *loc. cit.*, nota 11, p. 378.

15 JORENS, Y., GILLIS, D., VALCKE, L., DE CONINCK, J., *Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector*, European Social Dialogue, European Commission, 2015, disponible en la página web [https://www.eurocockpit.be/sites/default/files/report\\_atypical\\_employment\\_in\\_aviation\\_15\\_0212\\_f.pdf](https://www.eurocockpit.be/sites/default/files/report_atypical_employment_in_aviation_15_0212_f.pdf).

función del aeropuerto en el que se encuentran los dependientes. Parte del sueldo se corresponde bajo forma de porcentaje por las ventas efectuadas a bordo y se prevén algunos incrementos en el caso de que los vuelos se hayan realizado durante los días festivos. Por el contrario, a los dependientes no les corresponden indemnizaciones de misión y los mismos no pueden rechazar un extraordinario, cuya retribución, en cualquier caso, se calcula según los parámetros ordinarios. En la hipótesis en la que el personal venga llamado para estar a disposición (en uniforme) en el aeropuerto, listo para volar, pero a continuación no se le ordene trabajar en ningún trayecto, el contrato asigna una dieta diaria de veinte euros aproximadamente.

Los días de vacaciones previstos son dieciocho al año. La imposibilidad de presentarse al trabajo (por ejemplo, por enfermedad o por accidente) se debe comunicar con un aviso previo mínimo de dos horas respecto al horario previsto para el inicio del servicio y demostrarlo correctamente mediante idóneo certificado médico. Además, la compañía no remunera las ausencias por enfermedad y tiene derecho a verificar el estado de salud del dependiente enfermo, haciendo que lo visite un médico de confianza de la compañía. Refiriéndonos siempre a la asistencia médica, es deber del trabajador inscribirse al sistema de previdencia del lugar en el que presta servicio, verificando cuáles son las prestaciones a las que tiene derecho en base al criterio de reciprocidad con el propio país de procedencia.

Además, no se prevén ni formas de retribución para las llamadas mensualidades añadidas (extraordinaria de Navidad y de verano) ni ningún tratamiento por rescisión: el contrato solamente dispone que el empresario comunique a los trabajadores la información relativa a las posibles facilidades para crearse un plan de jubilación individual.

Hablando de los costes que son completamente a cargo de los trabajadores, estos últimos están obligados a encargarse por sí mismos de una serie de gastos, normalmente mediante la retención de su sueldo: los cursos de formación profesional que están obligados a seguir durante el primer año de trabajo, los costes de sus uniformes, las tarjetas emitidas por los aeropuertos para el personal de vuelo de las compañías aéreas y el eventual estacionamiento del propio vehículo en el aeropuerto.

Algunas ulteriores cláusulas específicas negociadas resultan particularmente penalizadoras para los dependientes. Sobre todo, el trabajador acepta estar en tierra sin retribución en todos los periodos en los que, a juicio del empresario (sociedades satélite o grupo Ryanair), se verificase una contracción del trabajo con la consecuente disminución de los vuelos. Un ejemplo típico es el de la estación invernal, durante la que el tráfico de pasajeros, sobre todo el de las compañías *low cost*, disminuye sensiblemente. En este sentido, el contrato precisa que, a lo largo del año, el dependiente no será llamado a prestar los propios cometidos laborales por un periodo mínimo de cuatro semanas, periodo que, por otra parte, podría llegar a ser mayor y durante el cual no tendrá derecho a ningún tipo de retribución. A pesar de ello, salvo haber recibido preventivamente el correspondiente consentimiento escrito por parte de la compañía, el dependiente no podrá aceptar otras ofertas de trabajo para suplir este periodo de falta de ingresos (ni siquiera en el caso de contrato de carácter no competitivo con la actividad llevada a cabo por Ryanair).

Por último, cualquier interrupción del trabajo debida a participaciones en conflictos sobre cuestiones contractuales o huelgas comporta la resolución del contrato.

Surge de forma muy evidente como, a través de la extremización del modelo *low cost*, la compañía irlandesa consiga

obtener beneficios todavía mayores, incluso respecto a otros vectores del sector.

En este contexto no sorprende que la primera sentencia del Tribunal de Justicia en materia de competencia jurisdiccional en los contratos de trabajo del transporte aéreo se refiera a dos causas unificadas, respectivamente, contra Ryanair y contra Crewlink. Está claro que las conclusiones a las que llega el Tribunal se aplican en el ámbito de cualquier controversia motivada por un contrato de trabajo concluido en el ámbito del transporte aéreo internacional, pero naturalmente es más fácil esperarse que dichas controversias se deriven de contratos concluidos con compañías *low cost*, vista la precariedad y el nivel de las condiciones de trabajo de su personal de vuelo respecto al del personal empleado en compañías de línea.

### **3. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO CON PARTICULAR ATENCIÓN AL SECTOR DE LOS TRANSPORTES**

La sentencia *Ryanair* representa la primera decisión inherente a la interpretación de las normas UE en materia de competencia jurisdiccional en el ámbito de controversias motivadas por contratos individuales de trabajo con particular atención al sector del transporte aéreo. La peculiaridad del caso reconduce a las dificultades interpretativas de los especiales títulos de jurisdicción contenidos en la sección 5 del Reglamento Bruselas I bis<sup>16</sup> (y,

---

16 Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A este respecto véanse, *ex multis*, MERRETT, L. “Jurisdiction over Individual Contracts of Employment”, en DICKINSON, A., LEIN E. (eds), *The Brussels I Regulation Recast*,

previamente, del Reglamento Bruselas I<sup>17</sup>) si se comparan con las particularidades vinculadas al sector en cuestión. De hecho, a pesar de las precedentes intervenciones del Tribunal de Justicia sobre controversias derivadas de contratos de trabajo concluidos en ámbitos diferentes y aunque en 2016 la Red judicial europea haya elaborado una Guía práctica sobre la competencia judicial y la ley aplicable en las controversias internacionales entre trabajador y empresario<sup>18</sup>, en el caso del personal de vuelo, vista su intrínseca alta movilidad, puede resultar particularmente complejo individuar el tribunal en el que hacer valer los propios derechos, además de la legislación en materia de seguridad social y derecho social aplicables<sup>19</sup>.

En el caso concreto, la jurisdicción internacional y las normas a las que referirse se recogen en los artículos 21-23 del

---

Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 239-253; SALERNO, F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Milano-Padova, 4ª ed., Wolters Kluwer Italia, 2015, pp. 228-233; ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G., “Articles 20 to 23”, en MAGNUS, U., MANKOWSKI, P. (eds), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Colonia, Sellier, 2016-2017, pp. 534-558; STONE, P., *Private International Law in the European Union*, Cheltenham, Elgar, 2018, pp. 198-206; CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo”, en CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo III, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 3365-3376.

- 17 Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. A este respecto véanse, *ex plurimis*, HESS, B., PFEIFFER, T., SCHLOSSER P., *The Brussels I Regulation 44/2001 Application and Enforcement in the EU*, Monaco-Oxford, Beck-Hart Publishing, 2008, che riproduce il precedente *General Report of the Study on the Application of Regulation Brussels I in the (former) 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)*.
- 18 El documento se puede encontrar en la página web <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELLAR:41547fa8-20a8-11e6-86d0-01aa75ed71a1&from=HU>.
- 19 Según el mencionado Estudio Ricardo (nota 8), la mayoría de los miembros de la tripulación de vuelo afirmaron que la legislación aplicable a sus contratos era la de su base contractual (p. 183).

Reglamento Bruselas I bis (ex artículos 18-20 del Reglamento Bruselas I). Como las normas en materia de contratos de seguros y de contratos concluidos por los consumidores, también las normas en materia de contratos de trabajo pretenden proteger a las partes débiles de dichas relaciones contractuales. Dicho objetivo se traduce, por una parte, en la limitación del papel acordado a la voluntad de las partes en la determinación del foro competente (artículo 23) y, por otra parte, en la pluralidad de los foros en los que se permite que la parte débil, que es el trabajador subordinado, actúe en juicio, pudiendo citarse también, y como regla general, solo en el foro del propio domicilio (artículos 21-22)<sup>20</sup>.

Desde el primer punto de vista, el Reglamento especifica que los foros previstos para la tutela del trabajador pueden derogarse solo por un posterior acuerdo cuando surge la controversia o que permite que el trabajador recurra ante una autoridad judicial diferente a las indicadas en la sección 5.

Desde el segundo punto de vista, el trabajador que quiera citar en juicio a la propia contraparte contractual puede elegir, para cualquier tipo de pretensión, entre el lugar de domicilio del demandado (artículo 21, pár. 1, letra a) y el lugar, aunque esté ubicado en un Estado miembro diferente, en el que o desde el cual<sup>21</sup> este realiza la propia actividad habitualmente (artículo 21,

---

20 MOSCONI, F., CAMPIGLIO, C., *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I, Parte generale e obbligazioni*, Milano-Padova, 9ª ed., Wolters Kluwer Italia, 2020, pp. 114-115.

21 La posibilidad de demandar al empresario también en los tribunales del lugar donde el empleado realiza habitualmente su trabajo no estaba incluida en el Reglamento Bruselas I y fue introducida en 2012 por el Reglamento Bruselas I bis. En este último Reglamento se prevé también por primera vez un segundo apartado que prevé que un empresario no domiciliado en un Estado miembro también puede ser demandado ante un tribunal de un Estado miembro en el sentido de la letra b) del apartado 1.

pár. 1, letra b, *i*)<sup>22</sup>. Además, como ulterior criterio alternativo, el trabajador que no realice o no haya realizado habitualmente la propia actividad en un solo país puede demandar al empresario ante la autoridad judicial del lugar en el que está o estaba situado el establecimiento que le haya empleado (artículo 21, pár. 1, letra b, *ii*).

Por lo que respeta, en particular, a la disposición recogida en el artículo 21, pár. 1, letra b, *i*, es decir el título de la jurisdicción vinculado al lugar de prestación habitual de la actividad laboral, este refleja normalmente y de forma conjunta el vínculo con el ambiente social y lingüístico más familiar al trabajador, independientemente del lugar en el que haya iniciado o terminado la relación laboral. Dicho elevado grado de proximidad permite, como obsequio a las finalidades protectoras del Reglamento, proteger la exigencia de previsibilidad del foro por parte del trabajador<sup>23</sup>. La jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia formada en relación al Reglamento Bruselas I afirma, de hecho, que el lugar de la prestación habitual de trabajo se debe considerar aquel en el que el trabajador pueda proveer de la mejor manera a las propias defensas y aquel en el que se encuentra el juez más adaptado a dirimir la controversia motivada por el contrato de trabajo<sup>24</sup>. En línea general, el Tribunal de Justicia ha establecido que, para la determinación del lugar en el que el trabajador cumple principalmente sus obligaciones, hay que considerar numerosos elementos fácticos como, por ejemplo, el Estado en el que se encuentra la oficina a partir de la cual el

---

22 O del último lugar en que lo haya desempeñado.

23 Sobre la introducción de este título de competencia, antes de su previsión formal en el Reglamento de Bruselas I, gracias a la interpretación del Convenio de Bruselas de 1968 por el Tribunal de Justicia, véase SALERNO, F., *op. cit.*, nota 15, pp. 229-230.

24 MOSCONI, F., "La giurisdizione in materia di lavoro nel regolamento (CE) 44/2001", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, núm. 1, pp. 5-28.

trabajador realiza o ha realizado sus propias taras, en la que este ha establecido la propia residencia y a la que, además, regresa después de cada viaje de trabajo<sup>25</sup>.

En relación a las controversias relativas a contratos de trabajo celebrados en el ámbito de los transportes internacionales, para las que resulta difícil concretizar el título de jurisdicción fijado por el legislador de la Unión, tratándose de trabajadores subordinados itinerantes que realizan las propias obligaciones a bordo de medios de transporte y, por lo tanto, normalmente en distintos Estados miembros, dicha operación de búsqueda resulta particularmente complicada. En relación a los transportes marítimos y por carretera, adquiere importancia la jurisprudencia interpretativa formada ya en torno al artículo 6, pár. 2, de la Convención de Roma del 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ahora sustituida, para todos los Estados miembros de la Unión menos Dinamarca, por el Reglamento Roma I<sup>26</sup>). Dicha disposición, aún para finalidades diferentes respecto al Reglamento Bruselas I, es decir, para la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, de hecho utiliza criterios de conexión completamente análogos a los del

---

25 As. C-125/92, *Mulox*, ECLI:EU:C:1993:306, apdo. 25.

26 Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Véanse LLOBERA VILA, M., “L’articolo 8 del Regolamento Roma I, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, alla luce delle sentenze *Koelzsch*, *Voogsgeerd* e *Schlecker*”, *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, núm. 2, pp. 615-626; ZOURNATZI, C., “La disciplina dei regolamenti (CE) n. 593 del 2008 (Roma I) e (CE) n. 864/2007 (Roma II) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali nei contratti di trasporto e nel diritto della navigazione”, *Il Diritto marittimo*, 2018, núm. 1, pp. 260-277; CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Ley aplicable al contrato de trabajo internacional”, en CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo III, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 3378-3401.



sistema Bruselas<sup>27</sup>. Así, según el Tribunal de Justicia de la UE, para determinar la ley aplicable, el lugar de prestación habitual de la actividad laboral se debe individuar en base a una larga serie de indicios fácticos como, en primer lugar, el Estado del lugar a partir del que el trabajador efectúa sus misiones de transporte, recibe las instrucciones relativas a dichas misiones y organiza el propio trabajo, así como aquel en el que se encuentran sus instrumentos laborales<sup>28</sup>.

#### **4. LA SENTENCIA RYANAIR DE 2017 Y LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL AL CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO**

En el contexto aquí descrito se incluye la sentencia *Ryanair*<sup>29</sup>, en la que el Tribunal de Justicia, como anteriormente indicado, se pronuncia sobre la interpretación del art. 19, punto 2, letra

---

27 El artículo 8, apdos. 2-3, del Reglamento Roma I establece que “2. [e]n la medida en 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. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. 3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 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”.

28 As. C-384/10, *Voogsgeerd*, ECLI:EU:C:2011:842, apdo. 38. Véase CARBALLO PIÑEIRO, L., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10, Jan Voogsgeerd c. Navimer S.A.”, *REDI*, vol. 64, 2012, núm. 2, pp. 242-245.

29 As. acumulados C-168/16 e C-169/16, cit. Per un commento DIVERIO, D., “Dalla Corte di giustizia un’importante precisazione sulla giurisdizione nelle controversie di lavoro relative al personale di cabina”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2017, II, núm. 4, pp. 872-877; SIA, A.L.M., “Sul tema della giurisdizione nei contratti individuali di lavoro. Il caso degli assistenti di volo”, *Diritto dei trasporti*, 2019, núm. 1, pp. 55-66.

a del Reglamento Bruselas I, vigente en el periodo en el que se han verificado los hechos objeto de la controversia (actual art. 21, pár. 1, letra b del Reglamento Bruselas I bis), por primera vez en relación a los contratos de trabajo del transporte aéreo internacional<sup>30</sup>.

---

30 En 2004, en una causa pendiente contra Ryanair, se presentó por parte del *Tribunal du travail* de Chaleroi (Bélgica) una petición al Tribunal de Justicia para que éste se pronunciara, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del artículo 19, núm. 2, del Reglamento Bruselas I, a fin de determinar los criterios pertinentes para identificar el Estado en cuyo territorio un trabajador desempeña habitualmente su trabajo, cuando dicho trabajador está empleado como miembro de la tripulación de una empresa dedicada al transporte internacional de pasajeros por vía aérea. En particular, el tribunal belga preguntó qué lugar debía considerarse como el lugar en el que, o desde el cual, ese trabajador cumplía efectivamente una parte sustancial de sus obligaciones si las obligaciones derivadas de ese contrato de trabajo debían cumplirse en parte en el suelo (aeropuerto) de un Estado contratante y en parte a bordo de una aeronave que tenga la nacionalidad de otro Estado contratante que, además, haya contratado a ese trabajador (as. C-555/03 ECLI:EU:C:2004:370). Sin embargo, el Tribunal declaró que no tenía competencia en virtud del entonces artículo 68 del TCE, posteriormente derogado por el Tratado de Lisboa, en virtud del cual sólo se podía plantear una petición de decisión prejudicial en relación con las cuestiones comprendidas en el epígrafe “Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas” cuando la cuestión se planteara ante un tribunal de última instancia, si éste considerara necesario dictar sentencia. Sobre la competencia del Tribunal de Justicia para pronunciarse con carácter prejudicial en las materias del antiguo Título IV del TCE, *ex multis*, BARENTS, R., “Some observations on Treaty of Amsterdam”, *Maastricht Journal*, 1997, pp. 332-345; GAROFALO, L., “Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l’art. 68 del Trattato CE”, *Il Diritto dell’Unione europea*, 2000, pp. 805-819; BARIATTI, S., “La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione europea al Titolo IV del Trattato CE”, *Il Diritto dell’Unione europea*, 2001, pp. 261-310; ADINOLFI, A., “Art. 68”, in POCAR, F. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, CEDAM, 2002, pp. 315-320. Poco antes de la desestimación de la cuestión prejudicial en el caso *Ryanair*, objeto del presente procedimiento, el *Supremo Tribunal de Justiça* portugués planteó otra cuestión relativa a la interpretación del artículo 19 del Reglamento de Bruselas I, que luego fue retirada, como se desprende del auto del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2017 (as. C-242/16, ECLI:EU:C:2017:151). Esa también se refería a la noción de lugar de empleo habitual y, en particular, si esa noción podía interpretarse, en relación con los pilotos, como el lugar del aeropuerto en el que la aeronave está estacionada y desde el que se inicia el viaje en el que comienza a desempeñar sus funciones.

Particularmente, la ocasión para pronunciarse se les ha facilitado por dos peticiones de decisión prejudicial fundamentalmente idénticas (y, precisamente, unificadas por el Presidente del Tribunal de Justicia para la fase escrita y oral del procedimiento, así como para la de la sentencia) de la *Cour du travail* de Mons (Bélgica), juez de apelación respecto a dos sentencias pronunciadas por el *Tribunal du travail* de Charleroi, en el ámbito de dos controversias que oponen a algunos miembros del personal de cabina contra Crewlink Ireland Ltd. y contra Ryanair Ltd., sus ex empleadores, en relación a las condiciones de trabajo y de despido aplicadas por estos últimos.

Resueltos los contratos, por dimisiones o por despido, considerando que Crewlink y Ryanair fuesen sometidas al derecho belga y, sobre todo, que los jueces belgas fuesen competentes para conocer de su demanda, dichos trabajadores recurrían a los jueces belgas para obtener el pago de las distintas indemnidades. Según dichos contratos, las tareas realizadas a favor de Ryanair (directamente o a través de la sociedad Crewlink, que proporcionaba los propios empleados a la primera) contemplaban, entre otras y como sucede normalmente en el ámbito de compañías *low cost*, la seguridad, el cuidado, la asistencia y el control de los pasajeros, las operaciones de embarque, la venta a bordo del aéreo y la limpieza de la aeronave. Dichos contratos, redactados en inglés, declaraban aplicable a la relación laboral el derecho irlandés y presentaban una cláusula de elección del foro que atribuía a los jueces irlandeses la competencia para conocer de eventuales controversias surgidas entre las partes en relación a la ejecución y la resolución de los mismos contratos. Dichos contratos afirmaban expresamente que las prestaciones de trabajo se deberían considerar realizadas en Irlanda, ya que el personal de cabina ejercitaba las propias funciones a bordo de aeromóviles matriculados en dicho Estado y pertenecientes a una compañía aérea irlandesa.

El aeropuerto de Charleroi, por su parte, estaba calificado como base de servicio, de conformidad con el Reglamento (CEE) núm. 3922/91, relativo a la armonización de reglas técnicas y de procedimientos administrativos en el sector de la aviación civil<sup>31</sup>. Según su anexo III, dicho Reglamento disponía que el operador aéreo estuviese obligado a designar una base de servicio para cada miembro del equipaje. Con dicha noción se debía entender el “lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina un período de actividad o una serie de periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante”. Por último, imponiendo los contratos que los trabajadores residiesen a una hora de distancia de la base de servicio a la que habían sido asignados, estos se habían establecido en Bélgica.

Después de que, en primera instancia, el *Tribunal du travail* de Chaleroi hubiese declinado la propia competencia por falta de jurisdicción internacional, el tribunal de apelación, la *Cour du travail* de Mons, somete al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial para verificar si el concepto de “lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo”, mencionado en el artículo 19, punto 2, del Reglamento Bruselas I, se podía asimilar al de “base”, tal y como se define en el anexo III del Reglamento núm. 3922/91, con motivo de la característica del sector de la navegación aérea<sup>32</sup>. En sustancia, el tribunal remitente

---

31 Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil.

32 También debe considerarse que el artículo 11, apdo. 5, del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social establece normas para proteger los derechos en materia de seguridad social de los trabajadores que se desplazan dentro de Europa, establece que, en el caso específico de las tripulaciones de vuelo, la ley aplicable es la legislación del Estado miembro

pregunta al Tribunal de Justicia si las nociones recogidas en esos dos actos se puedan considerar superpuestos y, en definitiva, si la noción contemplada en el Reglamento Bruselas I se puede considerar equiparable a la de la base de servicio, de conformidad con el Reglamento de 1991.

Ello con el objeto de determinar el Estado (y por tanto su competencia) en cuyo territorio un trabajador realiza habitualmente su trabajo, ya que ese criterio de conexión deducido de la base, entendida como “centro efectivo de la relación laboral” en la medida en que el trabajador comienza en ella sistemáticamente su jornada de trabajo y la termina en ese lugar, organizando en ella su trabajo cotidiano, y cerca de la cual ha establecido su residencia efectiva durante el período de las relaciones contractuales, podría ser el que a la vez presenta vínculos más estrechos con un Estado contratante y asegura la protección más adecuada a la parte más débil en la relación contractual.

La decisión del Tribunal constituye el resultado de una rigurosa aplicación de la técnica de la interpretación autónoma que, por su jurisprudencia constante relativa ya a la Convención de Bruselas de 1968, debe guiar la exégesis de los criterios de jurisdicción, incluso para garantizar el efecto útil de las normas que los prevén. Desde este punto de vista, el Tribunal de Justicia

---

donde se ubica la base operativa del personal de vuelo, tal y como se define en la legislación en materia de seguridad aérea, es decir en el Reglamento 3922/91 y sus anexos. Sin embargo, esta disposición ha sido introducida por el artículo 3 del Reglamento núm. 465/2012 y, por lo tanto, no era de aplicación, *ratione temporis*, a los litigios principales. Véase SCIARRA, S., *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 20, que subraya como esta enmienda sólo aparentemente marginal, que ha llevado a la identificación de la *home base* como único criterio para determinar el régimen de seguridad social aplicable, ha contribuido a la seguridad jurídica y a una mayor protección de los trabajadores del sector de la aviación, que se ve afectado por una amplia gama de controversias.

ha recordado, en primer lugar, que (i) el Reglamento persigue, como objetivo general, la unificación de las normas en materia de competencia de los tribunales de los Estados UE, para evitar dentro de límites posibles, la multiplicidad de los criterios de competencia jurisdiccional relativos a la misma relación jurídica, potenciando así la tutela jurídica de las personas residentes en la Unión; por otra parte, que (ii) las disposiciones sobre las controversias relativas a los contratos de trabajo subordinado tienen, como objetivo específico, la tutela del trabajador dependiente en cualidad de parte débil. Partiendo de estas premisas, y ante las disposiciones del artículo 21 del Reglamento Bruselas I, que recalcan las del actual artículo 23 del Reglamento Bruselas I bis, el Tribunal ha deducido inmediatamente la falta de aplicabilidad a los casos sometidos a examen de las cláusulas de elección del foro a favor del juez irlandés contenidas en los contratos.

Por lo tanto, debiéndose aplicar, para determinar el juez competente, el artículo 19 del Reglamento, el Tribunal, de conformidad con la propia jurisprudencia, confirma la interpretación autónoma de la noción de lugar de prestación habitual de la actividad laboral”. Como había sucedido en relación al transporte marítimo y por carretera, se reitera que las correspondientes nociones contenidas en el sistema Bruselas y en el sistema Roma pueden interpretarse de forma análoga y complementaria, vista la asimilabilidad de los objetivos de uniformidad jurídica en el campo del derecho internacional privado. Ante esto y ante la jurisprudencia formada en la interpretación de las disposiciones sobre la ley aplicable a los contratos de trabajo, en ausencia de un centro efectivo de prestaciones profesionales prestadas en varios Estados miembros, el lugar de habitual prestación de la actividad laboral se debe considerar aquel *en el que o a partir del que* el trabajador cumple

la parte más importante de sus obligaciones<sup>33</sup>. De hecho, esta jurisprudencia ha sido posteriormente incorporada en el Reglamento Bruselas I bis, en el cual los colegisladores agregaron en el artículo 21, apdo. 1, letra b, las palabras “o, en su defecto, a partir del cual”, para permitir también la aplicación de la norma al personal que trabaja a bordo de aeronaves.

Volviendo a la jurisprudencia, el Tribunal, en el caso *Ryanair* ha especificado que, ante las dificultades interpretativas vinculadas a la determinación del lugar en el que una actividad laboral como la del personal de vuelo se deba considerar realizada habitualmente, el juez, cuando las prestaciones de trabajo se realicen en el territorio de varios Estados sin que sea posible individualizar un centro efectivo de las actividades profesionales del trabajador, debe considerar dicho título en el sentido de lugar *a partir del cual* dicha actividad se cumpla o se haya cumplido principalmente. Dicha necesidad se impone para garantizar la adecuada tutela al trabajador que para evitar la multiplicación de los foros competentes<sup>34</sup>.

La búsqueda, en concreto de dicho lugar, necesita emplear una serie de indicios ya recogidos en las sentencias *Koelzsch*<sup>35</sup> y *Voogsgeerd*<sup>36</sup> considerando precisamente las características de las relaciones de trabajo en el sector del transporte<sup>37</sup>. De forma particular se trata de establecer en qué Estado se encuentra el lugar (i) a partir del cual el trabajador efectúa sus misiones de transporte, (ii) donde regresa después de sus misiones, (iii) en el que recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo

---

33 As. C-37/00, *Weber*, ECLI:EU:C:2002:122, apdo. 49.

34 As. acumulados C-168/16 e C-169/16, cit., apdos. 58-60.

35 As. C-29/10, ECLI:EU:C:2011:15, apdo. 49.

36 As. C-384/10, cit., apdos. 38-41.

37 As. acumulados C-168/16 e C-169/16, cit., apdos. 61-63.

así como (iv) en el que se encuentran los instrumentos de trabajo. Además, en la hipótesis a las que se refieren las controversias principales, el Tribunal ha añadido que (v) también hay que tener en cuenta el lugar en el que se estacionan los aviones a bordo de los cuales se presta habitualmente la actividad.

Sin embargo, la destacada importancia que, en el proceso de interpretación autónoma de las nociones del Reglamento Bruselas I, asumen los objetivos perseguidos por este último impide comparar el lugar del habitual cumplimiento de la prestación laboral con nociones utilizadas por otros actos de derecho UE que no se han evidenciado por el mismo Reglamento ni persiguen sus mismos objetivos. De esto, a juicio del Tribunal, se produce la imposibilidad de hacer que coincida mecánicamente el lugar de la habitual prestación de la actividad laboral del personal de vuelo con el de la base de servicio definida en el anexo III del anteriormente citado Reglamento núm. 3922/1991. De hecho, dicho Reglamento no se destaca en Bruselas I y persigue objetivos distintos a los de este último, estando dirigido a armonizar reglas técnicas y procedimientos administrativos en el sector de la seguridad de la aviación civil. Ni semejante conclusión es revocable por dudas sobre el hecho de que la anteriormente vista noción de base de servicio se señale en el Reglamento núm. 883/2004, en materia de seguridad social. De hecho, también este último instrumento normativo persigue finalidades (de promoción de la libre circulación de las personas, para mejorar su nivel de vida y sus condiciones de ocupación) que no se pueden asimilar a las de Bruselas I<sup>38</sup>.

---

38 As. acumulados C-168/16 e C-169/16, cit., apdos. 65-68. Esta orientación del Tribunal de Justicia no es nuevo: en el as. C-533/07, *Falco*, ECLI:EU:C:2009:257, apdos. 34-35, en relación al concepto de “prestación de servicios” en el marco de la concesión de derechos de propiedad intelectual, ya se había establecido que “ningún elemento basado en la estructura o el sistema del Reglamento n. 44/2001 exige interpretar el concepto de «prestación de servicios» que figura



Sin embargo, la exclusión de la equiparación de las dos nociones no exime que la base de servicio sea importante para la investigación relativa al lugar de cumplimiento habitual de la prestación laboral de los asistentes de vuelo. De hecho, dicho elemento puede tener un papel significativo en la individualización de los indicios que permiten determinar de forma concreta el lugar a partir del cual los trabajadores realizan habitualmente su actividad, de conformidad con el criterio de jurisdicción a examen. Tanto, que la importancia de dicha base de servicio “solo desaparecería en el supuesto de que, considerando los elementos fácticos de cada caso, unas demandas como las examinadas en los asuntos principales presentasen unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar de trabajo distinto de esa «base»”<sup>39</sup>. En otras palabras, como en el presente asunto en relación al aeropuerto de Charleroi, si la base de servicio permite individuar el mismo lugar (Bélgica) al que conducen otros elementos fácticos a los que en hipótesis parecidas la jurisprudencia consolidada del Tribunal de la UE les da importancia (piénsese, por ejemplo, al lugar en el que el trabajador efectúa sus misiones de transporte, recibe las instrucciones relativas a dichas misiones, organiza el propio trabajo así como aquel en el que regresa después de los traslados), dicha noción se puede considerar particularmente idónea para disipar cualquier duda interpretativa presentándose como un indicio significativo para determinar el lugar en el que el trabajador realiza habitualmente la propia actividad.

---

en el artículo 5, punto 1, letra b), segundo guión, del citado Reglamento a la luz de las soluciones adoptadas por el Tribunal de Justicia en materia de libre prestación de servicios en el sentido del artículo 50 CE. Si en este ámbito se producen, en su caso, interpretaciones amplias del concepto de servicios, es por la voluntad de que el mayor número posible de actividades económicas que no estén comprendidas dentro del ámbito de la libre circulación de mercancías, de capitales o de personas, no eludan por ello la aplicación del Tratado CE”.

39 As. acumulados C-168/16 e C-169/16, *cit.*, apdos. 69-73.

La decisión se concluye con la aclaración de que el lugar de prestación habitual de la actividad laboral ni siquiera es comparable con la noción de nacionalidad de los aeromóviles, de conformidad con el artículo 17 del Convenio de Chicago de 1944, relativo a la aviación civil internacional. El Estado UE a partir del cual un miembro del equipaje de una compañía aérea realiza habitualmente la propia actividad laboral no puede hacerse coincidir con el territorio del Estado UE en el que los aeromóviles de dicha compañía tienen la nacionalidad. No es la primera vez que el Tribunal rechaza la consideración del Estado de bandera como elemento de conexión<sup>40</sup> para evitar que las compañías puedan recurrir a pabellones de conveniencia<sup>41</sup>.

Y, aún en el silencio de la sentencia, la nacionalidad del aeromóvil no parece ser importante – a diferencia de cuanto indicado a propósito de la base de servicio – ni como mero indicio para individuar el lugar de habitual cumplimiento de la actividad laboral del asistente de vuelo.

## **5. CONSIDERACIONES FINALES: EL ALCANCE DEL FALLO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y PERSPECTIVAS FUTURAS**

Aún encontrándose rigurosamente dentro de los límites impuestos, por una parte, por la petición prejudicial y, por otra parte, por la propia jurisprudencia consolidada en tema de contratos individuales de trabajo en el ámbito del sector de

---

40 As. C-18/02, *DFDS Torline*, ECLI:EU:C:2004:74.

41 V. también SIA, A.L.M., “Dagli *Open Skies* ai «*Fair Skies*»: questioni emergenti nel mercato del trasporto aereo liberalizzato”, en PUETZ, A., PETIT LAVALL, M.<sup>a</sup>V. (Dir.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 653-669, p. 661.

los transportes, con la decisión que se analiza el Tribunal de Justicia ofrece un útil punto de referencia para la aplicación de la disposición sobre la competencia jurisdiccional a la que hoy se refiere el artículo 21 del Reglamento Bruselas I bis en materia de controversias de trabajo surgidas en el ámbito del transporte aéreo.

De la pronunciación examinada trascienden una serie de conclusiones. En primer lugar y de forma evidente, la definición autónoma del significado y de la capacidad de las nociones utilizadas por las disposiciones del Reglamento Bruselas I bis no puede apoyarse en la extensión mecánica y automática a estas de los resultados hermenéuticos que la jurisprudencia comunitaria ya ha alcanzado en relación a nociones, aún aparentemente correspondientes, de los demás actos de la UE. Nociones análogas contenidas en reglamentos adoptados en ámbitos y para finalidades diferentes entre ellas no pueden considerarse equivalentes por el juez nacional. Una conclusión similar también deriva de la lectura pacífica de los propios precedentes, según los cuales la interpretación de las disposiciones de un reglamento o de una directiva se deben producir necesariamente considerando el contexto y los objetivos del acto al que pertenece dicha disposición<sup>42</sup>.

Aunque en la sentencia analizada los reglamentos que se consideraban afectaban a ámbitos muy diferentes entre ellos, la misma conclusión podría valer también entre actos de derecho internacional privado, cuando, en los singulos actos, nociones, aún aparentemente idénticas o análogas, tengan objetivos diferentes según formen parte de la disciplina uniforme sobre la

---

42 As. C-617/15, *Hummel Holding*, ECLI:EU:C:2017:390, apdos. 25-27, relativo a la competencia judicial internacional en una acción por violación de marca UE.

jurisdicción o sobre la ley aplicable<sup>43</sup>. De aquí, por lo tanto, la confirmación de que la condición imprescindible para que los resultados hermenéuticos relativos a los Reglamentos Roma I o a Roma II puedan contribuir a la interpretación autónoma de las nociones, idénticas o análogas, recogidas en el actual Reglamento Bruselas I bis es que se refieran a disposiciones con finalidades coincidentes, o en cualquier caso asimilables, a las propias de la disciplina uniforme sobre la jurisdicción.

En segundo lugar, habiendo reconocido, en el caso específico, la asimilación de los objetivos que constituyen la base de las correspondientes nociones contenidas en los Reglamentos Bruselas I y Roma I, los criterios interpretativos del lugar de trabajo habitual en la ejecución de la peculiar prestación laboral a bordo de aeromóviles facilitados para determinar el foro competente podrían también utilizarse para individuar la ley laboral aplicable a dichos contratos. En materia de seguridad social, por su parte, el Reglamento núm. 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social establece normas para proteger los derechos de los trabajadores en materia de seguridad social que se desplazan dentro de Europa. Como norma, las personas

---

43 Por un ejemplo, as. C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos donde la noción de lugar del hecho causal en el entonces artículo 5, núm. 3, del Reglamento Bruselas I ha sido interpretada de forma diferente al artículo 4, apdo. 2, del Reglamento Roma II: “si bien se deduce ciertamente del considerando 7 del Reglamento n° 864/2007 que el legislador de la Unión pretendió garantizar la coherencia entre, por una parte, el Reglamento n° 44/2001, y, por otra, el ámbito de aplicación material y las disposiciones del Reglamento n° 864/2007, de ello no se desprende, no obstante, que las disposiciones del Reglamento n° 44/2001 deban, por lo tanto, interpretarse a la luz de las del Reglamento n° 864/2007. En ningún caso la congruencia pretendida puede llevar a interpretar las disposiciones del Reglamento n° 44/2001 de una manera ajena al sistema y a los objetivos de éste” (apdo. 20). *Amplius*, Tuo, C., “La nozione di «luogo di abituale svolgimento dell’attività lavorativa» ancora al vaglio della Corte di giustizia UE: il caso degli assistenti di volo”, *Il Diritto marittimo*, 2018, núm. 2, pp. 402-421.

están sujetas a la legislación de un solo Estado miembro y, en el caso específico de las tripulaciones de vuelo, la ley aplicable es la legislación del Estado miembro donde se ubica la base operativa del personal de vuelo. La introducción de este factor de conexión ha contribuido a proporcionar una mayor seguridad jurídica con respecto a la cobertura de seguridad social de las tripulaciones de vuelo y también a evitar el llamado *social security shopping*.

Por lo que respecta a los aspectos vinculados al derecho aplicable a la relación laboral y en gran parte definidos por las legislaciones nacionales, la extensión de la sentencia examinada podría contribuir a una mayor uniformidad entre los tribunales de los Estados miembros, así como a una mayor tutela del trabajador. Está claro que esta operación se debería realizar en el respeto del artículo 8, párr. 1 y 4, y del artículo 9 del Reglamento Roma I. Ello implica que, sin perjuicio de las normas de policía del foro, la aplicación de la ley social del lugar en el cual o desde el cual el miembro del personal de vuelo presta habitualmente la propia prestación, individuada gracias a los indicios facilitados por la sentencia *Ryanair*, estaría subordinada a la ausencia de una elección legal o de vínculos más estrechos que los del contrato, basándose en el conjunto de circunstancias presentes en un país distinto<sup>44</sup>. Además, la extensión de la jurisprudencia *Ryanair* a la

---

44 Véase VAQUERO LÓPEZ, C., “La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional”, *La Ley Unión Europea*, núm. 54, diciembre 2017, que confirma que este principio de proximidad no tiene que ser interpretado de forma demasiado rígida, sin ninguna consideración material, tal y como ha sucedido en el ámbito de la determinación de la ley aplicable a los contratos de trabajo. ecuerta el asunto C-64/12, *Schlecker*, donde se propuso una interpretación flexible de la cláusula de excepción del artículo 6 (artículo del Reglamento Roma I), por la que “se permite descartar la conexión del lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo cuando el contrato presente un vínculo más estrecho con otro país; una interpretación que puede llevar a la aplicación generalizada de la ley del lugar donde se ubica la parte que realiza la prestación no característica del contrato (el empresario)”. No tienen en cuenta estos aspectos

determinación de la ley aplicable podría evitar también el recurso al artículo 8, pár. 3, del Reglamento Roma I que establece que, cuando no pueda determinarse la ley aplicable, en virtud del apartado 2, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. En el caso del transporte aéreo *low cost* esta previsión llevaría, en la mayoría de los casos, a la aplicación de la ley irlandesa, no particularmente favorable para el trabajador.

En conclusión, la interpretación del Tribunal de Justicia y la valorización de la base como elemento particularmente significativo para identificar el lugar desde el que las tripulaciones de vuelo prestan habitualmente sus servicios permiten individuar el auténtico centro de gravedad de la relación de trabajo y, como obsequio a las configuraciones fácticas que el Tribunal hace suyas en el campo del derecho internacional privado, permite al trabajador que se encontrase implicado en una controversia con elementos transfronterizos, de radicar la causa y ver aplicada la ley del lugar en el que tiene una relación más estrecha<sup>45</sup>. Al mismo

---

quienes desean que la base de operaciones se convierta, como en el caso de la seguridad social, en el único criterio de conexión también para identificar la disciplina laboral aplicable: SCIARRA, S., *op cit.*, nota 31, p. 20. Sin embargo, en punto de jurisdicción, cabe señalar también que el sistema Bruselas no conoce el título vinculado al *forum (non) conveniens*, por lo que la utilización de indicios fácticos debería llevar el tribunal a declinar su jurisdicción sólo si los elementos requeridos por el Tribunal de Justicia para identificar el lugar donde el empleado desempeña habitualmente su trabajo no se encuentran en su propio territorio, y no porque (sólo) el contrato pueda tener una conexión más estrecha con otro Estado.

45 El uso de elementos de hecho para llenar de contenido un título de jurisdicción no es una operación nueva del Tribunal de Justicia; basta pensar en el artículo 8 del Reglamento Bruselas II bis (Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000) y en la la noción de residencia habitual del niño contenida en ello. Véanse, *ex plurimis*, BEAUMONT, P., HOLLIDAY, J., "Recent Developments on the Meaning of 'Habitual

tiempo, sin embargo, la falta de automatismo en la equiparación entre la noción de base de servicio y la de lugar a partir del cual la prestación laboral se presta habitualmente responde también a una tutela de la parte débil ya que, incluso cuando las compañías impongan a los trabajadores bases de servicio convenientes a si mismas o ideen cualquier nueva estratagema para modificar contractualmente las distintas *home bases* de los trabajadores, estas serían en cualquier caso un indicio, significativo pero no el único elemento a considerar. De hecho, se obliga non solo a tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador, sino también a evitar que un concepto, como el lugar en el que o a partir del cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo, se vea instrumentalizado o contribuya a la práctica de estrategias de elusión de obligaciones a través del falseamiento de las bases operativas. Esta falta de automatismo también permite, como lo exige el método circunstancial, evaluar las circunstancias del caso concreto y, sobre todo en el caso de operaciones reales tanto a bordo de la aeronave, tener en cuenta las más significativas<sup>46</sup>.

Ahora será interesante verificar si y qué impacto podrá tener el *Ryanair* en los juicios internos. A nivel italiano, en una controversia muy parecida, constituía un importante precedente

---

Residence””, *Aberdeen Centre for PIL Working Paper*, núm. 2015/3 (2016), disponible en la página web [https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent\\_Developments\\_on\\_the\\_Meaning\\_of\\_Habitual\\_Residence\\_in\\_Alleged\\_Child\\_Abduction\\_Cases\\_.pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_Developments_on_the_Meaning_of_Habitual_Residence_in_Alleged_Child_Abduction_Cases_.pdf); KRUGER, T., “Habitual Residence: The Factors that Courts Consider”, en BEAUMONT, P., DANOV, M., TRIMMINGS, K., YÜKSEL, B., *Cross-Border Litigation in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 741-754; LIMANTE, A., KUNDA, I., “Jurisdiction in Parental Responsibility Matters, in HONORATI, C. (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility on International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels IIa Regulation in National Courts*, Torino-Frankfurt, Giappichelli-Peter Lang, 2018, pp. 64-91; BIAGIONI, G., “Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility Between Legal Certainty and Children’s Fundamental Rights”, *European Papers*, 2019, núm. 1, pp. 285-295, [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu).

46 JUÁREZ PÉREZ, P., *loc. cit.*, nota 11, p. 406.

una orden del Tribunal Supremo en Salas conjuntas que había excluido la competencia del juez italiano, considerando demasiado tenue la conexión con el territorio italiano consistente en el solo lugar (el aeropuerto de Fiumicino) a partir del cual el trabajador solía prestar las propias prestaciones. Sin embargo, en aquella ocasión habían parecido decisivas para la atribución de la competencia las circunstancias según las cuales la compañía aérea no tenía sucursales en Italia y estaba domiciliada en Bélgica, país de bandera también de los aeromóviles en los que el trabajador había embarcado<sup>47</sup>. Incluso antes de emanar la sentencia *Ryanair*, algunos tribunales italianos de primera instancia, para establecer la jurisdicción internacional, considerando irrelevante la nacionalidad del aeromóvil y aún sin realizar una investigación sobre la subsistencia de los indicios elaborados por la jurisprudencia *Weber*, *Koelzsch* y *Voogsgeerd* en materia de trabajo itinerante (aún en sectores distintos a los del transporte aéreo), le habían dado importancia al lugar desde el cual se presta habitualmente la propia actividad, considerando la modificación aportada en dicho sentido por el artículo 21 del Reglamento Bruselas I bis respecto al artículo 19 del Reglamento Bruselas I<sup>48</sup>.

Como última consideración conclusiva se subraya que, a diferencia de las compañías de línea, en las compañías *low cost*, como se puede ver en el caso *Ryanair*, es más difuso el empleo a través de intermediarios, incluidas empresas de trabajo temporal<sup>49</sup>.

---

47 Corte di Cassazione (sez. un.), auto núm. 9517 de 29 de abril de 2011, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 186.

48 Tribunale de Roma, auto núm. 13018 de 7 de febrero de 2017, comentada por VASCELLO, N., “Giurisdizione e legge applicabile al rapporto di lavoro del personale impiegato a bordo di aeromobili tra nazionalità dell’aeromobile e base di servizio”, *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, núm. 2, pp. 629-637. Sin embargo, a efectos del derecho aplicable, el Tribunal de Primera Instancia ha dado importancia a la nacionalidad de la aeronave.

49 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia de aviación



Aunque si dicha cuestión no ha sido tratada concretamente por el Tribunal de Justicia, la jurisprudencia *Ryanair* permitiría hacer valer, incluso en dichos casos, el lugar de prestación habitual de la actividad laboral para establecer la jurisdicción. En relación a la disciplina aplicable, es fácil imaginar cómo algunas de estas formas de empleo pueden afectar negativamente a las condiciones de empleo y de trabajo de las tripulaciones de vuelo o dar como resultado la elusión de la legislación laboral aplicable por parte de algunas compañías aéreas, como también en la elusión de la normativa europea sobre el desplazamiento de trabajadores para desplazar a trabajadores con contratos menos remunerados a países con un mayor coste de vida. En este sentido, son importantes las modificaciones recientes a la Directiva núm. 96/71, en materia de desplazamiento de trabajadores, introducidas por la Directiva núm. 2018/957<sup>50</sup>. Una serie importante de modificaciones prevé ampliar el principio de igualdad de trato a los trabajadores desplazados cedidos por empresas de trabajo temporal o por agencias de colocación continuando a mantener la posibilidad de que los Estados miembros de acogida decidan aplicar, además, otros términos y condiciones de empleo que se aplican a los

---

para Europa: mantener y promover los altos niveles sociales, COM(2019) 120 final del primer de marzo de 2019, apdo. 4.2.2. *Amplius*, RODRÍGUEZ ROMERO, R.M., “Trabajadores aéreos en el ámbito comunitario y su protección frente al dumping social intracomunitario (a propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, caso Nogueira)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 47, 2017, pp. 351-377, p. 365.

- 50 Directiva (UE) 2018/957 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Sobre la Directiva núm. 2018/957 véanse ALLAMPRESE, A., BORELLI, S.; ORLANDINI, G., “La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori”, *Rivista giuridica di Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, 2019, I, núm. 1, pp. 133-146; MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., “La ley aplicable a los trabajadores desplazados en el RRI y la Directiva 2018/957/CE: la libre prestación de servicios vs. protección de los trabajadores en Europa”, en esta obra.

trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en ese Estado. Además, la Directiva de 2018 añade un nuevo párrafo al artículo 1.3 de la Directiva núm. 96/71, en virtud de la cual, en el caso de la entrega de un trabajador a una empresa usuaria establecida en un Estado miembro distinto de aquél en el que está establecida la agencia usuaria, la propia empresa usuaria puede, a su vez, tras informar a la agencia, destinar al trabajador entregado a otro Estado miembro en el contexto de una prestación de servicios transnacional; en tal caso, “se considerará que el trabajador ha desplazado a dicho territorio del Estado miembro por la empresa de trabajo temporal o por la agencia de colocación con la que el trabajador tiene una relación laboral”. La disposición tiene por objeto regular el denominado “desplazamiento en cadena”, evitando que se utilice para eludir las disposiciones de la Directiva núm. 96/71: el desplazamiento en cadena, de hecho, no entraría en el ámbito de aplicación de esta última Directiva, ya que la relación laboral se establece con la agencia de suministro, mientras que la prestación de servicios tiene lugar entre el usuario y un tercero. Sin embargo, al regular el desplazamiento en cadena, la Directiva de 2018 termina por formalizar esta forma de desplazamiento y, en el caso del personal de vuelo, caracterizado por una gran movilidad, podría ser una intervención útil para promover la protección efectiva de esos trabajadores. Además, en estos casos, el artículo 6 de la Directiva sobre el desplazamiento, que no se ha modificado, prevé un título de competencia adicional, según el cual se puede entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador,

De las consideraciones anteriores se desprende que las normas de derecho internacional privado, y más concretamente el alcance de la labor hermenéutica promovida por el Tribunal de Justicia, pueden ser un instrumento útil para proteger a los

trabajadores, especialmente en los casos en que, debido a las persistentes y a menudo considerables diferencias entre las legislaciones laborales y de seguridad social de los Estados miembros, las empresas, como las compañías aéreas en el presente caso, deciden ubicar su sede en Estados cuyos sistemas son menos protectores de las partes contratantes más débiles. El mismo método circunstancial confirmado (y especificado) en el caso *Ryanair*, aunque no sea innovador, permite no sólo identificar el foro con el vínculo más fuerte y veraz con el desempeño del trabajo, sino también, al calificar la base de servicio como la pista más significativa pero no exclusiva a la que referirse, potenciar otros elementos que en ciertos casos específicos pueden ser más relevantes a los efectos de identificar el Estado miembro en el que la tripulación de vuelo desempeña habitualmente sus funciones. Corresponderá a los tribunales nacionales, llamados a aplicar las normas de la Unión Europea en el caso concreto, hacer uso de los ámbitos de discreción dejados por el fallo del Tribunal de Justicia teniendo en cuenta la finalidad que subyace a las normas de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I, es decir, la plena protección de la parte más vulnerable de la relación contractual.

## 6. BIBLIOGRAFÍA FINAL

ADINOLFI, A., “Art. 68”, in POCAR, F. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, CEDAM, 2002, pp. 315-320.

ALLAMPRESE, A., BORELLI, S.; ORLANDINI, G., “La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori”, *Rivista giuridica di Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, 2019, I, núm. 1, pp. 133-146.

BARENTS, R., “Some observations on Treaty of Amsterdam”, *Maastricht Journal*, 1997, pp. 332-345.

BARIATTI, S., “La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell’Unione europea al Titolo IV del Trattato CE”, *Il Diritto dell’Unione europea*, 2001, pp. 261-310.

BEAUMONT, P., HOLLIDAY, J., “Recent Developments on the Meaning of ‘Habitual Residence’”, *Aberdeen Centre for PIL Working Paper*, núm. 2015/3 (2016), [https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent\\_Developments\\_on\\_the\\_Meaning\\_of\\_Habitual\\_Residence\\_in\\_Alleged\\_Child\\_Abduction\\_Cases\\_.pdf](https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_Developments_on_the_Meaning_of_Habitual_Residence_in_Alleged_Child_Abduction_Cases_.pdf).

BIAGIONI, G., “Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility Between Legal Certainty and Children’s Fundamental Rights”, *European Papers*, 2019, núm. 1, pp. 285-295, [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu).

CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contrato internacional de trabajo”, en CALVO CARAVACA, A-L., CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), J., *Tratado de Derecho Internacional Privado*, tomo III, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 3365-3376, pp. 3378-3401 e pp. 3402-3405.

CARBALLO PIÑEIRO, L., “Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 15 de diciembre de 2011, asunto C-384/10, Jan Voogsgeerd c. Navimer S.A.”, *REDI*, vol. 64, 2012, núm. 2, pp. 242-245.

CREATON, S., *Ryanair. Il prezzo del low-cost*, Milán, Egea, 2008.

DEIANA, M., “Conseguenze sistemiche sul contratto di trasporto delle “cattive” pratiche dei *low cost carriers*”, en DEIANA, M. (a cura di), *Profili giuridici del trasporto aereo low cost*, Cagliari, Edizioni AV, 2013, pp. 13-31.

DIVERIO, D., “Dalla Corte di giustizia un’importante precisazione sulla giurisdizione nelle controversie di lavoro relative al personale di cabina”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2017, II, núm. 4, pp. 872-877.

ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G., “Articles 20 to 23”, en U. MAGNUS, U., MANKOWSKI, P. (eds), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Colonia, Sellier, 2016-2017, pp. 534-558.

FRATEA, C., “Mobilità nell’impiego e diritti dei lavoratori: riflessioni tra cooperazione in materia civile e relazioni esterne dell’Unione europea”, *Freedom, Security and Justice. European Legal Studies*, 2017, núm. 1, pp. 45-66.

GAROFALO, L., “Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l’art. 68 del Trattato CE”, *Il Diritto dell’Unione europea*, 2000, pp. 805-819.

HARVEY, G., TURNBULL, P., “Ricardo flies Ryanair: Strategic human resource management and competitive advantage in a Single European Aviation Market”, *Human Resources Management Journal*, 2020, pp. 1-13.

HESS, B., PFEIFFER, T., SCHLOSSER P., *The Brussels I Regulation 44/2001 Application and Enforcement in the EU*, Monaco-Oxford, Beck-Hart Publishing, 2008.

JORENS, Y., GILLIS, D., VALCKE, L., DE CONINCK, J., *Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector*, European Social Dialogue, European Commission, 2015, [https://www.eurocockpit.be/sites/default/files/report\\_atypical\\_employment\\_in\\_aviation\\_15\\_0212\\_f.pdf](https://www.eurocockpit.be/sites/default/files/report_atypical_employment_in_aviation_15_0212_f.pdf).

JUÁREZ PÉREZ, P., “El conflicto de Ryanair: una lectura desde el derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, 2019, núm. 1, pp. 372-407, p. 374.

KRUGER, T., “Habitual Residence: The Factors that Courts Consider”, en BEAUMONT, P., DANOV, M., TRIMMINGS, K., YÜKSEL, B., *Cross-Border Litigation in Europe*, Oxford, Hart Publishing, 2017, pp. 741-754.

LIMANTE, A., KUNDA, I., “Jurisdiction in Parental Responsibility Matters, in HONORATI, C. (ed.), *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility on International Abduction. A Handbook on the Application of Brussels Iia Regulation in National Courts*, Torino-Frankfurt, Giappichelli-Peter Lang, 2018, pp. 64-91.

LLOBERA VILA, M., “L’articolo 8 del Regolamento Roma I, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, alla luce delle sentenze *Koelzsch*, *Voogsgeerd* e *Schlecker*”, *Diritto delle relazioni industriali*, 2016, núm. 2, pp. 615-626.

O’CONNELL, J.F., WILLIAMS, G., “Passengers’ perceptions of low cost airlines and full service carriers: A case study involving Ryanair, Aer Lingus, Air Asia and Malaysia Airlines”, *Journal of Air Transport Management*, vol. 11, 2005, núm. 4, pp. 259–272.

MALIGHETTI, P., PALEARI, S., REDONDI, R., “Pricing strategies of low-cost airlines: The Ryanair case study”, *Journal of Air Transport Management*, vol. 15, 2009, núm. 4, pp. 195-203.

MERRETT, L. “Jurisdiction over Individual Contracts of Employment”, en DICKINSON, A., LEIN E. (eds), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 239-253.

MORENO-IZQUIERDO, L., RAMÓN-RODRÍGUEZ, A.B., PERLES-RIBES, J.F., “Pricing strategies of the European low-cost carriers explained using Porter’s Five Forces Model”, *Tourism Economics*, vol. 22, 2016, núm. 2, pp. 293–310.

MOSCONI, F., CAMPIGLIO, C., *Diritto internazionale privato e processuale. Volume I, Parte generale e obbligazioni*, Milano-Padova, 9ª ed., Wolters Kluwer Italia, 2020.

PRUNEDDU, G., *Le compagnie low cost tra disciplina dei servizi aerei e tutela dell’utente*, Roma, Aracne, 2017.

RODRÍGUEZ ROMERO, R.M., “Trabajadores aéreos en el ámbito comunitario y su protección frente al dumping social intracomunitario (a propósito de la STJUE de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, caso Nogueira)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 47, 2017, pp. 351-377.

SALERNO, F., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Milano-Padova, 4ª ed., Wolters Kluwer Italia, 2015.

SCIARRA, S., *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

SIA, A.L.M., “Dagli *Open Skies* ai «*Fair Skies*»: questioni emergenti nel mercato del trasporto aereo liberalizzato”, in PUETZ, A., PETIT LAVALL, M<sup>a</sup>.V. (Dir.), *La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 653-669.

SIA, A.L.M., “Sul tema della giurisdizione nei contratti individuali di lavoro. Il caso degli assistenti di volo”, *Diritto dei trasporti*, 2019, núm. 1, pp. 55-66.

SORO, P., *L'affair Ryanair*, [www.paolosoro.it](http://www.paolosoro.it).

STONE, P., *Private International Law in the European Union*, Cheltenham, Elgar, 2018.

TROVÒ, L., “I servizi aerei”, in LOBIANCO, R. (a cura di), *Compendio di Diritto aeronautico*, Milán, Giuffrè, 2009, pp. 123-148.

TUO, C., “La nozione di «luogo di abituale svolgimento dell’attività lavorativa» ancora al vaglio della Corte di giustizia UE: il caso degli assistenti di volo”, *Il Diritto marittimo*, 2018, núm. 2, pp. 402-421.

VASCHELLO, N., “Giurisdizione e legge applicabile al rapporto di lavoro del personale impiegato a bordo di aeromobili tra nazionalità dell’aeromobile e base di servizio”, *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, núm. 2, pp. 629-637.

VAQUERO LÓPEZ, C., “La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional”, *La Ley Unión Europea*, núm. 54, diciembre 2017.

ZOURNATZI, C., “La disciplina dei regolamenti (CE) n. 593 del 2008 (Roma I) e (CE) n. 864/2007 (Roma II) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali nei contratti di trasporto e nel diritto della navigazione”, *Il Diritto marittimo*, 2018, núm. 1, pp. 260-277.



# **COMUNICACIONES**

# **NORMAS IMPERATIVAS ESPAÑOLAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE ALOJAMIENTO DE VIVIENDA DE USO TURÍSTICO EN LA ECONOMÍA “COLABORATIVA” DE PLATAFORMAS DIGITALES\***

*MARIA FONT-MAS*

PROFESORA AGREGADA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE ALOJAMIENTO. 2. LAS RELACIONES CONTRACTUALES DERIVADAS DE LA GESTIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE ALOJAMIENTO: ANFITRIÓN-HUÉSPED. 3. FORO EXCLUSIVO. 4. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE. 5. NORMAS IMPERATIVAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE. 5.1. Normas imperativas españolas en los contratos de arrendamiento de vivienda de uso turístico. 5.2. Límite a las responsabilidades de los servicios de las plataformas digitales de alojamiento. 6. CONSIDERACIONES FINALES: ACTUALIZACIÓN DE LA EUROPA DIGITAL COMO UNA OPORTUNIDAD PARA INTRODUCIR LOS ODS. 7. BIBLIOGRAFÍA

\* El presente trabajo ha sido posible gracias a la participación de la autora en el Proyecto “Vivienda Colaborativa” del MINECO 2017 (Ref. DER2017-84726-C3-1-P) dirigido por: Dr. S. Nasarre Aznar (URV).

## 1. INTRODUCCIÓN: LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE ALOJAMIENTO

De la distinta tipología de plataformas digitales que coexisten (compraventa en línea, redes sociales, noticias, etc.) nuestro estudio se focaliza en las denominadas plataformas de economía colaborativa (*collaborative economy platforms*), a pesar de no ajustarse este término a la realidad actual que ha evolucionado hacia la “economía de plataforma” (*platform economy*)<sup>1</sup>. En concreto, nos centramos en las plataformas digitales de alojamiento que contienen anuncios, en su mayoría, de habitación o vivienda, que se ofrecen generalmente con fines turísticos. Característica esencial de la intermediación de una plataforma digital es el uso de Internet y herramientas digitales que posibilitan el acceso y conocimiento de los alojamientos disponibles desde cualquier lugar (para ello no es necesaria una plataforma digital) que permite conectar de manera remota a personas de diferentes países<sup>2</sup> (esta es una de las diferencias esenciales con los sistemas tradicionales

- 
- 1 De la amalgama de denominaciones que recibe la economía colaborativa, ninguna cubre la totalidad de supuestos que engloba este nuevo sector. Nos decantaríamos por “economía de plataforma” ya que concebimos y focalizamos este fenómeno en el instrumento vehicular de intermediación, la plataforma digital. A pesar de estas consideraciones, utilizamos “economía colaborativa” por ser uno de los conceptos más extendidos y por ser el utilizado por las instituciones de la Unión Europea, aunque hay voces discordantes en seno europeo, como el ponente de opinión, J. Schuster de la Comisión de empleo y asuntos sociales, que, en el Informe sobre una agenda europea para la economía colaborativa, del Parlamento Europeo, A8-0195/2017, p. 23, observa que el uso del término “economía de las plataformas” parece ser la descripción más objetiva, y pide a la Comisión que garantice el empleo de terminología coherente. FONT-MAS, M., “Plataformas de capital versus plataformas sociales en la economía colaborativa: punto de vista jurídico internacional”, *Working paper Ciriec International*, Bélgica, núm. 12, 2018, pp. 5-6, 9, <http://www.ciriec.uliege.be/wp-content/uploads/2019/02/WP2018-12.pdf>. [consulta: octubre 2020]
  - 2 Los anuncios de *Airbnb* lo destacan con el siguiente eslogan: “vayas donde vayas, tenemos un alojamiento para ti”. <https://www.airbnb.es/d/howairbnbworks>. [consulta: octubre 2020].

preexistentes). Además, también es característico de la economía de plataforma digital que los costes de transacción son más reducidos, de modo que abarata el coste final del alojamiento, resultando más económico la reserva de una vivienda particular que una habitación de hotel o un apartamento turístico<sup>3</sup>.

Entre las plataformas digitales que destacan en este sector figuran: *Airbnb*, *HomeAway*, *Nestpick*, *Wimdu*, *Flipkey* y *Homestay*, entre otras. El objeto que gestionan dichas plataformas digitales recibe gran cantidad de denominaciones, tales como: alojamiento turístico, vivienda de uso turístico, hogar compartido, transacción inmobiliaria, alojamiento de corta duración, alquiler turístico de viviendas de uso residencial, etc. Esta pluralidad de términos lleva implícito el contenido u objeto de la relación subyacente (alquiler o cesión de inmueble) que efectivamente llevan a término los usuarios de la plataforma digital entre ellos, siendo consecuencia directa los posibles subsiguientes problemas de calificación en ámbito de Derecho internacional privado (DIPr), asimismo, en Derecho interregional o interterritorial español<sup>4</sup>.

El objetivo de las plataformas digitales de este sector es ofrecer un tipo de alojamiento, mayoritariamente, con finalidades turísticas de vivienda o habitación en una vivienda de particulares<sup>5</sup>.

---

3 En las grandes ciudades europeas es más económico alojarse en una habitación o vivienda ofrecida a través de *Airbnb* (p.ej. Londres, Ámsterdam, Viena) que, en un hotel, aunque no siempre es así, la excepción es la ciudad de Barcelona. Véase los mapas comparativos en *Busbud* “Comparing Airbnb and Hotel Rates Around the Globe”: <https://www.busbud.com/blog/airbnb-vs-hotel-rates/>. [consulta: octubre 2020].

4 Véase, MARTÍNEZ NADAL, A., “Sobre el cambiante y divergente concepto de alquiler turístico en el Derecho español”, *Diario La Ley*, núm. 9712, 8.10.2020. Concluye que, en el Derecho español, el concepto de alquiler turístico es evolutivo, temporalmente cambiante, territorialmente divergente, y que, desde el punto de vista jurídico, es un concepto confuso e indefinido.

5 Sin embargo, hoy en día también se ofrecen espacios únicos (no estrictamente viviendas o inmuebles), como son: caravanas, cabañas, yates, y, recientemente,

Un usuario de la plataforma, el turista o arrendatario, que alguna plataforma denomina “huésped”, es recibido por el otro usuario de la plataforma, el particular que es propietario o habitante de la vivienda y arrendador, que es denominado por alguna plataforma como “anfitrión”. Esta relación entre particulares es una de las características de la economía colaborativa (*peer to peer*)<sup>6</sup>, que en el sector del alojamiento es un factor clave de su éxito, ya que el huésped conoce autóctonos de la localidad donde pasa las vacaciones<sup>7</sup>, aunque en la práctica no tiene porque ser así<sup>8</sup>.

---

habitaciones de hoteles. Asimismo, existen plataformas que anuncian “experiencias” que ofrecen los anfitriones. Esta variedad en el objeto dificulta la calificación posterior en un solo tipo de relación contractual subsidiaria.

- 6 El origen del alojamiento en la economía colaborativa o *sharing economy* era ofrecer alojamiento en hogares de particulares o viviendas de particulares que estaban vacías. Entre los principios de la economía colaborativa figuran: compartir y optimizar recursos en desuso que es uno de los fundamentos del ecologismo y consumo responsable, de modo que la relación entre los usuarios de la plataforma sería entre particulares, lo que se conoce en inglés *peer to peer (p2p)*. A pesar de ello, este sector ha evolucionado rápidamente, y ya existen empresas mercantiles que ponen a disposición alojamientos, de modo que el “anfitrión” ya no es un particular, y la relación jurídica ya no sería entre particulares (*p2p*) sino (*b2c*). FONT-MAS, M., *loc. cit.*, nota 1, pp. 6-7.
- 7 Los anuncios de *Airbnb* van en esta línea: “Detrás de cada alojamiento se encuentra un anfitrión, una persona de carne y hueso que te proporciona la información necesaria para facilitarte la llegada y hacer que te sientas como en casa.” <https://www.airbnb.es/d/howairbnbworks>. [consulta: octubre 2020].
- 8 La oferta, como advertíamos, ha variado mucho en las plataformas digitales y actualmente el anfitrión también puede ser una empresa gestora, o estar la habitación en un hospedaje profesional como es un hotel. Algunos datos: de los alojamientos que se ofrecen en Catalunya a través de *Airbnb* (32.350), solo el 35% de los anuncios corresponden al modelo “puro” entre iguales o colaborativo; es decir, el 65% de los alojamientos ofertados en *Airbnb* situados en Catalunya son “multihosting” (un solo anfitrión tiene varios anuncios), la mayoría agentes profesionales. MORALES-PÉREZ, S., GARAY-TAMAJÓN, LL., TROYANO-GONTÁ, X., “Beyond the big touristic city: nature and distribution of Airbnb in regional destinations in Catalonia (Spain)”, *Current Issues in Tourism*, June, 2020. <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13683500.2020.1780201>. [consulta: octubre 2020].

## 2. LAS RELACIONES CONTRACTUALES DERIVADAS DE LA GESTIÓN DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE ALOJAMIENTO: ANFITRIÓN-HUÉSPED

Las relaciones contractuales derivadas de la gestión de las plataformas digitales de alojamiento son triangulares debido a la intervención de: la plataforma digital, el anfitrión (propietario de la vivienda o quien la pone a disposición a través de un anuncio en la plataforma digital) y el huésped (que es el turista o particular que accede a los anuncios y se pone en contacto con el anfitrión). Estos dos últimos, anfitrión y huésped, son los usuarios de la plataforma digital. Por su parte, la relación de la plataforma con los usuarios (anfitrión y huésped) es distinta, sin ánimo de profundizar, en general se determina que, por un lado, la relación entre la plataforma digital y el anfitrión puede considerarse como un contrato de corretaje y, por otro lado, que la relación entre la plataforma digital y el huésped es de servicio. Esta última, cuando el huésped es una persona física que utiliza el servicio para fines particulares y no es un fin profesional, sitúa el huésped como consumidor<sup>9</sup>.

Nuestro estudio se centra en la relación existente entre los dos usuarios de la plataforma (anfitrión y huésped), los cuáles ejecutan la relación contractual subyacente de alojamiento. Las controversias que pueden surgir en este ámbito del contrato de arrendamiento pueden ser, *inter alia*, sobre la falta de conformidad

---

9 AÑOVEROS TERRADAS, B., “Economía colaborativa y normas de Derecho Internacional Privado Europeo de protección del consumidor”, ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant lo blanch, València, 2019, pp. 209-236; CANALES GUTIÉRREZ, S., “Protección del huésped como consumidor a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I”, MUNAR, P., MARTOS, M.A., LÓPEZ, R., BASTANTE, V., *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 631- 641.

con las condiciones del inmueble, el resarcimiento por daños causados en el inmueble o las no disponibilidad del inmueble a la llegada del huésped. Pero también, por la falta de licencia administrativa por parte del alojamiento ofertado, factor este, que es más discutible si es responsabilidad solo del anfitrión o también de la plataforma que permite la oferta mediante anuncio en su web.

Esta cesión de uso del alojamiento, cuando presenta un elemento internacional, puede suscitar controversias contractuales (y extracontractuales), y en caso de que ocasione un litigio transnacional por vía judicial, conlleva la necesidad de determinar el tribunal internacionalmente competente, así como la ley sustantiva que fundamentará la decisión. En atención a ello, el paso previo es calificar la relación jurídica entre anfitrión y huésped, y es común, aunque aparecen voces discordantes, calificarla como un contrato de arrendamiento y, en concreto, de arrendamiento de inmueble, aunque ciertamente no cubre todos los tipos de alojamiento que se ofertan en las plataformas digitales.

Limitado el objeto del litigio internacional a un arrendamiento de inmueble, aplicaremos las normas de Derecho internacional privado de origen europeo de encontrarse dicho inmueble en territorio de la UE. En concreto, el Reglamento 1215/2012 (RBIbis)<sup>10</sup> y, posteriormente, determinado como tribunal competente el de un Estado miembro de la UE, acudiremos al Reglamento 593/2008 (RRI)<sup>11</sup> para determinar la ley aplicable a la obligación contractual.

---

10 Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351 de 20.12.2012).

11 Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177 de 4.7.2008).

### 3. FORO EXCLUSIVO

El RBIbis regula el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles en su art. 24.1 como un foro exclusivo junto a los derechos reales inmobiliarios<sup>12</sup>. Esta norma que determina la competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en relación a un contrato de arrendamiento de bien inmueble, no tiene en cuenta ni el domicilio ni la nacionalidad de las partes, porque la vinculación del tribunal competente es la situación del inmueble (*forum rei sitae*). De este modo, el RBIbis se aplica cuando el inmueble está situado en un Estado miembro de la Unión Europea<sup>13</sup>.

La exclusividad de la competencia de los tribunales dónde se halla el inmueble, implica la imposibilidad de que conozcan otros tribunales mediante prórroga de la competencia expresa ni tampoco tácita. Por ello, el art. 27 RBIbis prevé el control de oficio del tribunal, el cual debería declararse incompetente cuando haya órganos jurisdiccionales de un Estado miembro reconocidos como los únicos competentes para conocer y resolver el asunto. Asimismo, infringir la competencia exclusiva es un motivo de denegación de una resolución judicial dictada en otro Estado miembro (art.

---

12 En la última reforma (R.1215/2012), se perdió la oportunidad de regular el foro como un foro especial contractual, a pesar de que se planteó en el Libro verde sobre la revisión del Reglamento 44/2001, COM (2009)175final (21.4.2009). Véase nuestras consideraciones al respecto en: FONT I MAS, M., “El contrato internacional de arrendamiento de bienes inmuebles en la Unión Europea”, MUÑOZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S., RIVAS NIETO, E., URQUIZU CAVALLÉ, A. (Dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Ed. Tirant lo Blanc, València, 2018, pp. 465-470.

13 Cuando el inmueble se halle en un tercer Estado no aplicaremos el foro exclusivo, pero podría aplicarse los foros especiales y el general del RBIbis cuando el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro de la UE. Para el supuesto de que el demandado no se encuentre domiciliado en un Estado Miembro de la UE es de aplicación el art. 6 RBIbis que remite a los foros residuales previstos en la legislación interna de los Estados miembros, aunque la cuestión no es pacífica.



## 45.1.e).ii) RBIBis).

El foro exclusivo previsto en el RBIBis contiene la norma clásica *forum rei sitae* como norma generalmente aplicable, pero, el art. 24.1 RBIBis incluye una disposición especial relativa a los contratos de arrendamiento de corta duración, que supone una alternativa al *forum rei sitae*, cuando se cumplan determinadas condiciones<sup>14</sup>, de modo que puede conocer el tribunal del domicilio del demandado.

La inclusión del contrato de arrendamiento de inmueble como foro exclusivo junto a los derechos reales sobre inmuebles sorprende por el hecho que el contrato de arrendamiento sobre inmueble es esencialmente un contrato del que derivan acciones personales (entre las partes co-contratantes), a pesar que también puedan derivar acciones reales (oponibilidad *erga omnes*). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha ido interpretando que acciones cubren el foro exclusivo de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles<sup>15</sup>, como son las acciones relativas al pago del alquiler (Sentencia TJCE *Rösler*, 1985) a pesar de lo que indicaba el Informe *Jenard*<sup>16</sup>; y las acciones que enumeró la Sentencia TJCE

---

14 Los requisitos regulados son: uso particular del inmueble; plazo máximo de seis meses consecutivos, el arrendatario tiene que ser persona física [se excluye a las personas jurídicas como arrendatarios porque es para uso personal y ajeno a su actividad profesional]; y tienen que tener su domicilio en el mismo Estado miembro tanto el propietario como el arrendatario.

15 Para un estudio más detallado véase nuestro trabajo: FONT I MAS, M., *loc. cit.*, nota 12, pp. 470-474.

16 En el Informe Jenard (P. JENARD y G. MÖLLER (*DOCEC* 189/07, 28.7.90)), referido al Convenio de Bruselas de 1968, se indicaba cuál era la finalidad perseguida por el legislador, que excluía las demandas que únicamente tuviesen por objeto el pago del alquiler “puesto que dichas acciones pueden considerarse como independientes del inmueble alquilado” (Informe Jenard, p.153). Posteriormente, el TJCE estableció en la sentencia *Rösler* (1985) que el foro exclusivo se aplicaba igualmente a todas las acciones relativas al pago del alquiler, incluso en el caso de alquiler de duración limitada de viviendas de vacaciones. Sentencia del TJCE (Sala cuarta), de 15 de enero de 1985, *Rösler y Rottwinkel*, C-241/83, ECLI:EU:C:1985:6.

*Sanders*, 1977<sup>17</sup> y la Sentencia TJCE *Dansommer*, 2000<sup>18</sup>.

#### **4. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO INTERNACIONAL DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE**

El RRI prevé en primer lugar que la ley aplicable al contrato será aquella que las partes hayan elegido (art. 3 RRI). En un litigio heterogéneo en materia contractual, la remisión a la ley elegida por las partes obedece al fundamento de la autonomía de la voluntad. No hay excusa para que no sea así en esta materia. Subsidiariamente, el art. 4 RRI prevé normas de conflicto que determinarán la ley aplicable cuando las partes no la hayan escogido de forma expresa. Este artículo prevé un listado de contratos tipo con reglas orientadas a determinar la ley aplicable para cada uno y, entre estos, figura una norma de conflicto general respecto el contrato de arrendamiento de inmueble junto a los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario, en que la ley determinada es la del país donde esté sito el bien inmueble (art. 4.1.c) RRI). Excepcionalmente podría aplicarse la ley de otro país, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país y no con la determinada a través del mismo Reglamento (art. 4.3 RRI).

---

17 En la sentencia del TJCE de 14 de diciembre de 1977, *Sanders c. Van der Putte*, C-73/77, ECLI:EU:C:1977:208: “cualquier litigio relativo a las obligaciones respectivas del arrendador y del arrendatario derivadas del contrato de arrendamiento, y, en particular, los que tienen por objeto la existencia o interpretación de los contratos de arrendamiento, su duración, la restitución de la posesión del bien inmueble al arrendador, la reparación de los desperfectos causados por el arrendatario, o el cobro del alquiler y de los demás gastos accesorios que debe pagar el arrendatario, como los de consumo de agua, gas y electricidad. (...)”.

18 Sentencia del TJCE de 27 de enero de 2000, *Dansommer*, C-8/98, ECLI:EU:C:2000:45.

El RRI añade una norma particular en relación a los contratos de arrendamiento de inmuebles de corta duración, cuando se cumplan determinados requisitos en el contrato<sup>19</sup>. En este caso la ley aplicable será la del país donde el propietario tenga su residencia habitual (art. 4.1. *d*) RRI).

Como se aprecia de la lectura de las dos normas de conflicto (art. 4.1. *c*) y *d*) del RRI), estas son paralelas a las normas de competencia judicial previstas en el RBIBis en materia de contrato de arrendamiento de bienes inmuebles (art. 24.1 y segundo párrafo RBIBis)<sup>20</sup>. No obstante, hay una diferencia muy importante a destacar, y es que la solución a la determinación de la ley aplicable en un litigio internacional en materia de contrato de arrendamiento de inmueble, pasa primero, antes de aplicar estas normas de conflicto de cada tipo contractual, por la autonomía de la voluntad de las partes que pueden elegir previamente la ley aplicable al contrato. Por el contrario, en relación a la determinación del tribunal competente, el RBIBis no prevé la posibilidad de sumisión expresa de los contratos de arrendamientos sobre inmuebles, puesto que se regula como un foro exclusivo, respecto el cuál no puede contravenir ningún pacto de sumisión expreso o tácito<sup>21</sup>.

---

19 Art. 4.1 RRI: 1. “d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país”.

20 En relación a la anterior regulación prevista en el Convenio de Roma de 1980, Fernández Arroyo, se mostraba contrario a la existencia de un paralelismo con la solución prevista en el entonces Convenio Bruselas; su argumento era en relación al art. 4.3 del Convenio de Roma que incluía una presunción especial y no una norma de conflicto clásica como la que actualmente existe (art. 4.1.c RRI). FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 115-119 y 140-141.

21 Para un estudio más detallado véase nuestro estudio: FONT I MAS, M., *loc. cit.*, nota 12, pp. 477-481.

## 5. NORMAS IMPERATIVAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLE

En una controversia transnacional surgida de un contrato de arrendamiento de inmueble sito en la UE, la ley aplicable puede ser distinta de la ley del tribunal que conozca el asunto, es decir, que no concurra el *forum* y el *ius*. Ello podría conducir a valorar si la aplicación de un derecho distinto del lugar dónde se encuentra el inmueble puede perjudicar al arrendatario o al arrendador en cuanto que no se aplica el derecho que protege sus derechos previstos en la legislación del lugar dónde se halla el inmueble.

Ciertamente, las leyes nacionales sobre arrendamientos son distintas y aspectos como los que siguen difieren notablemente de un ordenamiento jurídico a otro: la cuantía del depósito; el proceso de desahucio; la fijación de la cuantía de la renta y su modificación con o sin límites; la distribución de los gastos de servicios individuales (electricidad) y de la propiedad (impuesto que grava la propiedad) o la duración indefinida o mínima obligatoria del contrato. Sea como fuere, como señala Diego P. Fernández Arroyo, no todas las normas que rigen los contratos de arrendamiento, aunque sean de protección al arrendatario tienen carácter imperativo. Todo lo contrario, en su mayoría son disponibles por las partes sólo limitadas por algunas normas imperativas del ordenamiento del lugar de situación del inmueble<sup>22</sup>. En consecuencia, cuando estas normas internas puedan ser consideradas de policía, a tenor del art. 9.1 RRI, es decir, que su aplicación sea esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, podrán ser internacionalmente aplicadas, aunque fuera otra la *lex contractus* (art. 9.2 RRI). La dificultad de aplicación de estas normas imperativas del foro (del tribunal

---

22 FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *op. cit.*, nota 20, p. 129.

internacionalmente competente), de existir y ser susceptibles de ser aplicadas, no deberían condicionar la determinación del foro competente<sup>23</sup>.

### **5.1. Normas imperativas españolas en los contratos de arrendamiento de vivienda de uso turístico**

Llegados a este punto, nos planteamos si determinadas normas españolas podrían, en este sector, ser consideradas imperativas o leyes de policía según el art. 9 RRI. Sin embargo, antes de pasar a su análisis, es preciso señalar que, con respecto a las relaciones contractuales de arrendamiento de vivienda de corta duración o vacacional que se ofrecen en las plataformas digitales, la regulación de los Estados miembros de la Unión Europea, y

---

23 Es preciso recordar que uno de los argumentos de la introducción de norma *forum rei sitae* en la norma europea, fue que la atribución de la competencia exclusiva era a favor de las jurisdicciones especializadas y que había normas imperativas en ámbito social sobre contrato de arrendamiento (Italia, Alemania): “(...) En efecto, estos litigios, implican a menudo comprobaciones, encuestas, peritajes, que deberán realizarse sobre el terreno. Además, a menudo la materia está sometida, en parte, a usos que en general no son conocidos más que por las jurisdicciones del lugar de la situación del inmueble o, al menos, del país donde el inmueble está sito. Finalmente, el sistema adoptado tiene en cuenta asimismo la necesidad de realizar transcripciones en los registros de la propiedad que existen en el lugar de la situación del inmueble.” Informe Jenard, *loc. cit.*, nota 16, p. 153. Insiste, Diego P. Fernández Arroyo, y nosotros de acuerdo con él, en que “la existencia de normas imperativas no puede servir de justificación a la atracción ni por ende a la competencia judicial internacional exclusiva y que no parece nada claro en dónde radican concretamente las dificultades “técnicas” para aplicar o respetar normas imperativas de un Estado extranjero, ni por qué las constataciones que deban realizarse no pueden encauzarse —como tantas otras— a través de los mecanismos de cooperación que existen”. Expone el ejemplo de la Sentencia del TJCE (Sala Quinta) de 9 de junio de 1994, *Lieber*, C-292/93, ECLI:EU:C:1994:241, en que el Tribunal de Justicia admite que otro Estado miembro también tiene la posibilidad de recabar los servicios de un perito local con objeto de conseguir las informaciones necesarias (apdo. 21). FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *op. cit.*, nota 20, pp. 45-46.

entre ellos, la española, puede ser específica, de modo que no se aplicaría la normativa general sobre arrendamiento de vivienda.

Ello es así en el ordenamiento jurídico español. La Ley de Arrendamientos Urbanos no se aplica a “la vivienda turística de uso temporal promocionada por canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción”<sup>24</sup>, sino que se aplica la normativa sectorial turística, que es materia asumida por las Comunidades Autónomas<sup>25</sup>, de forma que existe un amplio abanico de regulaciones que coexisten, aunque sin demasiada coordinación, en España.

---

24 La Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en su última modificación dispone en su art. 5.e) sobre arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de dicha ley: “La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística” (última reforma introducida por el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo). Téngase en cuenta que la exclusión es respecto la vivienda en su totalidad; cabe plantearse si cabría también la exclusión cuando se cede una habitación de una vivienda en las mismas condiciones (que no es lo mismo que ceder por estancias toda la vivienda). La normativa catalana regula en el Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo, la vivienda de uso turístico (VUT) y, como novedad, el hogar compartido; ello es, cuando en la vivienda principal y residencia efectiva de la persona titular, se comparte con terceras personas el hogar por un período de tiempo inferior o igual a 31 días. Asimismo, debe advertirse que la LAU sí es de aplicación a los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o de cualquier otra (art. 3.2 LAU).

25 El art. 148.1.18 CE indica que las CCAA podrán asumir competencias en la promoción y ordenación de su ámbito territorial. En relación a la competencia autonómica para regular arrendamientos de vivienda vacacional o turística, previa a la remisión específica al sector turístico de la LAU (en el 2013 se hacía referencia a la norma “sectorial”, por ello, algunas CCAA también regularon los alojamientos vacacionales a través de la competencia de protección de consumidores y usuarios) véase: GARCÍA GARCÍA, J.A., “Régimen jurídico de viviendas vacacionales y competencias legislativas de las Comunidades Autónomas”, MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S., RIVAS NIETO, E., URQUIZU CAVALLÉ, A. (Dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Ed. Tirant lo Blanc, València, 2018, pp. 427-457.

Con la voluntad de visualizar el impacto del fenómeno y su efecto transnacional, teniendo presente que España es el Estado de la UE con más visitas y que Catalunya es la Comunidad Autónoma con el número más alto de turistas<sup>26</sup>, vamos a dirigir nuestra atención en la regulación del alojamiento turístico en Catalunya; la Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Catalunya y, en el Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Catalunya. Entre la tipología de dicho tipo de alojamiento nos encontramos con la vivienda de uso turístico (VUT), y que es definida como aquella vivienda que es cedida por su propietario, directa o indirectamente, a terceros, a cambio de una contraprestación económica para una estancia de temporada (igual o inferior a 31 días) y en condiciones de disponibilidad inmediata. En su regulación prevé cuestiones como, entre otras, que las viviendas deben estar debidamente habilitadas; que deben cederse enteras (no por estancias); que solo pueden ser ocupadas por las plazas indicadas en la cédula de habitabilidad y, en cualquier caso, su capacidad máxima no puede ser superior a 15 plazas; que tienen que poder ser ocupadas inmediatamente y en perfecto estado de higiene y que tienen que exhibir el número de inscripción en el Registro de Turismo de Catalunya (NIRTC). Estas normas también incluyen directrices sobre la disciplina del mercado y la defensa de los consumidores y usuarios y, recogen las directivas europeas (p.ej. Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior).

---

26 Eurostat: en relación a las noches de alojamiento de turistas, España es donde se pernocta más, seguido de Francia, Italia, Alemania y Reino Unido (datos de 2018). [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?oldid=464808#Continuous\\_growth\\_in\\_the\\_tourist\\_accommodation\\_sector](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?oldid=464808#Continuous_growth_in_the_tourist_accommodation_sector) [consulta: octubre 2020]; Ine: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=10823&L=0>. Ciertamente es que la situación sanitaria y económica actual derivada de la COVID-19 ha condicionado la turistificación (*touristification*) y se ha reducido abruptamente (un 80% menos de turistas extranjeros en Catalunya y un 91% menos de viajes a Catalunya de residentes de otras partes del Estado. Indecat 2020: <https://www.idescat.cat/tema/turis>. [consulta: octubre 2020]

Los fundamentos y finalidades que señalamos a continuación pueden ser base suficiente para calificar las normas sobre viviendas de uso turístico indicadas anteriormente, como internacionalmente imperativas: “Proteger a los usuarios turísticos y garantizarles el mejor trato posible en cuanto a la información y los servicios que reciben y en lo que concierne a la defensa de sus derechos e intereses como usuarios”; “(...) impulsar la actividad turística como sector estratégico de la economía y de la ocupación y como factor clave para el equilibrio territorial y la prosperidad de Catalunya” (art. 3 *c*) y *d*) Ley de turismo de Catalunya). Somos de la opinión que normas, no negociables, como que la vivienda de uso turístico reservada a través de una plataforma digital debe de estar disponible a la llegada del turista o que debe disponer y exhibir el número de registro, salvaguardan el interés público, en especial el económico, pero también garantizan el equilibrio entre las partes contratantes<sup>27</sup>, resultando ser exigibles cualquiera que sea la ley aplicable a la relación contractual, cuando el alojamiento turístico esté sito en territorio catalán<sup>28</sup>.

Plateamos el supuesto siguiente (de laboratorio): un ciudadano con domicilio en Alemania conoce de la oferta de alojamiento vacacional de una vivienda situada en Cambrils

---

27 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016, p. 597.

28 Para que pueda considerarse una norma imperativa tiene que ser una norma autolimitada que exprese su aplicación espacial. La ley catalana de turismo indica en su art. 1 que sus disposiciones “se aplican al conjunto de recursos, sujetos y a las actividades que integran el sector turístico”. Ello viene definido a continuación en el art. 2, en la que se incluyen los recursos, sujetos, administraciones, actividades, servicios turísticos y, expresamente, el alojamiento turístico (incluida la vivienda de uso turístico) a los que se aplica la ley y la normativa que la despliegue. El Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Catalunya, indica en su ámbito de aplicación (art. 111-2) que sus disposiciones se aplican a las empresas y las actividades turísticas que regulan la Ley del turismo [incluye la vivienda de uso turístico] situadas en Catalunya, y también a las nuevas modalidades de empresas turísticas de alojamiento como es el “hogar compartido”.



(Catalunya) publicada en un anuncio de una plataforma digital. El interesado se pone en contacto con el propietario (quien ha subido el anuncio a la plataforma) y quedan de acuerdo en la fecha de llegada y salida, firman un contrato<sup>29</sup> donde establecen que en caso de controversia sería de aplicación la ley inglesa. El turista alemán, efectúa el pago del precio pactado a través de la plataforma. Una vez llega a Cambrils, el alojamiento no está disponible y tiene que hospedarse en un hotel. Si quisiera demandar al propietario de la vivienda (arrendatario), por incumplir con el contrato, siendo competentes los tribunales españoles (foro exclusivo, art. 24.1 RIBis), sería de aplicación la ley inglesa (autonomía de la voluntad, art. 3 RRI). Sin embargo, podría plantearse la aplicación de la ley catalana por ser la ley del foro internacionalmente imperativa y prever la obligación de tener disponible el alojamiento.

---

29 Ciertamente es que no disponemos de datos de si es habitual o no la firma de un contrato entre arrendador y arrendatario, pero hasta donde hemos podido leer, no es una práctica habitual formalizar un contrato y, de realizarse un contrato, a la llegada del huésped, acostumbra a tener de contenido básicamente el inventariado del contenido o estado de la vivienda. Ello nos hace suponer, y son meramente intuiciones, que a menudo no existen contratos escritos formales (si intercambio de correos electrónicos y/o mensajes por *whatsapp*) y de mediar contrato, dudamos que incluyan cláusulas internacionales de sumisión. Asimismo, de lo consultado hasta el momento, las plataformas no proporcionan ningún modelo de contrato de arrendamiento para ser usado entre los usuarios. En la plataforma digital del sector más importante, *Airbnb*, sí que insisten en que nace una relación obligacional entre los usuarios (que denominan “miembros”): “1.2. Cuando los Miembros realizan o aceptan una reserva, suscriben un contrato directamente entre ellos.”; “7.1.7. Cuando acepta o ha aprobado previamente una solicitud de reserva por parte de un Huésped, *estará suscribiendo un contrato legalmente vinculante con este último*, lo cual le obliga a prestar su(s) Servicio(s) de anfitrión al Huésped conforme a lo descrito en su Anuncio una vez se complete la solicitud de reserva “. “8.1.2. Tras la recepción de una confirmación de reserva de parte de *Airbnb* se forma un *contrato legalmente vinculante entre usted y su Huésped (...)*” [la cursiva es nuestra]. Términos de Servicios para Usuarios Europeos de *Airbnb*, versión: 1.11.2019.

La ley catalana de turismo, además, con el “propósito de incrementar la certeza y la seguridad jurídica de los distintos operadores” no sólo incluye los deberes de los sujetos turísticos, sino que también regula la inspección de sus actividades y prevé un régimen sancionador (preámbulo). Ello nos conduce a plantear si estas normas autonómicas podrían ser aplicadas como derecho imperativo de un tercer país (art. 9.3 RRI). Si realizamos el test de las consecuencias que se derivarían de su aplicación (o no) la respuesta es que de ser aplicadas podrían derivar en una sanción administrativa por conductas infractoras<sup>30</sup>.

Plateamos el supuesto siguiente (de laboratorio): un ciudadano con domicilio en Alemania conoce de la oferta de alojamiento de una vivienda situada en Cambrils (Catalunya) publicada en un anuncio a través de una plataforma digital. El interesado se pone en contacto con el propietario de la vivienda (quien ha subido el anuncio a la plataforma) y que tiene, a su vez, el domicilio en Alemania. Quedan de acuerdo en la fecha de llegada y salida. Firman un contrato<sup>31</sup> donde establecen que en caso de controversia sería de aplicación la ley inglesa. El turista alemán,

---

30 La ley catalana de turismo califica como infracciones muy graves (art. 89): “a) Comercializar, ofrecer, prestar o ejercer actividades o servicios turísticos, o hacer publicidad de los mismos, sin disponer de los requisitos o las condiciones normativamente establecidas para obtener la correspondiente habilitación; d) Negarse a alojar a clientela proveniente de una empresa intermediaria, con reserva hecha y aceptada, o efectuada de acuerdo con las condiciones previamente pactadas, independientemente del sistema y los plazos acordados para la liquidación; e) Incumplir obligaciones contractuales o legales, si se ocasionan perjuicios muy graves a los usuarios turísticos. (...)” También regula sanciones en el capítulo II. La administración puede considerar constitutiva de delito la infracción y comunicarlo al Ministerio Fiscal para iniciar un procedimiento penal. Además, la causa del contrato sería ilícita por contravenir las normas imperativas o prohibida en el ordenamiento jurídico, y la consecuencia la nulidad, siendo una invalidez de interés público. En el código civil español: art. 1275, 6.3, 1255, 1275. INFANTE RUIZ, F.J., OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, *InDret*, 3/2009.

31 Ver nota núm. 29 *infra*.

efectúa el pago del precio pactado a través de la plataforma. Una vez llega a Cambrils, el alojamiento no está disponible y tiene que hospedarse en un hotel. Si quisiera demandar al propietario de la vivienda (arrendatario), por incumplir con el contrato, podrían ser competentes los tribunales españoles (*forum rei sitae*, del art. 24.1 RBIbis) o bien, ser competentes los tribunales alemanes (excepción del art. 24.1 RBIbis de cumplirse todas las condiciones). De conocer el tribunal alemán, sería de aplicación la ley inglesa (autonomía de la voluntad, art. 3 RRI), pero podría aplicarse, si el tribunal lo estima, ya que es facultativo, aplicar la ley catalana por ser internacionalmente imperativa, ya que: en España es donde debía ejecutarse el contrato; se ha contravenido la ley y no era un extremo negociable (ya que la vivienda no estaba disponible); la norma catalana salvaguarda los intereses esenciales, económicos y de protección del usuario turístico; y, de su aplicación, resultaría ser un contrato ilícito.

Valoramos pues, que determinadas normas españolas podrían llegar a ser consideradas como internacionalmente imperativas cuya observancia podría argumentarse como esencial para salvaguardar sus intereses públicos, desde una perspectiva económica y también social. Este último extremo también sería fundamento para valorar si determinadas normas locales en materia de alojamiento turístico gestionadas por plataformas digitales podrían ser consideradas internacionalmente imperativas.

En España, existen ciudades que tienen competencia para legislar en esta materia bajo la competencia de derecho urbanístico, como sucede en Madrid, Sevilla o Barcelona. Esta última ciudad aprobó el Plan especial urbanístico de alojamiento turístico (PEUAT)<sup>32</sup>, que conforma el marco normativo en

---

32 El texto fue publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona (BOPB), a 6 de marzo de 2017: [https://bop.diba.cat/temp/03\\_022017003806.pdf](https://bop.diba.cat/temp/03_022017003806.pdf).

torno el cual se regulan los criterios urbanísticos y de gestión de los alojamientos turísticos de la ciudad de Barcelona. El Plan distribuye y limita el número de alojamiento vacacional por zonas de la ciudad de Barcelona<sup>33</sup>. El fundamento de dicho plan es la consecución de un modelo urbano sostenible<sup>34</sup>, que mejore la calidad de vida de los vecinos<sup>35</sup> y, en definitiva, el derecho a la vivienda<sup>36</sup>. El acceso a la vivienda y, en concreto un modelo urbano sostenible, son principios que se usan para aprobar políticas y normas que palien la falta de alojamiento permanente a través de alquiler en las grandes ciudades que padecen de una cierta gentrificación (remodelación urbanística en la que los residentes

---

33 Véase el plan interactivo: <https://ajuntament.barcelona.cat/pla-al·lotjaments-turistics/es/>. Destacar el dato estadístico de evolución de las viviendas de utilidad turística (VUT) desde 2005 a 2014, que en el 2005 constaban 81 VUTs, y en 2014 constaban (ahora registradas) 9.606 VUTs. Si se compara, con datos actuales ofrecidos por el PEUAT del Ayuntamiento, la Zona 1 (la más turística de Barcelona) cuenta con más plazas de alojamiento turístico en hoteles, aparta hoteles, hostales (53.886) que plazas ofertadas en viviendas de uso turístico- VUT (33.240); pero, si contamos el número de alojamientos turísticos son 570 hoteles y similares; y 5.358 viviendas que se ofrecen para alojamiento turístico (periodos de hasta máximo 31 días) solo en la zona 1. No se ofrecen más VUTs en la Zona 1, de hecho no se podrán abrir otras nuevas, según la aplicación del PEUAT, el cuál posibilita que, cuando haya una baja del censo de la Zona 1 (fuera de *Ciutat Vella*), se pueda abrir un nuevo establecimiento en la Zona 3, en las condiciones que se determina para esa zona.

34 “Para aliviar las áreas o zonas de la ciudad con fuerte presión turística”. “Para buscar el equilibrio urbano y la diversificación, que aseguren un encaje sostenible de la actividad turística, y específicamente de los alojamientos turísticos, con el resto de actividades”. <https://ajuntament.barcelona.cat/pla-al·lotjaments-turistics/es/>. [consulta: octubre 2020]

35 “Para dar respuesta a la preocupación y el malestar de la ciudadanía hacia los fenómenos derivados del turismo, teniendo en cuenta el incremento desmesurado y sin orden ni control de las plazas de alojamiento turístico en la ciudad.” <https://ajuntament.barcelona.cat/pla-al·lotjaments-turistics/es/>. [consulta: octubre 2020]

36 “Para garantizar el derecho a la vivienda (ningún tipo de alojamiento turístico puede sustituir una vivienda), el descanso, la intimidad, el bienestar del vecindario y la calidad del espacio.” <https://ajuntament.barcelona.cat/pla-al·lotjaments-turistics/es/>. [consulta: octubre 2020]

con menos recursos cambian de residencia) y que en ocasiones deriva en la gentrificación turística (*touristification*)<sup>37</sup>, es decir, que se sustrae parte de la vivienda de uso permanente a favor del arrendamiento turístico; esta situación es solo un elemento más de los que confluyen en la falta de vivienda.

En ámbito comparado europeo también preocupa la falta de vivienda disponible para los residentes permanentes de las ciudades, y disponemos de un buen ejemplo en la reciente Sentencia del TJUE (*Cali Apartments*, 2020)<sup>38</sup> que analiza la aplicación de normas internas francesas<sup>39</sup> que exigen autorización previa municipal para el “ejercicio de actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo”. Interesante la calificación larguísima y descriptiva para clasificar a qué “inmuebles” se aplica dichas normas (lo que hemos denominado de forma amplia “alojamiento turístico o vacacional”), de la que queremos destacar, en estos momentos, es la definición negativa “destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio”. Efectivamente, la normativa nacional francesa se fundamenta en que existe una oferta insuficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, y por ello la regulación parisina<sup>40</sup> supedita la autorización del cambio

---

37 COCOLA-GANT, A.; LOPEZ-GAY, A., “Transnational gentrification, tourism and the formation of ‘foreign only’ enclaves in Barcelona”, *Urban Studies Journal*, 2020, pp. 1-19.

38 Sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 2020, *Cali Apartments SCI y HX*, C-724/18 y C-727/18, ECLI:EU:C:2020:743.

39 L. 324-1-1 *del code du tourisme*, y L. 631-7 *del code de la construction et de l’habitation*.

40 Habilitada por el art. L.631-7 *del code de la construction et de l’habitation* francés, de exigir autorización previa para el cambio de uso de los inmuebles destinados a vivienda y exigir compensaciones, en función de las características de los mercados de la vivienda y de la necesidad de no agravar la escasez de vivienda. En caso de infracción la ley prevé la imposición de multas.

de uso de los inmuebles destinados a vivienda a una compensación consistente en “inmuebles que sean viviendas de la misma calidad y superficie que los inmuebles que sean objeto del cambio de uso (...) satisfacer las condiciones de habitabilidad (...) estar situados en el mismo distrito (...)”<sup>41</sup>.

En el litigio principal de *Cali Apartments* (2020) la autoridad francesa condenó a dos empresas propietarias de estudios situados en París, al pago de multas y se ordenó la reversión de los inmuebles a su uso como vivienda, porque se habían ofrecido en arrendamiento en un sitio de Internet (a través de una plataforma digital: *Airbnb*), y habían sido arrendados sin la autorización previa municipal de cambio de uso de vivienda infringiendo la L. 631-7 del Código de la Construcción y de la Vivienda francés.

Nos parece interesante destacar respecto a la referida STJUE, en este apartado, los argumentos sociales que fundamentan la razón imperiosa de interés general de las normas nacionales francesas que exigen autorización previa de modo que no atenta contra la libre prestación de servicios<sup>42</sup>. En concreto, el TJUE, indica que las normas francesas pretenden “garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles” y “está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz”. El fundamento es el interés general y el acceso a la vivienda, de nuevo, reúne características de las normas imperativas.

---

41 *Règlement municipal [de Paris] fixant les conditions de délivrance des autorisations de changement d'usage de locaux d'habitation et déterminant les compensations en application de la section 2 du chapitre 1er du titre III du livre VI du code de la construction et de l'habitation.*

42 Directiva 2006/123 (art. 9.1.b) y e); art.4.6; 10-2).

## 5.2. Límite a las responsabilidades de los servicios de las plataformas digitales de alojamiento

En atención a dicha STJUE *Calí apartments* (2020) también es oportuno incidir respecto a que la sanción por incumplimiento de la norma interna, por no haber obtenido previamente la autorización municipal, recae en las empresas arrendadoras de los inmuebles, sin que exista responsabilidad alguna de las plataformas digitales que publicitaban los anuncios de los mismos estudios sitios en París, que facilitaban el contacto entre las partes y que gestionaban el pago del alquiler. De nuevo, las normas internas de los Estados que limitan o condicionan a determinados requisitos legales para ofrecer las viviendas de uso turístico recaen en exclusiva en los propietarios (arrendadores), denominados anfitriones por algunas plataformas digitales de alojamiento turístico.

El TJUE tuvo ocasión de posicionarse en el asunto *Airbnb Ireland* (2019)<sup>43</sup>, indicando que la plataforma digital si bien es una prestadora de servicios de la intermediación de la sociedad de la información vinculada al servicio de alojamiento, no presta un servicio global de alojamiento<sup>44</sup>. Para la plataforma digital era inaplicable la *Loi Houquet*<sup>45</sup>, que en esencia exige una tarjeta profesional para realizar o asistir en la realización de operaciones sobre bienes ajenos. No era de aplicación dicha ley a las plataformas digitales por entender que estas no ejercen una actividad de agente inmobiliario y, además, su aplicación sería incompatible con la Directiva 2000/31 de los servicios de la sociedad de la información.

---

43 Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2019, *Airbnb Ireland UC*, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112

44 Argumentos en los apartados 53 a 57.

45 *Loi n.º 70-9, du 2 janvier 1970, réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, (Loi Houquet)*.

Ciertamente, las plataformas digitales no realizan efectivamente el contrato subyacente de arrendamiento, aunque consideramos que sí tienen una contribución esencial para que se lleven a cabo dichas relaciones<sup>46</sup>. La actividad de las plataformas digitales en este sector se caracteriza por publicitar las viviendas disponibles en alquiler que cuelgan los propietarios, sin comprobar ni garantizar que reúnan los requisitos y condiciones legales que habilitan poner a disposición los alojamientos<sup>47</sup>. Todas las responsabilidades recaen en el propietario o arrendador del bien inmueble, si bien, a la plataforma se le puede exigir la retirada de aquellas ofertas que incumplan la normativa del Estado miembro de situación del inmueble (art. 14.3 Directiva de comercio electrónico) tal y como señala Pedro A. de Miguel Asensio. Este autor indica que a las plataformas digitales de intermediación no tienen porque aplicárseles las limitaciones de responsabilidad según la Directiva de comercio electrónico con respecto a los prestadores de servicios intermediarios, para ello debería apreciarse “que la plataforma no se limita a una función neutra y pasiva, de mero tratamiento técnico y automático de la información

---

46 A sensu contrario el TJUE, bajo el argumento de la libre competencia y la innovación, apartado 55, asunto *Airbnb Ireland*.

47 La plataforma *Airbnb* advierte de la necesidad de cumplir con las normas locales a modo de “disclaimer”: “Los Anfitriones serán responsables en exclusiva de identificar, entender y cumplir todas las leyes, normas y reglamentaciones que se aplican a sus Anuncios y Servicios de Anfitrión (según se define a continuación). Por ejemplo, algunas ciudades tienen leyes que restringen su capacidad para acoger a huéspedes de pago durante períodos cortos o para prestar ciertos Servicios de Anfitrión. (...) Las penalizaciones pueden ir desde multas a otros tipos de imposiciones. Nosotros ofrecemos cierta información en nuestro Centro de Ayuda para ayudarle a identificar algunas de las obligaciones que le son de aplicación. Si tiene alguna pregunta sobre cómo se aplica la legislación local a su(s) Anuncio(s) y Servicio(s) de anfitrión en *Airbnb*, debe recurrir siempre a un servicio de orientación jurídica”. También en las cláusulas 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, 2.4, 7.2.3 “ (...) cumplirá todas las leyes aplicables (como las de urbanismo), los requisitos fiscales y demás reglas y normativas (entre ellas disponer de todos los permisos, licencias y registros necesarios).”, 13.1, 14.1, 18. Términos de Servicios para Usuarios Europeos de *Airbnb*, de 1.11.2019.



facilitada por sus usuarios - las ofertas de arrendamiento- (...). También dependerá de si la plataforma conoce de la ilicitud de la actividad o la información con respecto a ciertas ofertas de arrendamiento”<sup>48</sup>. Según el art. 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información española, inspirada en la Directiva 2000/31/CE, no serán responsables los prestadores de servicios de Internet por la información ilícita almacenada a petición de sus clientes, a no ser que la prestadora tenga conocimiento de que la información es ilícita o lesiona derechos de un tercero; o bien, si tienen conocimiento, retirar los datos.

En nuestra materia de estudio ello fue así en la sentencia del Tribunal de Justicia de Catalunya, de 13 de noviembre de 2019<sup>49</sup>, en relación a la solicitud de retirada de los anuncios de viviendas de uso turístico sitios en Catalunya, que estaban publicitados en la plataforma digital de *Airbnb*, y que no contaban con el número de Registro de Turismo de Catalunya que habilita la posibilidad de poner a disposición en el mercado de alojamiento turístico<sup>50</sup>. En este escenario, nos planteamos como encajará el nuevo Decreto 75/2020 de turismo de Catalunya, que regula en su título V la responsabilidad de los intermediarios de alojamiento turístico, en que incluye expresamente las plataformas digitales<sup>51</sup>, sometiéndolas

---

48 MIGUEL ASENSIO, P.A. DE, “La ordenación de las plataformas de intermediación tras la(s) sentencia(s) Airbnb”, *Blog de Pedro A. de Miguel Asensio*, 20.12.2019. <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/12/la-ordenacion-de-las-plataformas-de.html>. [consulta: octubre 2020]

49 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (sala contenciosa, 5ª sección), de 13 de noviembre de 2019, núm. 931/2019 (ES:TSJCAT:2019:8266)

50 Otras sentencias relacionadas sobre el alcance de los servicios de las plataformas digitales: Tribunal Supremo (sala contenciosa, 1ª sección), de 31 de enero de 2020, núm. 238/2019 (ES:TS:2020:796A); Sentencia del Tribunal Supremo (sala contenciosa, 2ª sección), de 23 de julio de 2020, núm. 1106/2020 (ES:TS:2020:2494)

51 En el ámbito de aplicación del Decreto 75/2020, de 4 de agosto, de turismo de Catalunya, incluye las empresas intermediarias de establecimientos turísticos de alojamiento (Título V) que a su vez, incluye al “prestador de servicios de la

a las obligaciones específicas de información (sin voluntad de regularlas, básicamente porque no tiene competencia) con el objetivo, según el preámbulo, “de evitar el fraude en los mercados en línea y la comercialización de alojamientos turísticos ilegales”<sup>52</sup>.

## **6. CONSIDERACIONES FINALES: ACTUALIZACIÓN DE LA EUROPA DIGITAL COMO UNA OPORTUNIDAD PARA INTRODUCIR LOS ODS**

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado europeo podríamos afirmar, que en general, no son necesarias normas particulares para los contratos vinculados y derivados de la intermediación de las plataformas digitales. Llegamos a tal afirmación porque disponemos en la UE de regulación de DIPr europeo en materia contractual, tanto en relación al ejercicio de la autonomía de la voluntad, especialmente importante las cláusulas de sumisión expresa a tribunal y ley aplicable, como cuando no se ha realizado tal previsión y disponemos de normas que resuelven las cuestiones de competencia y ley aplicable, de entre las que se encuentran normas de especial protección cuando hay una parte débil (RBIbis y RRI). En este sentido, la preexistencia de las normas de DIPr de la UE no obsta para que estas deban adaptarse

---

sociedad de la información, que directa o indirectamente y en cualquier grado de participación, colaboración o patrocinio realice a título oneroso cualquiera de las actividades siguientes relacionadas con los alojamientos turísticos situados en Catalunya (...) art. 251-1. En este punto no podemos dejar de señalar que en el siguiente apartado indica que están sujetas al régimen jurídico del Decreto “los intermediarios establecidos en Catalunya y los establecidos fuera de Catalunya que realicen la intermediación de establecimientos o de empresas de alojamiento turístico situadas en Catalunya” (art. 251-1-2).

52 Este epígrafe y el siguiente, serán objeto de estudios específicos posteriores que, de momento, solo se plantean en el presente.

legislativamente a la economía y actividades de las plataformas digitales, y no solo a través de la “pseudolegislación” realizada a través de la doctrina del TJUE. La adaptación de las normas son necesarias en el contexto de la contratación electrónica a través de Internet y de los contratos celebrados en las operaciones de las plataformas virtuales o que derivan de ellas. Así lo expresa Pedro A. de Miguel Asensio al afirmar que se precisa “una adaptación de la legislación procesal que facilite el desarrollo de mecanismos judiciales rápidos para garantizar una tutela judicial efectiva en este contexto [actividades en Internet]”<sup>53</sup>.

Este argumento nos conduce a esgrimir la oportunidad que supone la estrategia de la Comisión Europea sobre “una Europa adaptada a la era digital” (*European Digital Strategy*), en la que figura distintas líneas de actuación dirigidas a las plataformas digitales, que identifican como una “importante parte de la economía digital”<sup>54</sup>. Y es que su importancia social y económica en el mercado interior, ha obtenido respuesta de las instituciones europeas<sup>55</sup>. El ejemplo más reciente es la entrada en aplicación de un Reglamento pionero sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea<sup>56</sup>.

---

53 MIGUEL ASENSIO, P.A. DE, *Derecho de Internet*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p. 1010. Añade la directriz de la Directiva 2000/31 de comercio electrónico, que impone a los Estados miembros la obligación de velar porque las actividades de servicios de la sociedad de la información puedan ser objeto de recursos judiciales eficaces.

54 En el portal de la Comisión europea; *strategy; Shaping Europe’s digital future; Oline Platforms*: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/online-platforms-digital-single-market>. [consulta: octubre 2020]

55 Fundamental es la “Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: Las plataformas en línea y el mercado digital. Retos y oportunidades para Europa”, COM(2016) 288 final, Bruselas, 25.5.2016.

56 Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los

El nuevo paquete de normas sobre servicios digitales (*Digital Services Act Package*) tiene por objetivo adaptar la Directiva de comercio electrónico a las nuevas y cambiantes necesidades de los medios digitales<sup>57</sup>. Esta estrategia digital de la UE focaliza sus acciones en el propósito de redundar en el beneficio de todos y se centra en tres objetivos generales que son: a) la tecnología al servicio de las personas, b) de una economía digital justa y competitiva y, c) una sociedad abierta, democrática y sostenible. Si desmenuzamos las líneas de actuación concretas, se comprueba como la Comisión Europea ha introducido los Objetivos y Metas de Desarrollo Sostenible de la Naciones Unidas (ODS) en las líneas directrices de la política digital de la UE<sup>58</sup>. La consecución de la garantía a la tutela judicial efectiva y el acceso a recursos judiciales eficaces se comprenden entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible que podemos vincular a unas instituciones sólidas como tendría que ser la UE (ODS: 17 y 16). Se desprenden otros tantos objetivos y metas a implementar o desarrollar, en ámbito contractual derivado de la actividad de las plataformas digitales, en el marco del Plan de Acción de la Economía Circular y el Consumo y Producción Responsables (ODS: 12).

---

usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (DOUE L186/57, 11.7.2019). El Reglamento es aplicable a partir del 12 de julio de 2020 (art. 19.2).

- 57 Este paquete de normas se fundamenta en dos pilares. Por un lado, la responsabilidad de los servicios digitales para abordar los riesgos que enfrentan sus usuarios y proteger sus derechos, proveyendo un sistema de cooperación para supervisar las plataformas. Por otro lado, normas que garanticen la posibilidad de que concurren nuevos participantes y competidores frente la hegemonía actual de las grandes plataformas, de modo que los consumidores tengan la opción más amplia y el mercado único siga siendo competitivo y abierto a las innovaciones (ley de competencia digital). Se ha creado el Observatorio de la UE sobre la economía de plataformas (*EU Observatory on the Oline Platform Economy*) para supervisar la evolución de este sector y analizar temas como el acceso y el uso de datos, la no discriminación, la toma de decisiones algorítmicas o el *ranking*.
- 58 En el portal de la Comisión Europea: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europe-digital-future_es). También visitar: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/european-digital-strategy> [consulta: octubre 2020]

En el estudio, hemos observado en relación a las posibles normas imperativas españolas y en la razón de las normas francesas en materia de arrendamiento internacional de inmuebles con fines turísticos analizadas por el TJUE, que dichas leyes y normas, se fundamentan en intereses públicos como la protección al acceso a la vivienda y la urbanización inclusiva y sostenible (ODS: 11) así como, turismo sostenible (ODS: 12). Todos ellos son objetivos que pueden inspirar la modificación y adaptación de las directivas europeas y de los Reglamentos de DIPr, buscando la consecución de la solución materialmente más justa, tomando como punto de partida la consideración de las soluciones contempladas en los derechos materiales. Como indica José Carlos Fernández Rozas, pueden introducirse normas especiales (de protección) y flexibles (idea de proximidad) con el fin de lograr el respeto de los valores materiales<sup>59</sup> que, a día de hoy, deben obedecer a los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas a los que las instituciones de la UE y los Estados miembros se han comprometido<sup>60</sup>, y a los que deben coadyuvar a su consecución la propia ciudadanía y, en concreto, los investigadores universitarios en todas las áreas del conocimiento.

---

59 FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n. 9, 2000, pp. 13 y ss.

60 La UE parte de una sólida posición en materia de desarrollo sostenible y ha manifestado su firme compromiso de ser, junto con sus países miembros, una de las pioneras en la aplicación de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas. En noviembre de 2016, la Comisión Europea expuso su enfoque estratégico para la aplicación de la Agenda 2030, incluidos los Objetivos de Desarrollo Sostenible, y aprobó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: “Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad”. COM(2016) 739final, Estrasburgo, 22.11.2016.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

AÑOVEROS TERRADAS, B., “Economía colaborativa y normas de Derecho Internacional Privado Europeo de protección del consumidor”, ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., 50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván, Tirant lo blanch, València, 2019, pp. 209-236.

CANALES GUTIÉRREZ, S., “Protección del huésped como consumidor a la luz de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I”, MUNAR, P., MARTOS, M.A., LÓPEZ, R., BASTANTE, V., *Turismo, vivienda y economía colaborativa*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 631- 641.

COCOLA-GANT, A.; LOPEZ-GAY, A., “Transnational gentrification, tourism and the formation of ‘foreign only’ enclaves in Barcelona”, *Urban Studies Journal*, 2020, pp. 1-19.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P., *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n. 9, 2000, pp. 7-32.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2016

FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S., “Modelos colaborativos en plataformas digitales: nuevos retos para los negocios internacionales y para el Derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 399-424.

FONT MAS, M., “El contrato internacional de arrendamiento de bienes inmuebles en la Unión Europea”, E. Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar, E. Rivas Nieto, A. Urquizu Cavallé (Dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Ed. Tirant lo Blanc, Colección Derecho de la vivienda, València, 2018, pp. 459-488.

----, “Plataformas de capital versus plataformas sociales en la economía colaborativa: punto de vista jurídico internacional”, *Working paper Ciriec Internacional*, Bélgica, núm. 12, 2018. <http://www.ciriec.uliege.be/wp-content/uploads/2019/02/WP2018-12.pdf>

GARCÍA GARCÍA, J.A., “Régimen jurídico de viviendas vacacionales y competencias legislativas de las Comunidades Autónomas”, E. Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar, E. Rivas Nieto, A. Urquizu Cavallé (Dir.), *Reformando las tenencias de la vivienda. Un hogar para todos*, Ed. Tirant lo Blanc, Colección Derecho de la vivienda, València, 2018, pp. 427-457.

INFANTE RUIZ, F.J., OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Los contratos ilegales en el derecho privado europeo”, *InDret*, 3/2009.

MARTÍNEZ NADAL, A., “Sobre el cambiante y divergente concepto de alquiler turístico en el Derecho español”, *Diario La Ley*, núm 9712, 8.10.2020.

MIGUEL ASENSIO, P. A. de, “La ordenación de las plataformas de intermediación tras la(s) sentencia(s) Airbnb”, *Blog de Pedro A. de Miguel Asensio*, 20.12.2019, en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/12/la-ordenacion-de-las-plataformas-de.html>

----, *Derecho de Internet*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

MORALES-PÉREZ, S., GARAY-TAMAJÓN, LL., TROYANO-GONTÁ, X., “Beyond the big touristic city: nature and distribution of Airbnb in regional destinations in Catalonia (Spain)” *Current Issues in Tourism*, June - 2020, en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13683500.2020.1780201>



# **EL REGIMEN DE LEY APLICABLE A LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS CON CARÁCTER TEMPORAL TRAS LA DIRECTIVA 2018/957/ CE<sup>1</sup>**

*NEREA MAGALLÓN ELÓSEGUI*

PROFESORA INVESTIGADORA RAMÓN Y CAJAL  
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO

Sumario: 1. LA DIRECTIVA 2018/957/CE: LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS *VS.* PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EUROPA. 2. EL NUEVO MARCO DE TEMPORALIDAD DE LA DIRECTIVA 2018/957/CE Y LA NOCIÓN DE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL EN EL REGLAMENTO ROMA I. 2.1. La Directiva 96/71/CE: una excepción a la *lex loci laboris* al servicio de la noción de trabajador desplazado con carácter temporal. 2.2. La Directiva 2018/957/CE y la noción de temporalidad de los trabajadores desplazados. 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA DIRECTIVA 2018/957/CE: UNA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS CON CARÁCTER TEMPORAL. 3.1. La delimitación del ámbito de aplicación material y el juego conflictual con el Reglamento Roma I. 3.2. El carácter imperativo de las normas señaladas por la Directiva 2018/957/CE. 4. CONSIDERACIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto “Mecanismos de Reclamación de DDHH a nivel operativo”; DER 2017-87712-R del MINECO y FEDER.

## **1. LA DIRECTIVA 2018/957/CE: LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS VS. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES**

En el ejercicio y progresiva consolidación de la libre prestación de servicios es frecuente que las empresas desplacen a trabajadores para prestar servicios con carácter temporal a un Estado distinto de aquél en el que se encuentra su sede o establecimiento principal. La movilidad de trabajadores “intraeuropea” ayuda a las empresas a lograr sustanciales ventajas competitivas que les permite beneficiarse, en el ejercicio de las libertades comunitarias, de una diversidad de regulaciones jurídico-laborales que les concede la posibilidad de reducir los costes aparejados al desarrollo de la prestación laboral en función de la ley que le sea aplicable.

Pero las ventajas competitivas, favorecedoras de determinados prestadores de servicios, también suponen ciertos riesgos para los trabajadores desplazados que dependiendo de la ley que les sea aplicable pueden quedar sometidos a unos niveles de menor protección respecto a los trabajadores locales; y para las empresas establecidas en el Estado del desplazamiento que pueden encontrarse en una situación de desventaja en términos de competencia respecto a las empresas extranjeras que prestan allí sus servicios. Para hacer frente a mencionados riesgos (vinculados en esencia al denominado *dumping social*) se hizo un llamamiento a la “armonización de las normas en la materia a través de los instrumentos apropiados”<sup>2</sup> que obtuvo una primera respuesta con la aprobación de la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación

---

2 COM (89), 568 final.

de servicios<sup>3</sup>, hoy modificada por la Directiva 2018/957/CE<sup>4</sup>, objeto de este trabajo.

La Directiva 2018/957/CE, al igual que su predecesora, tiene como objetivo establecer un marco equilibrado en materia de prestación de servicios y protección de los trabajadores, proporcionado y respetuoso con la diversidad de sistemas laborales nacionales (Considerando 24). Para lograrlo plantea una serie de modificaciones de la Directiva 96/71/CE dirigidas, fundamentalmente, a garantizar una mayor protección de los trabajadores que no deben afectar al derecho de libre prestación de servicios de las empresas que los desplazan. Podemos decir que la libre prestación de servicios de la que emana el desplazamiento de trabajadores se erige en “leitmotiv” de la Directiva, y la libre circulación de trabajadores, aunque se vea afectada de manera indirecta por el Derecho derivado, ostenta un carácter básicamente instrumental<sup>5</sup>.

---

3 Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L18 de 21.1.1997. Modificada por la Directiva 2014/67/CE, de 15 de mayo de 2015, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y por la que se modifica el Reglamento (UE)1024/2012, relativo a la cooperación administrativa a través del sistema de Información del Mercado Interior (Reglamento IMI), DOUE de 28 de mayo de 2014, L 159/11; al respecto FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de derecho social*, núm. 70, 2015, pp. 123-147.

4 Directiva 2018/957/CE del Parlamento europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L173/16 de 9.7.2018.

5 *Vid.*, MOLINA NAVARRETE, C. Y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Mercados Nacionales de trabajo, Libertad comunitaria de prestaciones de servicios y defensa de la competencia”, *Estudios financieros*, n° 205, 2000, pp. 4-56.

En este contexto la Directiva 2018/957/CE ha introducido distintos criterios que van a alterar el régimen de Derecho aplicable de los trabajadores desplazados con carácter temporal compuesto por el Reglamento Roma I (RRI) y por la Directiva 96/71/CE de los que nos vamos a ocupar. Como veremos, entre otras cosas, la Directiva establece nuevas pautas respecto a la noción de desplazamiento temporal que contribuyen a delimitar los ámbitos de aplicación de ambas normas y, en cierto modo, a conciliar su coexistencia.

A pesar de que no es un tema especialmente novedoso<sup>6</sup>, son varias las razones que nos llevan a insistir y a retomar las viejas cuestiones que rodean a la compatibilidad de mencionados instrumentos. Han pasado más de veinte años desde que se aprobó la Directiva 96/71/CE y, sin embargo, la finalidad que la motivo, sigue de plena actualidad. De hecho, acaba de finalizar el plazo que tenían los Estados miembros para trasponer la Directiva 2018/957/CE a sus respectivos ordenamientos jurídicos, así que las nuevas medidas establecidas para modificar y reforzar la aplicación de la Directiva 96/71/CE podrán ser aplicadas desde el 30 de julio de 2020<sup>7</sup>. Por otra parte, han pasado diez años desde la entrada en vigor del Reglamento Roma I, lo que nos sitúa en un momento propicio para valorar su eficacia en este ámbito.

---

6 Entre otros, MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, pp. 81-116; ESTEBAN DE LA ROSA, G., Y MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002; SABIDO RODRÍGUEZ, M., *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

7 Artículo 3.1. de la Directiva 2018/957/CE del Parlamento europeo y del Consejo que modifica la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L173/16 de 9.7.2018.

Precisamente, la especial coyuntura en la que no encontramos se ha visto reflejada en los recursos de anulación de la Directiva 2018/957/CE interpuestos por la República de Polonia y el Gobierno Húngaro ante el Tribunal de Justicia de la Unión mediante los que se manifiestan muchos de los problemas que rodean al régimen de Derecho aplicable a los trabajadores desplazados con carácter temporal que vamos a tratar en este trabajo<sup>8</sup>.

En el presente trabajo, analizaremos en qué medida las novedades aportadas por la Directiva 2018/957/CE ayudan a ordenar un régimen que comporta multitud de interrogantes en su proyección práctica y que ha sido fruto de una inagotable jurisprudencia ante el Tribunal de Justicia de la Unión<sup>9</sup>. A este respecto, retomaremos el análisis de la compatibilidad entre ambos instrumentos abordando: en primer lugar, cómo afecta el establecimiento de un nuevo marco para concretar la temporalidad de la noción de desplazamiento temporal en la delimitación del supuesto de hecho de ambas normas, desde un punto de vista de su ámbito de aplicación *ratione personae* (2); y, en segundo lugar, desde una perspectiva *ratione materiae*, hasta qué punto la ampliación del “núcleo duro” de las disposiciones imperativas de la Directiva, dirigida a alcanzar una mayor protección de los trabajadores, puede verse afectada por problemas de coordinación con el artículo 9 del Reglamento Roma I.

---

8 Asunto C-620/18, *Hungría vs. Parlamento Europeo*, Consejo de la Unión Europea y Asunto C-626/18, *República de Polonia vs. Parlamento Europeo, Consejo Europeo*.

9 LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

## 2. EL NUEVO MARCO DE TEMPORALIDAD DE LA DIRECTIVA 2018/957/CE Y LA NOCIÓN DE DESPLAZAMIENTO TEMPORAL EN EL REGLAMENTO ROMA I

### 2.1. La Directiva 96/71/CE: una excepción a la *lex loci laboris* al servicio de la noción de trabajador desplazado con carácter temporal

Recordamos que el Reglamento Roma I (art. 8 RRI), al igual que el Convenio de Roma (art. 6 CR) establece con carácter general (y en defecto de elección) que la ley aplicable al contrato de trabajo será designada mediante la *lex loci laboris*, entendida como ley donde el trabajador desempeña habitualmente su prestación laboral; también para los supuestos de trabajadores desplazados a otros Estados miembro con carácter temporal. Se trata de una disposición que refuerza la aplicación de la *lex loci laboris* dotando de continuidad y estabilidad<sup>10</sup> al régimen de un contrato desarrollado fundamentalmente en un determinado mercado laboral (a pesar de que haya un intervalo de tiempo en el que se ha alterado el lugar donde se realiza la prestación) y, por tanto, sujeto a una normativa de carácter esencialmente territorial<sup>11</sup>. El

10 *Vid.*, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 83-122, p. 116; CARRASCOSA, J., y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.C., “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1993, II, pp. 382-407, p. 388; GARDEÑES SANTIAGO, M., “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I. Una oportunidad perdida”, *AEDIPr.*, t. VIII, 2008, pp. 387-424, p. 410.

11 PALAO MORENO, G., “La Ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”, en *Derecho Internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 200, pp. 523-582, p. 550.

desplazamiento de los trabajadores comporta un alejamiento de la relación laboral, aunque sea de manera provisional, respecto al ordenamiento jurídico laboral del país de ejecución temporal del servicio que afecta a los diversos elementos que subyacen a la norma de conflicto<sup>12</sup> y que, sin embargo, pasan desapercibidos en su tenor literal.

Ante las posibles disfunciones generadas en el régimen aplicable a los trabajadores desplazados con carácter temporal la Directiva 96/71/CE, con la finalidad de dotar al sistema de un equilibrio adecuado entre la protección de los trabajadores y la libre competencia de las empresas<sup>13</sup>, introdujo una norma de conflicto especial materialmente orientada que exceptiona el régimen general establecido para los contratos individuales de trabajo (en el entonces artículo 6 del Convenio de Roma). La Directiva 96/71/CE, en su artículo 3.1. señala a la ley del Estado del desplazamiento o de acogida como ley aplicable a determinadas materias del régimen laboral de los trabajadores desplazados con carácter temporal, siempre que las regule de manera más favorable para el trabajador que la ley del Estado de origen. La norma de conflicto general se rinde al servicio de

---

12 Vid. FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. Temporalidad en las normas de Derecho Internacional privado del trabajo europeas”, en *El desplazamiento de trabajadores en el mercado de la UE: presente y futuro*, O. Fotinopoulou (coord.), Atelier, Barcelona, 2017, pp. 249-274; GARDEÑES SANTIAGO, M., “La regulación conflictual del Contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *AEDIPr*. T.VIII, 2008, pp. 387-424; RODIERE, P., “Conflits de lois en droit du travail”, *JurisClasseur de Droit International*, fasc. 94.10, 1986, p. 125; ZABALO ESCUDERO, M<sup>a</sup>.E., *El contrato de trabajo en el Derecho Internacional Privado español*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 125 y ss.

13 MOREAU, M., “Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l’Union européenne”, *JDI*, 1996, pp. 889-908, p. 896; PALAO MORENO, G., “Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, *REDI*, vol. XLIX, (1997), 1, pp. 377-381; DAVIES, P., “Posted workers: single market or protection of national labour law systems?”, *CMLR*, 34, 1997, pp. 571-602.

una “remisión material” que busca un grado de protección de los trabajadores desplazados con carácter temporal como mínimo, igual, al de los trabajadores locales, convirtiéndose en una norma subsidiaria a la de la ley más favorable.

En el fondo, la Directiva 96/71/CE no produce una quiebra absoluta de la aplicación de la ley del Estado de origen, puesto que no comporta la automática aplicación de la ley del Estado en el que el trabajador desempeña temporalmente su trabajo, sino que “garantiza” la aplicación de la ley del Estado de destino temporal en aquellas materias tasadas a las que se refiere expresamente en su articulado<sup>14</sup>. Con ello genera una concurrencia de normas que posibilita el fraccionamiento de la ley aplicable a las relaciones laborales de los trabajadores desplazados temporalmente cuya relación laboral puede quedar sometida a dos leyes distintas aplicables de manera distributiva en virtud de la materia<sup>15</sup>. La ley del Estado del desplazamiento se aplicará, siempre que sea más favorable, a aquellas materias establecidas expresamente por la Directiva 2018/957/CE que modifica la Directiva original, mientras que la ley designada por el actual artículo 8 del Reglamento Roma I seguirá aplicándose al resto de la relación laboral.

---

14 MOLINA NAVARRETE C. Y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Mercados laborales...”, *loc. cit.*, p. 33.

15 *Vid.*, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1993, II., pp. 382-407, p. 404. Sin embargo, MOLINA NAVARRETE, C. Y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Mercados Nacionales...”, *loc. cit.*, p. 34, se muestran en contra de considerarlo como un verdadero fraccionamiento y, dada la “remisión material” de la que depende la aplicación de la ley del Estado de destino como ley aplicable a los trabajadores desplazados, lo califican como un cúmulo de leyes.



El “juego conflictual” entre la Directiva 96/71/CE y el artículo 8 del Reglamento de Roma depende, en esencia, de la noción de trabajador desplazado de manera temporal puesto que determina el ámbito subjetivo de aplicación de la norma y, en consecuencia, el del Reglamento Roma I. Sin embargo, la Directiva 96/71/CE, en su primera versión, no contenía una delimitación precisa que permitiera identificar qué trabajadores iban a quedar comprendidos en su supuesto de hecho. Las dudas provenían fundamentalmente de la noción de temporalidad, así que dejamos a un lado el debate en torno a “trabajador” y a “desplazado”.

La Directiva 96/71/CE al referirse al “desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios” no detallaba cuándo un desplazamiento se consideraba temporal y, consecuentemente, cuándo se iba a integrar en su ámbito de aplicación a efectos de establecer la ley aplicable a su contrato de trabajo; y esta ambigüedad comportaba cierta dosis de inseguridad jurídica que afectaba a su eficacia<sup>16</sup>.

## **2.2. La Directiva 2018/957/CE y la noción de temporalidad de los trabajadores desplazados**

La discrecionalidad derivada de la falta de una definición más concreta de la temporalidad quiso ser mitigada por la Directiva 2014/67/CE que modificaba la Directiva 96/71/CE e introducía una serie de indicios dirigidos a ayudar a las autoridades a identificar los desplazamientos temporales (art. 4.3). Sin embargo, con el establecimiento de estos nuevos elementos tampoco se ha

---

16 FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Panorámica general de la Directiva 2014/67/CE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento en el marco de una prestación de servicios”, *Revista de Derecho social*, núm. 70, 2015, pp. 123-147.

logrado eludir la necesidad de realizar una labor interpretativa sobre la noción de temporalidad<sup>17</sup>; así que la Directiva 2018/957/CE ha querido dar un paso más en esta dirección.

La posibilidad de definir mejor la noción de “temporalidad” vinculada al desplazamiento de trabajadores ya se había puesto de manifiesto en el proceso de elaboración tanto de la Directiva 96/71/CE como del Reglamento Roma I pero, finalmente, se concluyó que no era necesario<sup>18</sup>. En la actualidad la noción de temporalidad prevista por uno y otro instrumento presenta diferencias que se han visto incrementadas con las novedades implantadas por la Directiva 2018/597/CE. La Directiva 2018/957/CE establece nuevas pautas en torno a la temporalidad que sirven para delimitar el supuesto de hecho de la norma y, al mismo tiempo, correlativamente rediseñan el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I desde un punto de vista *ratione personae*.

Por un lado, podemos decir que la propia naturaleza del desplazamiento marca su carácter temporal. En efecto, la naturaleza temporal de los desplazamientos de los trabajadores se debe directamente a la libertad de prestación de servicios de la que trae causa y, además, se erige en elemento determinante a la hora de diferenciarse de la libertad de establecimiento<sup>19</sup>. Así que los desplazamientos de trabajadores derivados de la libre prestación de servicios de los empresarios son siempre temporales

---

17 *Vid.* FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Reflexiones en torno...”, *loc. cit.*, p. 258-259

18 El Grupo europeo de Derecho Internacional privado se mostraba en contra de delimitar con un periodo concreto el calificativo de “temporal”, aunque en la Propuesta de modificación de determinadas disposiciones del Convenio de Roma (Sesión de Viena 2001) abogaba por la sustitución de “temporal” por un “periodo limitado” para reforzar el carácter provisional del desplazamiento y la idea de retorno: <http://www.gedip-egpil.eu>.; *vid.*, LAGARDE, P, Y TENEBBAUM, A., “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *Rev.crit.Dr.int.pr.*, n° 4, 2008, pp. 728-780, p. 747.

19 *Vid.*, CASAS BAAMONDE, M<sup>o</sup> E., “Desplazamientos temporales...”, *loc. cit.*, p. 93.

y lo relevante no debería ser el tiempo que dure el desplazamiento, sino el regreso del trabajador al Estado de origen al finalizar la prestación del servicio sin llegar a acceder, en ese caso, al mercado de empleo del Estado de acogida<sup>20</sup>. A este respecto, la apreciación de la temporalidad del desplazamiento se construye sobre circunstancias concretas de cada caso, en función de la integración del trabajador en el mercado laboral del Estado de acogida y del ánimo de retorno<sup>21</sup>.

El artículo 8 del Reglamento Roma I tampoco delimita la noción de temporalidad y nos obliga a remitirnos al Considerando 36 de su Preámbulo en el que se sigue una línea similar a la apuntada en el párrafo anterior que no se fundamenta en el tiempo del desplazamiento, sino en el regreso del trabajador y en la reanudación de su trabajo en el país de origen al terminar su tarea en el extranjero. El propio objetivo del desplazamiento va a marcar su condición de temporal y el hecho de que tenga como objeto realizar una tarea concreta y predeterminada nos permitirá valorar “ex ante” la naturaleza del desplazamiento<sup>22</sup>. El tiempo (y la manera de medirlo) se convierte en un elemento clave en la delimitación de las libertades europeas que afecta conexasmente al principio de libre circulación de los trabajadores y, con todo, resulta complicado establecer un criterio de medición satisfactorio que acoja la multiplicidad de situaciones y relaciones económicas derivadas del desplazamiento de trabajadores por un periodo que, normalmente, es meramente previsible y que puede

---

20 STCE de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa Lda vs. Office national d’immigration*, C-113/89, Apdo. 15.

21 *Vid.* JUÁREZ PÉREZ, P., “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”, *Relaciones laborales*, nº 7, 1999, pp. 1260-1283.

22 GARDEÑES SANTIAGO, M., “Normas materiales...”, *loc. cit.*, p. 409, MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento...”, *loc. cit.*, p. 93.

extenderse por circunstancias ajenas a una naturaleza temporal que no tiene por qué verse alterada por esta circunstancia<sup>23</sup>.

Por otro lado, los criterios apuntados utilizados hasta ahora, la han convertido en una definición imprecisa y susceptible de comportamientos fraudulentos<sup>24</sup>. Tal y como resalta el Preámbulo de la Directiva 2018/957/CE (Considerandos 9 y 10) se pueden dar supuestos en los que los desplazamientos se dilatan en el tiempo hasta tal punto que los trabajadores desplazados terminan adquiriendo un vínculo mayor con el mercado de trabajo del Estado de acogida que con el de origen.

La definición de desplazamiento temporal subsiste, por tanto, como una tarea complicada. La Propuesta de modificación de la Directiva 96/71/CE de la Comisión<sup>25</sup> planteó establecer una duración máxima de 24 meses para delimitar el periodo a partir del cual el trabajador adquiere el vínculo suficiente con el mercado laboral del Estado de acogida que lleva aparejada la alteración de la *lex contractus*<sup>26</sup>. En el texto final se ha mantenido la configuración de un periodo concreto, pero ha sido reducido a 12 meses, prorrogables 6 más en casos justificados y excepcionales.

En definitiva, el artículo 3 de la Directiva 2018/957/CE incluye un nuevo apartado 1 bis, que confiere contenido a “un periodo de tiempo limitado” concretado por meses que acaba con la indeterminación del texto anterior. De esta forma, al eliminar

---

23 En contra de su delimitación temporal, CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E., “Desplazamientos temporales...”, *loc. cit.*, p. 93.

24 Desde la perspectiva de los inconvenientes que presenta la indeterminación de la noción para los ius-laboralistas *vid.*, LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento...loc. cit.*, pp. 149-156.

25 COM (2016) 128 final.

26 De este modo los plazos hubieran coincidido con la regulación de los sistemas de coordinación en materia de seguridad social, *vid.*, FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Reflexiones en torno...”, *loc. cit.*, p. 258-259.

las incertidumbres y la inseguridad jurídica que originaban las otras versiones consigue alcanzar una mayor protección de los trabajadores a la vez que se salvaguarda la libre prestación de servicios en condiciones equitativas tanto a corto como a largo plazo, evitando que se vulneren los derechos garantizados por los Tratados.

### **2.3. Los nuevos trabajadores desplazados temporales de larga duración**

La Directiva 2018/957/CE diferencia entre los trabajadores desplazados de 12 meses y trabajadores que lleguen a 18 meses que se convierten en trabajadores desplazados temporales de larga duración. Por un lado, establece el límite máximo que un trabajador puede ser desplazado con carácter temporal y, por otro, genera un nuevo régimen específico que garantiza a los trabajadores temporales de larga duración un conjunto de condiciones adicionales que se aplican obligatoriamente a los trabajadores del Estado de acogida, ampliando el ámbito material de protección de la Directiva 96/71/CE.

Al delimitar el tiempo por meses se establece una nueva categoría de trabajadores desplazados que se distingue de la “ordinaria” que es la de trabajador desplazado de larga duración cuando “excepcionalmente” se amplíen los 12 meses y siempre que no superen los 18 meses. Durante este intervalo de tiempo el trabajador desplazado de larga duración disfruta de un régimen particular en función del que se extenderá la aplicación de la ley del Estado de acogida a las condiciones de trabajo del Estado miembro donde desempeña su labor, a salvo de las establecidas en el art. 3 1 bis de la Directiva 2018/957/CE. Como se observa el trabajador desplazado de larga duración no se equipara ni al

trabajador desplazado “ordinario” ni a los trabajadores locales y goza de una situación jurídica especial amparada por la Directiva que sigue teniendo su fundamento en la libre prestación de servicios.

En el recurso de anulación de la Directiva 2018/957/CE interpuesto por el Gobierno de Hungría ante el Tribunal de Justicia de la Unión, anteriormente mencionado, se considera que este nuevo régimen es incompatible con el artículo 56TFUE en tanto restringe la actividad de las empresas que desplazan trabajadores en el marco de prestaciones transnacionales de servicios de manera desproporcionada e injustificada<sup>27</sup>. La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE al trabajador desplazado de larga duración que se verá sometido a las condiciones laborales más favorables del Estado de acogida es concebida como una intromisión en la libre prestación de servicios y una equiparación a la libre circulación de trabajadores.

A pesar de lo que sostiene el Gobierno húngaro, con la Directiva 2018/957/CE no se asimilan los trabajadores desplazados de larga duración y los locales sino en las “condiciones de trabajo y protección de la seguridad y la salud de los trabajadores” que son las reguladas por la Directiva 96/71/CE en redacción dada por la Directiva 2018/957/CE. Es importante resaltar que, en el fondo, no se ha modificado la ley aplicable a la relación jurídica y el resto de las condiciones laborales no incluidas en la Directiva siguen regulándose por la *lex loci laboris* señalada por el artículo 8 del Reglamento Roma I. De modo que no se les aplica la ley del país de acogida a la totalidad de su relación, a pesar de que esa opción se planteó por la Comisión que recomendaba un cambio de régimen jurídico para el contrato individual de trabajo

---

27 Recurso interpuesto el 2 de octubre de 2018 por *Hungría vs. Parlamento europeo, Consejo de la Unión*, As. C-620/18, motivo n° 3, DOUE, 26.11.2018, C427/32.

en el caso de desplazamientos de larga duración<sup>28</sup>. De hecho, en función de este régimen se siguen conservando las diferencias en materias de seguridad social o en materia fiscal a las que se aplica otras normas.

Mediante la fijación del límite máximo en que un trabajador puede ser desplazado con carácter temporal la Directiva 2018/957/CE instaura un elemento definitivo que sirve como punto de encuentro entre la ley del Estado de origen y la ley del Estado de acogida para los supuestos de trabajadores desplazados. En virtud de la Directiva 2018/957/CE no cabe duda de que aquellos que superen los 18 meses van a considerarse integrados en el mercado de trabajo del Estado de acogida a todos los efectos y, por tanto, su relación laboral se verá sometida a una nueva *lex loci laboris*. Sin embargo, la fijación de un límite máximo para establecer cuándo un trabajador desplazado puede ser calificado como temporal corre el riesgo de dejar fuera a algunos tipos de desplazamientos y plantea ciertas dudas respecto al régimen aplicable a aquellos trabajadores desplazados que superen el tiempo estipulado en la norma pero que vayan a regresar al Estado de origen al finalizar su tarea. Se ha llegado a sugerir, incluso, la posibilidad de que aquellos que superen los 18 meses queden fuera del amparo de la Directiva 2018/597/CE, pero dentro del Considerando 36 del Reglamento Roma I<sup>29</sup>. Como podemos observar, los conceptos de temporalidad incluidos en ambos instrumentos se han distanciado con las novedades incorporadas por la última Directiva dejando hueco a interpretaciones encontradas que requieren profundizar en su relación.

---

28 Vid. art. 2 bis de la Propuesta de la Comisión COM (2016)128 y el Análisis de impacto SWD (2016) 52, final, p. 52.

29 MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores...”, *loc. cit.*, p. 98.

La Directiva 2018/597/CE es un instrumento de Derecho derivado elaborado al amparo del artículo 23 del Reglamento Roma I que dota de prioridad a las disposiciones comunitarias adoptadas en materias concretas que regulen los conflictos de leyes. En este sentido podríamos deducir que la noción de temporalidad de la Directiva 2018/957/CE prevalece sobre la del Reglamento para delimitar claramente la frontera entre ambas normas.

Como hemos podido apreciar, mediante la aprobación de la Directiva 2018/957/CE el legislador europeo ha dado un gran paso que nos ayuda a dilucidar el supuesto jurídico de la Directiva 96/71/CE y del Reglamento Roma I, incrementando la seguridad jurídica que requería el régimen aplicable a los trabajadores desplazados. Además de dotar de mayor claridad al sistema, en la práctica, amplía el ámbito de protección de aquellos trabajadores que van a gozar de las condiciones laborales del Estado de acogida reforzando el principio de igualdad de trato con los trabajadores locales y reduciendo los temidos efectos del *dumping social*.

### **3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA DIRECTIVA 2018/957/CE: UNA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS CON CARÁCTER TEMPORAL**

#### **3.1. La delimitación del ámbito de aplicación material y el juego conflictual con el Reglamento Roma I**

La Directiva 2018/957/CE, al establecer qué materias van a quedar potencialmente sometidas a la ley del Estado del



desplazamiento, altera en cierto modo el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I generando cierta confusión en torno a su naturaleza. Así se refleja en las posturas adoptadas por el Gobierno húngaro y el Gobierno polaco en sus respectivos recursos de anulación interpuestos ante el Tribunal de Justicia de la Unión<sup>30</sup>, que consideran a la Directiva contraria al Reglamento Roma I y a los principios de claridad y seguridad jurídica. Sin embargo, como hemos visto con anterioridad, la Directiva 2018/957/CE no es contraria al Reglamento Roma I, sino complementaria. De hecho, se trata de una norma de conflicto de leyes especial de origen europeo amparada por el artículo 23 del Reglamento Roma I<sup>31</sup>.

Ahora bien, a la vista de los acontecimientos, de lo que no cabe duda es de que el sistema plantea ciertos problemas de claridad. En este sentido, nos llama la atención que el Reglamento Roma I (adoptado con posterioridad a la Directiva 96/71/CE) no introdujera una referencia expresa al régimen especial al que se ven sometidos los trabajadores desplazados con carácter temporal en su articulado y, con todo, se limitara a integrarlo a través de una remisión comprendida en el Considerando 34 del Preámbulo. La necesidad de acudir al Preámbulo y al artículo 23 del Reglamento Roma I para discernir la relación existente entre ambos instrumentos y, así, dilucidar el régimen aplicable a los trabajadores desplazados nos advierte de los inconvenientes que presenta el sistema.

La referencia en el Reglamento Roma I a la Directiva 96/71/CE era necesaria y conveniente desde un plano jurídico-

---

30 Recurso de anulación de la Directiva 2018/957/CE de Hungría as. C-620/18 y Recurso de anulación de la Directiva 2018/957/CE de Polonia, as. C-626/18.

31 En el mismo sentido se pronuncia el Abogado General M. Campos Sánchez-Bordona, en las Conclusiones presentadas el 28 de mayo de 2020 en el As. C-620/18 *Hungría vs. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, apdo. 194.

técnico<sup>32</sup>; la pregunta es si se debería haber aprovechado la “comunitarización” del Convenio de Roma para modificar el contenido de su artículo 6 y añadir en el artículo 8 del Reglamento Roma I una alusión específica al régimen especial al que se van a someter los trabajadores desplazados temporales en el marco de una prestación de servicios.

Durante el proceso de elaboración del Reglamento Roma I se plantearon varias posibilidades en esta dirección. La Propuesta del GEDIP completaba el artículo 6 del Convenio de Roma con la introducción de un segundo párrafo que aludía directamente a la reserva de las normas imperativas de la ley del Estado de desplazamiento previstas en la Directiva 96/71/CE<sup>33</sup>. El “Informe sobre la Propuesta de Reglamento Roma I de la Comisión de Asuntos Jurídicos”<sup>34</sup> también incluía una Enmienda en la que se establecía una referencia más genérica (y menos acertada) en las que se integraba una excepción a la *lex loci laboris* como ley aplicable a los trabajadores desplazados y abogaba por añadir al texto del artículo 8 de Reglamento de Roma I un párrafo que relegaba al régimen general<sup>35</sup>. A pesar de dichas propuestas el

---

32 En este sentido: GARDEÑES SANTIAGO, M. “Regulación conflictual...”, *loc. cit.*, p. 412, nota 90.

33 El Párrafo 3 de la Propuesta del GEDIP decía así: “3. Queda reservada la aplicación de las disposiciones imperativas de la ley del país de desplazamiento, previstas en la Directiva 96/71, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores realizado en el marco de la prestación de servicios”. (Lund septiembre 2001). Traducción de la autora. <https://www.gedip-egpil.eu/>. Comentario de Paul Lagarde.

34 Informe de 21 de noviembre de 2007, sobre la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) de la Comisión de Asuntos jurídicos, PE 374.427v02-00.

35 El Informe sobre la Propuesta de Reglamento Roma de la Comisión de asuntos jurídicos de 21 de noviembre de 2007, introducía una Enmienda en el artículo 8 un párrafo que decía si: “no obstante, sus condiciones de trabajo y remuneración estarán regidas por la legislación del país en el que esté realizando con carácter temporal su trabajo”.

texto adoptado por el Parlamento Europeo en primera lectura ya trasladaba la referencia a las novedades aportadas por la Directiva 96/71/CE al Considerando 34<sup>36</sup>.

La incorporación en el texto articulado del Reglamento Roma I de la regulación a la que pueden ver sometida parte de su relación laboral los trabajadores desplazados hubiera servido para congeniar ambos textos<sup>37</sup> y aclararía, definitivamente, la relación entre la ley del Estado de origen y la ley del Estado de desplazamiento dotando de una mayor seguridad jurídica a la ley aplicable a los trabajadores desplazados con carácter temporal que se traduciría en una mayor garantía de su protección<sup>38</sup>.

### **3.2. El carácter imperativo de las normas señaladas por la Directiva 2018/957/CE**

Por su parte, la redacción del Considerando 34 del Reglamento Roma I ha sido calificada como torpe y desafortunada<sup>39</sup>. En él se establece que la norma de conflicto sobre el contrato individual de trabajo del artículo 8 del Reglamento Roma I no debe ir en detrimento de la aplicación de las normas

---

36 Posición del Parlamento europeo adoptada en primera lectura el 29 de noviembre de 2007, PE 399.288.

37 *Vid.*, QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, 2002, pp. 435-453, p. 449.

38 Las dudas en torno al alcance de la Directiva siguen latentes como se vislumbra en la cuestión prejudicial planteada al TJUE el 27 de mayo de 2020 por un Tribunal rumano, as. C-218/20.

39 En este sentido: LAGARDE, P., y TENEBBAUM, A., “De la Convention ...”, *loc. cit.*, p. 747, y JAULT-SESEKE, F., “La adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations cintractuelles:le choix de la continuité pour le contrat de travail”, en *Les rapports de travail internationaux saisis par le droit européen*, *Revue de droit du travail*, 2008, pp. 619-630, p. 620.

imperativas del país de desplazamiento del trabajador conforme a la Directiva 96/71/CE, abriendo el debate sobre el tipo de normas a las que se refiere la Directiva y su potencial equiparación a las normas imperativas del artículo 9 del Reglamento Roma I.

En cierto modo podemos decir que la Directiva 96/71/CE, y posteriormente la Directiva 2018/957/CE, eleva a rango de normas imperativas europeas a determinadas disposiciones nacionales del Estado de desplazamiento que van a ser aplicables de manera obligatoria a los trabajadores desplazados con carácter temporal cualquiera que sea la ley aplicable a su contrato. Pero estas disposiciones no tienen por qué coincidir con las leyes imperativas o leyes de policía del país del desplazamiento, ya que la Directiva extiende el carácter de norma imperativa a determinadas disposiciones nacionales sobre las condiciones de trabajo con independencia de si son, o no, estimadas como tales en el Estado del desplazamiento. De hecho, aunque hay Estados como Bélgica, Francia y Luxemburgo que tradicionalmente han considerado la mayor parte de sus leyes laborales dentro de la categoría de leyes de policía, hay muchos otros Estados europeos en los que parte de ellas no llegan a ese umbral<sup>40</sup>.

Aparte quedarán las disposiciones en materia laboral que, teniendo consideración de normas de policía en el Estado del desplazamiento, no se encuentren entre las enumeradas en la Directiva 2018/957/CE y que podrán aplicarse al contrato de trabajo de los trabajadores desplazados a través del artículo 9

---

40 *Vid.*, VAN HOEK, A., “Re-embedding the transnational employment relationship: a tale about the limitations of (EU) law”, *CMLR*, 55, pp. 449-488, p. 469; GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n.um. 132, 2017, pp. 163-188; nos muestra las complicaciones que se producen en la identificación de las normas imperativas.

del Reglamento Roma I<sup>41</sup>. En este caso, estaríamos ante leyes imperativas del foro que van a ser prioritariamente aplicables, pero siempre que cumplan una serie de presupuestos. Ciertamente, las normas imperativas nacionales no pueden prevalecer sobre el Derecho comunitario ni poner en peligro su aplicación uniforme, así que no estarán exentas de respetar las disposiciones de los Tratados<sup>42</sup>. Su aplicación dependerá, por un lado, de una justificación basada en razones de interés general y, por otro, deberán ser proporcionadas y no suponer un obstáculo al ejercicio de las libertades comunitarias<sup>43</sup>. Ello admite la posibilidad de que las normas nacionales que entren en la categoría de normas de policía o normas imperativas no lleguen a aplicarse por afectar al ejercicio de la libre prestación de servicios de las empresas<sup>44</sup>.

Es el momento de subrayar la labor armonizadora de la Directiva 96/71/CE (y de sus posteriores versiones) de las legislaciones de los Estados miembros en la medida que establece

---

41 Sobre los distintos tipos de normas imperativas *vid.*, GARDEÑES SANTIAGO, M., “Normas materiales imperativas o leyes de policía en materia de trabajo”, en *Estudios en memoria do Proffesor Marques dos Santos*, (coord. J. Miranda), Coimbra, 2005, pp. 381-413.

42 En este sentido es muy significativo el Punto 31 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión en el As. Arblade en el que establece que se debe entender por normas de policía y de seguridad; al respecto *vid.*, QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Otra lectura...”, *loc. cit.*, p. 449; GARDEÑES SANTIAGO, M., “Aplicabilidad ...”, *loc. cit.*, pp. 1797-1801. La calificación de leyes de policía de determinadas normas nacionales no las exime del respeto a las disposiciones de los Tratados europeos y ello se ha visto incluso en las normas sobre salario mínimo profesional (asumido como un principio de Derecho social europeo) que se han visto obligadas a sortear el juicio de necesidad y proporcionalidad, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia, de 15 de marzo de 2001, as. C-165/98, *Mazzoleni vs. Inter Surveillance*, y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 24 de enero de 2002, as. C-164/99, *Portugaia*.

43 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión, de 23 de noviembre de 1999, as. C-369/96 y as. C-76/96, *Arblade vs. Leloup*; NUYTS, A., “L’application des lois de pólíce dans l’espace”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 88, 1999-2, pp. 245-265, p. 247.

44 GARDEÑES SANTIAGO, M., “Aplicabilidad...”, *loc. cit.*, pp. 1797-1801.

“un núcleo duro”<sup>45</sup> o “núcleo común” de disposiciones imperativas de protección mínima que han de ser garantizadas en el caso de los trabajadores desplazados. Ello supone una “europeización” de las normas imperativas en materia laboral llevada a cabo a través del Derecho derivado que eleva a determinadas normas nacionales que se consideraban normas de policía en el Estado de desplazamiento a categoría de normas imperativas europeas pasando a aplicarse obligatoriamente sin requerir mayor justificación por parte del juez del foro<sup>46</sup>. Como podemos observar, se instaura una notable diferencia entre las normas imperativas integradas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2018/957/CE y las normas imperativas aplicables a través del artículo 9 del Reglamento de Roma I.

Asimismo, tal y como tuvo ocasión de establecer el Tribunal de Justicia de la Unión, la Directiva 96/71/CE tampoco extiende la calificación de normas imperativas a todas las normas de Derecho del trabajo del Estado del desplazamiento, aunque allí si la tengan. Los Estados “no pueden imponer libre y unilateralmente todas las disposiciones obligatorias del su Derecho de trabajo a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro”<sup>47</sup> y deben atender al ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE para identificar las materias en las que las normas vigentes en el Estado de acogida pueden prevalecer frente a las del Estado de origen.

La Directiva 2018/957/CE ha ampliado el catálogo de materias que quedan bajo su ámbito de aplicación<sup>48</sup> y, como

---

45 Preámbulo de la Directiva 96/71/CE, apartado 14.

46 En el mismo sentido, QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Otra lectura...”, *loc. cit.*, p. 449.

47 Sentencia del Tribunal de Justicia C-319/06, *Comisión vs. Luxemburgo*, apdo. 16.

48 *Vid.*, MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores...”, *loc. cit.*, p. 99; además de las previstas en el art. 3 de la Directiva 96/71/CE, los trabajadores desplazados deberán gozar de las condiciones de alojamiento establecidas en

consecuencia, que van a ser identificadas como normas de policía a nivel europeo, por lo menos, en el ámbito de los trabajadores desplazados. Con ello avanza de manera lenta pero firme hacia la progresiva consolidación de un verdadero Derecho social europeo.

#### 4. CONSIDERACIONES FINALES

La Directiva 2018/957/CE contribuye positivamente a despejar, en gran parte, los inconvenientes suscitados en torno al régimen de Derecho aplicable a los trabajadores desplazados con carácter temporal derivados del “juego conflictual” entre el Reglamento Roma I y la Directiva 96/71/CE. Las nuevas pautas establecidas aportan seguridad en la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación e incrementan la protección de los trabajadores dotando de mayor eficacia a la norma.

La nueva versión de la Directiva 96/71/CE, por un lado, ha instaurado un nuevo marco de temporalidad que nos ayuda a delimitar de manera clara el concepto de trabajador desplazado de manera temporal y que va a servir como elemento determinante a la hora de establecer el límite entre ambos instrumentos. Por otro, ha ampliado el ámbito material de la Directiva 96/71/CE y, por tanto, el conjunto de normas imperativas que constituyen el denominado “núcleo duro” de materias que van a quedar potencialmente sometidas a la ley del Estado de desplazamiento, apostando por una mayor protección que garantice una igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los locales que, sin duda, va a mitigar los efectos negativos del *dumping social*.

---

la legislación del Estado de acogida y deberán recibir al menos los mismos complementos o los mismos reembolsos en concepto de viaje, alojamiento y manutención por estancia que un trabajador fuera de su domicilio por motivos profesionales.

## 5. BIBLIOGRAFIA

CARRASCOSA, J. Y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.C., “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1993, II, pp. 382-407.

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. E., “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, en *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pp. 83-122.

DAVIES, P., “Posted workers: single market or protection of national labour law systems?”, *CMLR*, 34, 1997, pp. 571-602.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., Y MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de derecho social*, núm. 70, 2015, pp. 123-147.

----, “Reflexiones en torno a la noción de habitualidad vs. Temporalidad en las normas de Derecho Internacional privado del trabajo europeas”, en *El desplazamiento de trabajadores en el mercado de la UE: presente y futuro*, O. Fotinopoulou (coord.), Atelier, Barcelona, 2017, pp. 249-274.

GARDEÑES SANTIAGO, M., “Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n.um. 132, 2017, pp. 163-188.



----, “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I. Una oportunidad perdida”, *AEDIPr.*, t. VIII, 2008, pp. 387-424.

JAULT-SESEKE, F., “La adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations cintractuelles:le choix de la continuité pour le contrat de travail”, en *Les rapports de travail internationaux saisis par le droit européen*, *Revue de droit du travail*, 2008, pp. 619-630.

JUÁREZ PÉREZ, P., “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia dela Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”, *Relaciones laborales*, n° 7, 1999, pp. 1260-1283.

LAGARDE, P., Y TENEBBAUM, A., “De la Convention de Rome au Règlement Rome I”, *Rev.crit.Dr.int.pr.*, n° 4, 2008, pp. 728-780.

LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013.

MARCHAL ESCALONA, N., “El desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios: hacia un marco normativo europeo más seguro, justo y especializado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 62, pp. 81-116.

MOLINA NAVARRETE, C. Y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Mercados Nacionales de trabajo, Libertad comunitaria de prestaciones de servicios y defensa de la competencia”, *Estudios financieros*, n° 205, 2000, pp. 4-56.

MOREAU, M., “Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l’Union européenne”, *JDI*, 1996, pp. 889-908.

NUYTS, A, “L’application des lois de pólíce dans l’espace”, *Revue critique de droit international privé*, vol. 88, 1999-2, pp. 245-265.

PALAO MORENO, G., “Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, *REDI*, vol. XLIX, (1997), 1, pp. 377-381.

----, “La Ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal”, en *Derecho Internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 200, pp. 523-582.

RODIERE, P., “Conflits de lois en droit du travail”, *JurisClasseur de Droit International*, fasc. 94.10, 1986.

SABIDO RODRÍGUEZ, M., *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Thomson Reuters- Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

VAN HOEK, A., “Re-embedding the transnational employment relationship: a tale about the limitations of (EU) law”, *CMLR*, 55, pp. 449-488.

ZABALO ESCUDERO, M<sup>a</sup>.E., *El contrato de trabajo en el Derecho Internacional Privado español*, Bosch, Barcelona, 1981.

# **EL ESCENARIO DIGITAL**

# **PONENCIAS**

# SOLUCIONES JURÍDICAS ANTE LOS RETOS DE LA INNOVACIÓN: LOS SMART CONTRACTS Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE

Sumario: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LOS SMART CONTRACTS COMO SOLUCIÓN JURÍDICA ANTE LOS RETOS DE LA INNOVACIÓN. 2.1. Los *Smart Contracts* fomentan un nuevo tipo de relación comercial basada en la confianza en las nuevas tecnologías, ofrecen inmutabilidad y almacenamiento distribuido, que es lo que más los distingue de los acuerdos tradicionales. 2.2. La aparición de los *Smart Contracts* (= contratos en formato electrónico y autoejecutables) es el resultado lógico del progresivo proceso de automatización en la distribución y en el internet de las cosas. 3. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 3.1. Competencia judicial internacional y *Smart Contracts*: 3.1.1. *Relaciones contractuales entre empresas mediante Smart Contracts: foros de competencia en el Reglamento de “Bruselas I bis” y en el Convenio de “Lugano II”*. 3.1.2. *Relaciones contractuales entre empresas, consumidores y Smart contracts: foros de protección en el Reglamento “Bruselas I bis” y en el Convenio de “Lugano II”*. 3.1.3. *Relaciones contractuales entre empresas, consumidores, Smart Contracts y Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015*. 3.2. Determinación de la ley aplicable y *Smart Contracts*: 3.2.1. *Ley aplicable a las relaciones contractuales entre empresas mediante Smart Contracts*: a) Autonomía de la voluntad y elección de la ley aplicable; b) La ley aplicable en ausencia de elección por las partes. Los ocho tipos de

contratos del artículo 4.1 del Reglamento “Roma I”. Conexión subsidiaria; c) La ley aplicable en ausencia de elección por las partes del artículo 4.2 del Reglamento “Roma I”; d) Criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del artículo 4.3 del Reglamento “Roma I”. Cláusula de escape; e) Criterio de los vínculos más estrechos del artículo 4.4 del Reglamento “Roma I”. Cláusula de cierre. 3.2.2. *Ley aplicable a relaciones contractuales entre empresarios, consumidores y Smart Contracts*. 4. REFLEXIONES FINALES. 5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

## 1. PLANTEAMIENTO

Un *Smart Contract* constituye, desde el punto de vista tecnológico, un protocolo de códigos informáticos, escrito en lenguaje “máquina”, que permite a un dispositivo ejecutar de forma automatizada las secuencias previamente programadas, prescindiendo de cualquier tipo de intervención humana. Se dice, por tanto, que en el *Smart Contract* el “código es la ley”, pues cada una de las cláusulas negociales redactada según el paradigma “if X, then Y”<sup>4</sup>, se ejecutará inexorablemente en la forma programada, lo que resulta ventajoso al incrementar la seguridad jurídica y ahorrar costes.<sup>1</sup>

Se trata de una figura novedosa, dinámica, y en constante evolución, cuyos usos potenciales son infinitos. Por ahora, se está abriendo camino en el entorno financiero, donde se utiliza con mucha intensidad para instrumentar lanzamientos de iniciativas *Blockchain*. Otros posibles usos podrían ser: a) en el Comercio. Una

---

<sup>1</sup> Vid. FELIU REY J., “Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado”, en *Revista la Ley Mercantil*, n° 47, Ed. Wolters Kluwer, 2018, pp. 11-12; y, en relación con los subtipos de *Smart Contracts* (*SMART CODE CONTRACT* y *SMART LEGAL CONTRACT*), <https://medium.com/@abogadovicgarcia/la-regulaci%C3%B3n-aplicable-al-smart-contract-y-sus-subtipos-smart-code-contracts-y-smart-legal-51a71babf5d1>.

vez comprobada por geolocalización la llegada de la mercancía, se genera automáticamente la orden de pago; b) en los alquileres. A través de una cerradura inteligente, el arrendador podría bloquear el acceso a la vivienda al inquilino una vez concluido el contrato; c) por las inmobiliarias. Un sistema similar puede permitir a la empresa abrir la puerta a un sujeto determinado para que visite la casa sin tener que enviar un comercial; d) en el sector seguros. Los datos recogidos por los sensores de un automóvil inteligente pueden ser incorporados directamente al parte de un accidente; y/o, e) en el sector transporte. Un contrato inteligente puede permitir el pago inmediato de la indemnización al pasajero de una aerolínea en caso de retraso o cancelación de su vuelo.<sup>2</sup> No obstante, su propia configuración lleva a concluir que los *Smart Contracts* no tienen, desde el punto de vista técnico jurídico, naturaleza contractual, ni tampoco que puedan considerarse inteligentes por cuanto que se limitan a llevar a cabo procesos automatizados previamente preestablecidos.

Por ahora, se está abriendo camino en el entorno financiero, donde se utiliza con mucha intensidad para instrumentar lanzamientos de iniciativas *Blockchain*, existiendo otros posibles sectores, como el inmobiliario, el comercio o el sector de los seguros, en los que los *Smart contracts* podrían tener una enorme utilidad, automatizando diversos tipos de operaciones, lo que reduciría los costes temporales y económicos de las mismas.

Pese al nombre con el que se los conoce, los juristas no se acaban de poner de acuerdo sobre la naturaleza de estas operaciones. Debido a que se trata de una figura novedosa, en constante evolución, hace que sea obligado un estudio desde el punto de vista del Derecho: a) en general, por cuanto que se hace

---

2 *Vid.* “Así son los “Smart Contracts”: si no paga una cuota del coche, ya no podrá abrirlo”, disponible en [https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372\\_446750.html](https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372_446750.html).

preciso el establecimiento de un marco jurídico que dote de la debida seguridad jurídica a las operaciones en las que intervienen los *Smart Contracts*; y b) en particular, con la finalidad de garantizar la tutela de los derechos de los usuarios, desde la perspectiva el Derecho internacional privado.

## **2. LOS SMART CONTRACTS COMO SOLUCIÓN JURÍDICA ANTE LOS RETOS DE LA INNOVACIÓN**

### **2.1. Los *Smart Contracts* fomentan un nuevo tipo de relación comercial basada en la confianza en las nuevas tecnologías, ofrecen inmutabilidad y almacenamiento distribuido, que es lo que más los distingue de los acuerdos tradicionales**

El imparable avance de las nuevas tecnologías está permitiendo cada vez una mayor automatización de los procesos productivos, cobrando mayor protagonismo los *softwares* y algoritmos informáticos encargados de ejecutar automáticamente las órdenes programadas previamente. En este entorno de automatización generalizada cobra especial relevancia una nueva tecnología capaz de diseñar contratos entre particulares con capacidad para auto ejecutarse sin mediación de terceros y basados en la revolucionaria tecnología de *Blockchain* (= cadena de bloques), estos son los *Smart Contracts* o contratos inteligentes.<sup>3</sup>

Un *Smart Contract* constituye, desde el punto de vista tecnológico, un protocolo de códigos informáticos, escrito en

---

3 *Vid.*, en sentido amplio, ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Smarts Contracts y Derecho Internacional Privado*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.



lenguaje “máquina”, que permite a un dispositivo ejecutar de forma automatizada las secuencias previamente programadas, prescindiendo de cualquier tipo de intervención humana. Se dice, por tanto, que en el *Smart Contract* el “código es la ley”, pues cada una de las cláusulas negociales redactada según el paradigma “if X, then Y”<sup>4</sup>, se ejecutará inexorablemente en la forma programada, lo que resulta ventajoso al incrementar la seguridad jurídica y ahorrar costes.<sup>4</sup> Así, p. ej., pensemos en la siguiente situación: si el comprador de un coche deja de pagar las cuotas pactadas con la financiera; de forma automática, el contrato emite una orden a través de Internet que bloquea el acceso al vehículo, de forma que ya no puede ser utilizado. Los términos del acuerdo están inscritos en un registro inmodificable y los datos del impago proceden de una fuente fiable y segura. Así, no hace falta ir a juicio para que se ejecute lo pactado y los costes de tramitación son mínimos o nulos. Sistemas como este ya funcionan en Estados Unidos gracias a los *Smart Contracts*. En ellos, el tradicional redactado del contrato es sustituido por un código informático de tipo condicional, en el que las partes programan diferentes resultados para una variedad de posibilidades (= “si pasa A, haz B; pero si se da C, ejecuta D”).<sup>5</sup>

---

4 Vid. FELIU REY J., “Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado”, en *Revista la Ley Mercantil*, nº 47, Ed. Wolkers Kluwer, 2018, pp. 11-12; y, en relación con los subtipos de *Smart Contracts* (*SMART CODE CONTRACT* y *SMART LEGAL CONTRACT*), <https://medium.com/@abogadovicgarcia/la-regulaci%C3%B3n-aplicable-al-smart-contract-y-sus-subtipos-smart-code-contracts-y-smart-legal-51a71babf5d1>.

5 Vid. “Así son los “Smart Contracts”: si no paga una cuota del coche, ya no podrá abrirlo”, disponible en [https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372\\_446750.html](https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372_446750.html).

## **2.2. La aparición de los *Smart Contracts* (= contratos en formato electrónico y autoejecutables) es el resultado lógico del progresivo proceso de automatización en la distribución y en el internet de las cosas**

En este panorama actual no es de extrañar que el cambio también llegue al mundo del Derecho, más concretamente a las relaciones comerciales ya que las empresas no pueden quedarse atascadas en el modelo tradicional contractual en estos tiempos en que todo gira en torno a las nuevas tecnologías. La evolución de los contratos no ha parado de cambiar desde que internet entro de lleno en las relaciones comerciales, es así como los *Smart Contracts* están buscando su consolidación, no solo en el ámbito comercial sino también en muchos ámbitos de la sociedad actual.

Nuestro régimen jurídico integra, con matizaciones, este formato de contratación, pero conseguir un proceso totalmente automatizado implica recurrir a mecanismos de pago en red que no siempre se adaptan al tipo contractual. El uso del dinero electrónico y las monedas virtuales como el *bitcoin* cubren esta función, pero la escasa o nula regulación de las monedas virtuales dificultan la funcionalidad y seguridad jurídica del uso de las tecnologías *Blockchain*. El dinero electrónico, por su régimen de plena convertibilidad en divisa ordinaria y su inclusión en el sistema europeo de pagos es, en principio, el instrumento aparentemente más adecuado para este tipo de operaciones ya que ofrece la misma estabilidad que la divisa representada digitalmente.<sup>6</sup>

---

6 *Vid.*, en sentido amplio, ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Smarts Contracts y Derecho Internacional Privado*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

### 3. CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La contratación electrónica por medio de internet como es el caso de los *Smart Contracts* suscita un gran interés para el Derecho Internacional Privado, ya que Internet supone un contexto propiamente internacional y deslocalizado, por estos motivos en ocasiones no es viable dar respuesta a los conflictos que puedan ocasionar la contratación a través de los *Smart Contracts* a través de los regímenes jurídicos tradicionales e internos de cada Estado ya que no existe en el ámbito de Derecho Internacional Privado un sistema jurídico armonizado de los contratos concluidos a través de Internet. Cada país dispone de sus propias normas que regulan las relaciones jurídicas que surgen entre personas, a su vez, en ocasiones en un mismo Estado pueden convivir varias normativas de carácter estatal con otras de carácter local, regional o supranacional. Por lo tanto, si nos encontramos ante una situación privada cuando todos sus elementos se encuentran ubicados en un único Estado, estaríamos ante un supuesto jurídico interno, pero una vez que en una relación jurídica aparece un elemento extranjero, ya estamos ante la situación privada internacional.<sup>7</sup>

Dichas relaciones privadas internacionales, es decir aquellas, que contienen un elemento extranjero presentan mayor complejidad ya que en estas relaciones se cruzan distintos ordenamientos jurídicos, y es ahí donde entra en juego el Derecho Internacional Privado con el objetivo de aportar soluciones a las relaciones jurídicas que surgen en el ámbito transfronterizo, con principales cuestiones jurídicas a resolver como es la competencia judicial internacional y la determinación de la ley aplicable.

---

7 Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., S.L., S., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2013, p. 577.

En este sentido la única vía factible para ofrecer soluciones para los conflictos que puedan surgir en este tipo de relaciones jurídicas contractuales a través de internet como es el caso de los *Smart Contracts* en el ámbito europeo, es aplicando el régimen general de obligaciones contractuales regulado en los Reglamentos Europeos. Esta relación contractual se puede ejecutar de dos formas, dependiendo de los sujetos que participan en el contrato, por lo que debemos diferenciar los *Smart Contracts* celebrados entre empresas (B2B) y los *Smart Contracts* celebrados entre empresarios y consumidores (B2C). Las diferentes circunstancias que rodean a estas relaciones contractuales, así como en especial la presencia de una parte débil en una de ellas, suponen una diferenciación en cuanto al régimen jurídico aplicable a las mismas e igualmente abren las posibilidades a la utilización de mecanismos distintos para la resolución de las controversias que pueden surgir en este ámbito.

### **3.1. Competencia judicial internacional y *Smart Contracts***

Para determinar la Competencia Judicial Internacional y la ley aplicable a los conflictos contractuales ocasionados por los *Smart Contracts*, realizaremos el análisis desde dos perspectivas:

- Desde la perspectiva de los *Smart Contracts* celebrados entre empresas (B2B).
- Desde la perspectiva de los *Smart Contracts* celebrados entre empresarios y consumidores (B2C), donde existe una protección especial al consumidor por ser considerado parte débil de la relación jurídica.

Para determinar la Competencia judicial Internacional acudiremos a los instrumentos normativos siguientes: a) Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (= Reglamento “Bruselas I Bis”); b) Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre 2007 (= Convenio de “Lugano II”); y, c) Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (= LOPJ 2015).

### ***3.1.1. Relaciones contractuales entre empresas mediante Smart Contracts: foros de competencia en el Reglamento de “Bruselas I bis” y en el Convenio de “Lugano II”***

Los *Smart Contracts* entre empresarios (*B2B*), se relacionan con el uso de Servidores Seguros, que se reconocen por su navegación mediante el Protocolo *HTTPS*<sup>8</sup> y que proporciona a las empresas la posibilidad de hacer todo tipo de compra - venta a través de Internet en tiempo real, por lo que las empresas podrían usar los *Smart Contracts* en una de las fases de la contratación o en toda la relación contractual. En este tipo de relación comercial no se tendrá en cuenta al destinatario final, es decir, se trata de un contrato que se concluye exclusivamente entre empresas, si incluimos el cliente final no estaríamos hablando del contrato (*B2B*), sino del contrato (*B2C*).

---

8 Se trata de un protocolo de aplicación, que permite transferir los datos vía electrónica con toda la seguridad, ocasionalmente utilizado por las tiendas *online*, bancos y en general por todos los portales *web* donde se necesita enviar datos personales o las contraseñas.

Para determinar la competencia judicial internacional en las controversias que pueden surgir de *Smart Contracts* entre empresas (B2B), tenemos que aplicar las reglas generales previstas en el Reglamento “Bruselas I bis” referente a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

En materia contractual existe concurrencia de foros:

**a) Foro general de la sumisión expresa.**

La voluntad de las partes de elegir el Tribunal sólo será válida cuando se cumplan dos requisitos. Por un lado, se debe tratar de una elección por ambas partes contratantes de un Tribunal de un Estado parte. En segundo lugar, al menos una de las partes del conflicto debe tener su domicilio en un Estado miembro. Si no se cumpliese ambas condiciones no procedería la aplicación de las reglas comprendidas en dicha disposición. Además, el pacto sobre el Tribunal competente, se debe celebrar por escrito. Con esa condición, se quiere garantizar que el acuerdo concluido entre los contratantes del Tribunal competente, se ha perfeccionado con pleno consentimiento de ambas partes. Así lo establece el artículo 7 del Reglamento “Bruselas I bis” y el artículo 5 del Convenio de “Lugano II”, tal como señala el artículo 25 del Reglamento “Bruselas I bis” y artículo 23 del Convenio de “Lugano II”.

**b) Foro general de la sumisión tácita**

Está previsto en el artículo 26 del Reglamento “Bruselas I bis” y en el artículo 24 del Convenio de “Lugano II”.

El artículo 26 del Reglamento “Bruselas I bis” atribuye competencia al tribunal ante el cual compareciere el demandado, salvo que el objeto de su comparecencia sea impugnar la

competencia o exista otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24.

Respecto a los foros generales sería necesario que en los *Smart Contracts* utilizados en este tipo de relación contractual, se cumplan los requisitos establecidos en la normativa. Una de las formas para llevar a cabo las exigencias establecidas en la normativa, sería, que al desarrollar el *Smart Contract* se configure, para que ambas empresas manifiesten su acuerdo en cuanto a la competencia judicial que deseen acordar, esta configuración se almacenaría en las cadenas de bloques, siendo estos medios de prueba de que el acuerdo se llevó a cabo por ambas partes de forma voluntaria y escrita. En la aplicación de la sumisión tacita no se ve complicación ya que se establecerá cuando el demandado responda a la demanda.

### **c) Foros concurrentes**

El domicilio del demandado en un Estado miembro, en principio funciona sin complejidad, siempre y cuando una empresa (demandante) que ha establecido una relación contractual por medio de un *Smart Contract* quiera iniciar un procedimiento judicial frente a la otra empresa (demandado). Se debe identificar el domicilio habitual de la empresa que se encuentra en la posición de demandado. En algunas ocasiones la identificación del domicilio del demandado podría presentar dificultad en su identificación ya que algunas empresas que operan a través de Internet proporcionan el “domicilio aparente” o incluso no dicen nada sobre su localización, este inconveniente se subsanaría a través de mecanismos como firma electrónica que se podrían usar en los *Smart Contracts*.

La normativa señala que las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los

órganos jurisdiccionales de dicho Estado, artículo 4 del Reglamento “Bruselas I bis” y artículo 2 del Convenio de “Lugano II”.

En materia contractual será ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, dicho lugar será el establecido por el Artículo 7 del Reglamento “Bruselas I bis” y artículo 5 del Convenio de “Lugano II”. En los foros concurrentes quien rompe los foros es el demandante.

Como hemos señalado anteriormente el primer inconveniente que se puede plantear en relación con los contratos internacionales realizados a través de los *Smart Contracts* entre empresas (B2B), es que cabe la posibilidad de desconocer el domicilio del demandado ya que es muy común, en las contrataciones a través de los medios electrónicos que las empresas no identifiquen correctamente sus datos ni en qué Estado tienen su domicilio. Para resolver este tipo de dificultad, en la normativa nacional española se han propuesto dos soluciones, por un lado, la utilización de la firma digital y, por otro lado, es obligatorio que las empresas que actúan en el mercado económico a través de Internet se identifiquen. Por lo que al realizar un contrato mediante un *Smart Contract* se deberá tener en cuenta los datos proporcionados de ambas empresas al configurar el contrato.

### ***3.1.2. Relaciones contractuales entre empresas, consumidores y Smart Contracts: foros de protección en el Reglamento “Bruselas I bis” y en el Convenio de “Lugano II”***

Los *Smart Contracts* aplicados a la contratación de bienes y servicios se transmiten por medio de un sistema electrónico de



contratación a distancia, establecido por el vendedor, siendo comprador un consumidor, es decir, el destinatario final del producto o servicio.

En los contratos de consumo el consumidor es considerado como parte más débil dentro de la contratación internacional, por lo que tiene sus propias soluciones con el fin de protegerlos. En estos casos se aplican los artículos 17 a 19 del Reglamento “Bruselas I bis” y el Convenio de “Lugano II”, los artículos 15 a 17 cuyo ámbito de aplicación será territorio “Lugano II” (= Noruega, Islandia y Suiza).

- **Si el que demanda es el consumidor:** El consumidor puede demandar al empresario, a su elección, ante los tribunales siguientes: 1º) Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario, o 2º) Tribunales del país en el que estuviera domiciliado el consumidor.
  
- **Si el que demanda es el empresario:** La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor.

Empresario y consumidor pueden acudir a los tribunales expresamente pactados entre ellos. Pero, para ello, es preciso que tales pactos sean posteriores al nacimiento del litigio o permitan al consumidor formular demanda ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento o en el Convenio.

### **3.1.3. Relaciones contractuales entre empresas, consumidores, Smart Contracts y Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015**

Para la aplicación de la LOPJ 2015, en controversias a causa de un *Smart Contract* tenemos que buscar los puntos de conexión con el foro español. Será de aplicación en materia contractual el artículo 22 quinquies, cuando exista autonomía de la voluntad será de aplicación el artículo 22 bis.

### **3.2. Determinación de la ley aplicable y Smart Contracts**

Para la determinación de la Ley aplicable, será de aplicación el **Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales Reglamento “Roma I”**, que resulta plenamente aplicable a la comercialización electrónica y por tanto a los *Smart Contracts*. Al igual que en la determinación de la Competencia Judicial Internacional distinguiremos entre: relación contractual entre empresarios (*B2B*) mediante *Smart Contracts* y relación contractual entre empresario y consumidor (*B2C*) mediante *Smart Contracts*.

#### **3.2.1. Ley aplicable a las relaciones contractuales entre empresas mediante Smart Contracts**

El Reglamento “Roma I” a la hora de determinar la ley aplicable a los contratos internacionales mediante *Smart Contracts* (*B2B*) propone dos vías:

- Por un lado, la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable.
  - Por otro lado, en defecto de la anterior, el Derecho aplicable se determinará según las reglas previstas en el artículo 3 y 4 del Reglamento “Roma I”.
- a) Autonomía de la voluntad y elección de la ley aplicable

En la contratación interna, las partes tienen plena libertad para establecer el contenido de los contratos, lo que se denomina autonomía material, regulada en el artículo 1255 del Código Civil español. Sin embargo, en el ámbito internacional se habla de la autonomía conflictual. Tal autonomía se refiere a la posibilidad que tienen las partes de elegir el Derecho aplicable al contrato de naturaleza internacional, a diferencia de la autonomía material que actuaría exclusivamente en el ámbito de la ley material así elegida. El artículo 3 del Reglamento “Roma I” prevé el principio de autonomía de la voluntad a la hora de determinar la ley del contrato, el apartado primero de dicha disposición permite que las partes contratantes elijan la ley que regirá el contrato. Con el término “Ley” se entiende que uno de los requisitos que debe manifestar dicha ley elegida es que debe de tratarse de un Derecho estatal, aunque la propia Exposición de Motivos del Reglamento “Roma I” no impide que las partes escojan como ley aplicable a su contrato un convenio internacional o un Derecho de naturaleza no estatal.<sup>9</sup>

Respecto a la regla general lo establece el artículo 3.1 el cual señala que el contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera

---

9 Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos, IGLESIAS BUHIGUES, José Luis, *Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 501.

inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. Esta autonomía de la voluntad para elegir la ley aplicable tiene como límite lo establecido en las normas imperativas.

- b) La ley aplicable en ausencia de elección por las partes. Los ocho tipos de contratos del artículo 4.1 del Reglamento “Roma I”. Conexión subsidiaria.

El artículo 4 del Reglamento “Roma I”, regula la aplicación de la ley, en los supuestos cuando las partes contratantes no hayan acordado qué Derecho será aplicable al contrato, exceptuando algunas categorías de contratos que se regirán por un sistema especial, que son previstos en los artículos: 5 (= contratos de transporte), 6 (= contratos de consumo), 7 (= contratos de seguros) y 8 (= contratos individuales del trabajo) del Reglamento “Roma I”.

En primer lugar, el artículo 4.1 del Reglamento “Roma I”, se dedica determinar la ley aplicable según el tipo de contrato que se trate, previendo, que será aplicable la normativa del Estado de la residencia habitual de una de las partes del contrato o de ubicación donde se encuentra el elemento principal del contrato. Como señala este precepto la ley aplicable al contrato realizado se determinará conforme al tipo de contrato, y establece 8 tipos diferentes.

Para los contratos que no se encuentren incluidos en el apartado 4.1 se regirán por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

- c) La ley aplicable en ausencia de elección por las partes del artículo 4.2 del Reglamento “Roma I”

En defecto de todo lo anterior, es decir que las partes no hayan elegido la ley aplicable o que los contratos no estén incluidos en el artículo 4.1 y sea difícil determinar quién es el prestador de servicios, el reglamento ofrece la solución en los artículos 4.2.

El apartado segundo del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, prevé el mecanismo de la ley aplicable para los demás contratos o para aquellos **contratos complejos** que dentro de un mismo contrato impliquen diversos tipos contractuales del apartado primero del mismo artículo, la normativa aplicable será la del Estado de la residencia habitual del contratista que debe ejecutar la prestación característica prevista en el acuerdo. Aunque el Reglamento “Roma I” no incluye el significado de prestación característica, podemos precisar la noción de dicha prestación como aquella que se refiere a la obligación del contrato que describe el tipo de acuerdo, y muestra su función económico-jurídica<sup>10</sup>. Por la regla general, para localizar en un contrato la prestación característica se suele atender a aquella parte del acuerdo y a aquella persona contratante que debe de realizar la contraprestación que consiste en el pago de dinero, ya que el objeto y la esencia del contrato será dicho pago. Sin embargo, en aquellos contratos cuando no será posible determinar la prestación característica en base al pago de dinero, la regla anterior no será de aplicación y habrá que buscar otros criterios, como la diferente responsabilidad o riesgo que cada prestación supone, para identificar dicha prestación característica.

Donde más dificultades pueden suscitar para poder localizar la prestación característica, es en el ámbito del moderno tráfico mercantil, en el que se extienden contratos atípicos, como el

---

10 Vid. F.R., J.C., S.L., S., *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 563.

supuesto de los *Smart Contracts*, contratos de *joint-venture*<sup>11</sup> o contratos de *co-branding*<sup>12</sup>, en ocasiones este tipo de contratos encajaran en alguno de los contratos previstos en el apartado primero del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, como son los contratos de distribución o de franquicia. En otras ocasiones nos encontraremos con limitaciones y dificultades para poder determinar el Derecho aplicable de estos contratos atípicos, como es el supuesto de los contratos sobre los derechos de propiedad industrial e intelectual.

En aquellos casos donde no se pueda identificar la prestación más característica de un contrato o del conjunto de los elementos que componen un contrato, habrá que analizar cada supuesto individualmente a la condición de los vínculos más estrechos que presenta el acuerdo con un determinado ordenamiento jurídico, ya que no cabe la posibilidad de aplicar varias normativas de distintos países como las leyes aplicables al contrato mixto.

- d) Criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del artículo 4.3 del Reglamento “Roma I”. Cláusula de escape

El criterio de los vínculos manifiestamente más estrechos del artículo 4.3 de Reglamento “Roma I” operará en aquellos supuestos, cuando el contrato de que se trate no se identificará con ninguno de los previstos en el apartado primero del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, o cuando no se pueda identificar cuál es la residencia habitual del prestador característico. Así, el artículo 4.3 del Reglamento “Roma I” prevé la llamada cláusula de escape, con el principal objetivo de impedir que a los contratos

---

11 El acuerdo de *joint-venture* se refiere al pacto entre dos o más empresas diferentes de asociarse o juntarse con el fin de realizar un proyecto de negocio en común.

12 El contrato de *co-branding* se refiere a la asociación de marcas de compañías diferentes para posteriormente crear marcas conjuntas o para crear entre diferentes empresas que venden el mismo producto sitios web compartidos.

internacionales se apliquen una normativa de un determinado país que no presenta vínculos manifiestamente más estrechos. El legislador europeo a la hora de elaborar la cláusula de escape analizó la importancia del interés de los contratantes y del propio comercio internacional ya que iría en contra de dichos intereses aplicar una normativa que no tiene ninguna vinculación con el acuerdo. Por otro lado, dicha cláusula de escape corresponde a la condición de proximidad que debe de mantener el acuerdo y ley aplicable. Según dicha norma, el principio de los vínculos manifiestamente más estrechos es una herramienta que desempeña una función correctora de las opciones previstas en los apartados primero y segundo del artículo 4 del Reglamento “Roma I”.

e) Criterio de los vínculos más estrechos del artículo 4.4 del Reglamento “Roma I”. Cláusula de cierre

Por otra parte, la regla prevista en el apartado cuarto del artículo 4 del Reglamento “Roma I” será de aplicación en los supuestos cuando los acuerdos no se identificarán con ningún tipo del contrato previsto en el apartado primero del mismo artículo, y tampoco será posible determinar la residencia habitual de la parte del acuerdo que debe realizar la obligación característica, a estos contratos se aplicará la normativa del Estado con la que presente los vínculos más estrechos.

La opción que ofrece el artículo 4.4 del Reglamento “Roma I” en este caso actúa como una cláusula de cierre para determinar el Derecho aplicable al contrato. El Reglamento “Roma I” no contiene ninguna precisión que se debe de entender por la vinculación más estrecha, aparte de la indicación en su Preámbulo, que a la hora de precisar el Estado con el que el acuerdo presenta los vínculos más estrechos hay que tener en cuenta, entre otros aspectos, si el acuerdo guarda una relación muy estrecha con otro acuerdo o varios acuerdos. Con ocasión, será necesario acudir

a la regla del apartado cuarto del artículo 4 del Reglamento “Roma I”, cuando el contrato estará compuesto por más de un contrato regulado en el apartado primero del mismo artículo, ya que en estos supuestos cuando se trata de los contratos mixtos muchas veces suele ser difícil determinar cuál es la prestación característica.

Recapitulando lo que establece el artículo 4 del Reglamento “Roma I”, podemos ver que nos ofrece tres soluciones:

- Por el artículo 4.1 tenemos ocho tipos de relaciones contractuales a las que se puede aplicar este artículo.
- Por el artículo 4.2, cuando no cabe el 4.1, el contrato se regirá por ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación, es decir el vendedor.
- El artículo 4.3 y 4.4, se dan en los vínculos más estrechos y actúan como cláusula de cierre.

Analizando los artículos 3 y 4, del Reglamento “Roma I” podemos señalar lo siguiente:

- El contrato se regirá por la ley elegida por las partes.
- A falta de elección se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual.
- El contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual.



### ***3.2.2. Ley aplicable a relaciones contractuales entre empresarios, consumidores y Smart Contracts***

De la misma forma que en la Competencia Judicial Internacional se considera al consumidor la parte más vulnerable de la relación comercial por lo que se le establece mayor protección. En este tipo de relación contractual es frecuente que la elección de la Ley sea, una Ley impuesta por el empresario o profesional al consumidor, por lo que el consumidor no tiene otra salida que aceptar dicha elección si quiere contratar.

En general, todo contrato celebrado entre profesional y consumidor está cubierto por el artículo 6 del Reglamento “Roma I”. En el caso de contratos celebrados por consumidores en las condiciones materiales, subjetivas y espaciales exigidas por el artículo 6 Reglamento “Roma I”, el contrato se regirá por la Ley elegida por los contratantes siempre que dicha elección no comporte, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1 del artículo 6 Reglamento “Roma I”. Por tanto, si la Ley elegida por las partes ofrece una protección jurídica al consumidor que resulta inferior a la que brindan las disposiciones imperativas de la Ley del Estado de la residencia habitual del consumidor, dicha Ley elegida no se aplicará al contrato. En defecto de una válida elección de Ley, el contrato de consumo se regirá por la Ley del país de la residencia habitual del consumidor.

Una vez analizado la normativa correspondiente para la determinación de la Ley aplicable, debemos señalar que para poder aplicar las reglas previstas en los artículos 3 y 4 del Reglamento “Roma I” en los *Smart Contracts* hay que tener en cuenta dos aspectos:

- Por un lado, la situación física de los servidores, ya que dicho lugar del servidor a la hora de determinar el Derecho aplicable a un contrato celebrado entre empresas a través *Smart Contracts* será irrelevante.
- Por otro lado, debemos tener en cuenta la posibilidad de la sede aparente del prestador característico, ya que a menudo, la parte contratante que se considera ser el prestador característico tiene su establecimiento en un Estado determinado, pero en su página web se puede presentar como si fuera una compañía de otro Estado.

Cuando se pueda demostrar de modo evidente que el contrato internacional celebrado a través *Smart Contracts* entre empresas, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un determinado Estado, el acuerdo se regirá por la normativa de dicho Estado. Asimismo, se acoge a la normativa de un determinado Estado que presenta los vínculos más estrechos con el acuerdo y cuando las reglas de los apartados uno y dos del artículo 4 del Reglamento “Roma I” para la determinación de la Ley aplicable a este tipo de contrato no proceden.

De esta forma, la determinación del Derecho aplicable a los *Smart Contracts* entre empresas (*B2B*) procederá, en primer lugar, cuando no sea posible determinar cuál es la prestación característica del acuerdo, en segundo lugar, cuando en el momento de conclusión del contrato no se conocerá la sede del prestador, y, por último, cuando en el contrato se prevea que la prestación característica se debe realizar desde dos distintos países. Debido a las características singulares de los *Smart Contracts* siendo la principal su auto ejecución, cabe señalar que en este tipo de relaciones contractuales las controversias que puedan llegar a surgir serán mínimas, ya que los *Smart Contracts* están programados

para que la ejecución del contrato se realice de forma segura para ambas partes, el conflicto que puede surgir de este tipo de relación contractual será posteriormente y es ahí donde entrarían las normas del Derecho Internacional Privado.

Es cierto que aún quedan bastantes consideraciones legales por resolver con respecto a los *Smart Contracts*, como el derecho al olvido. Pero el mundo, y sus legislaciones, ya se están abriendo a ellos, por ejemplo, en Arizona (Estados Unidos) se ha determinado que tienen el mismo estatus legal que los contratos tradicionales.<sup>13</sup>

Es importante destacar que en el futuro es muy probable que, los informáticos deban estudiar regulaciones normativas a un nivel superficial para evitar conflictos de base, y los abogados deban tener al menos conocimientos básicos de programación para entender las limitaciones de la tecnología y ayudar a compatibilizarla con la normativa vigente.

Un tratamiento específico merece la utilización de los *Smart Contracts* a los efectos de acreditar transacciones u otras circunstancias objeto de registro mediante esa tecnología. En principio, las exigencias de forma en relación con una determinada transacción vendrán determinadas por la ley aplicable a la validez formal (en particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento “Roma I”, sin perjuicio de la aplicación de reglas propias en el caso de ciertas exigencias derivadas de la legislación sobre consumidores o propiedad intelectual, así como la eventual incidencia de reglas especiales como la del artículo 25.2 Reglamento “Bruselas I bis” con respecto a la forma escrita en la contratación electrónica, presupuesto de la eficacia de los

---

13 Esta decisión constituye la primera resolución a gran escala para la legalización de la tecnología y para su aplicación en una gran cantidad de actividades del día a día. La noticia fue publicada por el *Diario Bitcoin* el 5 de abril del 2017: <https://cutt.ly/LZyoIJ>.

acuerdos atributivos de competencia). Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la eficacia probatoria de los *Smart Contracts* para acreditar transacciones u otras circunstancias en el marco de procesos judiciales vendrá en principio determinada, en tanto que cuestión procesal, por la *lex fori*.<sup>14</sup>

#### 4. REFLEXIONES FINALES

**PRIMERA.- Los contratos inteligentes... ni son “contratos” ni son “inteligentes”:** esta es la principal reflexión que se extrae de todo lo estudiado en el presente trabajo, y es la más paradójica, alcanzándose una vez que se profundiza en el estudio de la naturaleza y características de los *Smart Contracts*, pero, ¿por qué decimos que no son contratos?, que exista un código dentro de una *Blockchain* que active automáticamente una operación al cumplirse una condición no es un contrato en sí, sino la ejecución de un contrato que ya existía. Previamente, las partes han llegado a un acuerdo formal y el hecho de que eso se ejecute a través de una cadena de bloques o de cualquier otra plataforma es irrelevante para que sea considerado un contrato; ¿Por qué decimos que no son inteligentes?, pues debido a que, en la mayoría de los casos, se tratan de una mera automatización de órdenes básicas previamente establecidas, lo cual, en definitiva, no puede considerarse como muy inteligente.

Es cierto que sus usos potenciales son infinitos. Se trata de una figura novedosa, dinámica, y en constante evolución, cuyos usos potenciales son infinitos. Por ahora, se está abriendo camino en el entorno financiero, donde se utiliza con mucha intensidad

---

14 *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P., “Smart Contracts, blockchain, derechos de autor y Derecho internacional privado”, disponible en: <http://pedrodemiguclasesnio.blogspot.com/2019/06/smart-contracts-blockchain-derechos-de.html>.

para instrumentar lanzamientos de iniciativas *Blockchain*. Otros posibles usos podrían ser: a) en el Comercio. Una vez comprobada por geolocalización la llegada de la mercancía, se genera automáticamente la orden de pago; b) en los alquileres. A través de una cerradura inteligente, el arrendador podría bloquear el acceso a la vivienda al inquilino una vez concluido el contrato; c) por las inmobiliarias. Un sistema similar puede permitir a la empresa abrir la puerta a un sujeto determinado para que visite la casa sin tener que enviar un comercial; d) en el sector seguros. Los datos recogidos por los sensores de un automóvil inteligente pueden ser incorporados directamente al parte de un accidente; y/o, e) en el sector transporte. Un contrato inteligente puede permitir el pago inmediato de la indemnización al pasajero de una aerolínea en caso de retraso o cancelación de su vuelo.<sup>15</sup> No obstante, su propia configuración lleva a concluir que los *Smart Contracts* no tienen, desde el punto de vista técnico jurídico, naturaleza contractual, ni tampoco que puedan considerarse inteligentes por cuanto que se limitan a llevar a cabo procesos automatizados previamente preestablecidos.

La auténtica revolución sería aplicar técnicas de aprendizaje automático para que ese código sea capaz de hacer valoraciones subjetivas por sí mismo, como determinar si una sociedad está válidamente constituida para después ejecutar sobre ella esas órdenes.<sup>16</sup>

## **SEGUNDA.- El surgimiento de los *Smart Contracts* crea la necesidad de reflexionar, desde el Derecho internacional privado, sobre el marco jurídico más**

---

15 *Vid.* “Así son los “Smart Contracts”: si no paga una cuota del coche, ya no podrá abrirlo”, disponible en [https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372\\_446750.html](https://elpais.com/economia/2018/12/27/actualidad/1545928372_446750.html).

16 *Vid.* [https://retina.elpais.com/retina/2018/03/05/tendencias/1520249835\\_156767.html](https://retina.elpais.com/retina/2018/03/05/tendencias/1520249835_156767.html).

**apropiado a los requerimientos que este fenómeno ira generando a medida que su uso se vaya generalizando.**

Con el crecimiento del comercio internacional y la aparición de nuevas tecnologías que facilitan las contrataciones de bienes y servicios entre empresas sin tener en cuenta la ubicación geográfica, el Derecho Internacional Privado, ha elaborado respectivos Reglamentos, con el fin, de aportar la mayor seguridad jurídica posible para dichos intercambios comerciales.

El Reglamento “Bruselas I bis”, que facilita una serie de reglas para determinar la competencia judicial internacional para los supuestos litigiosos en materia contractual<sup>17</sup>, contiene suficientes foros de competencia judicial internacional para que ninguna obligación incumplida se quede sin justicia, pero hay que señalar que ha sido redactado por el legislador europeo sin tener en cuenta las contrataciones electrónicas; es por este motivo que se necesitaría una normativa adaptada a la contratación online entre empresas, ya que sería más precisa y resolvería todas las posibles dudas que ocasiona dicha materia.

En cuanto al Derecho aplicable a los contratos internacionales de carácter electrónico, debemos atender a las reglas generales del Reglamento “Roma I”. Dicho Reglamento a la hora de ser elaborado por el legislador europeo tampoco ha tenido en cuenta los contratos que se concluyen a través de Internet entre empresas por lo que también sería conveniente tener una normativa específica para este tipo de contratos, porque aportaría una mayor seguridad jurídica.

---

17 Se pueden, de forma alternativa, someter las controversias derivadas de los *Smart Contracts* al arbitraje. *Vid.*, en este sentido, en relación con la propuesta de una cláusula arbitral para los *Smarts Contracts*, <https://dernegocios.uexternado.edu.co/comercio-electronico/propuesta-de-clausula-compromisoria-para-el-contrato-inteligente-smart-contract>.

El Reglamento “Roma I” establece, como criterio para decidir la ley aplicable, la autonomía de los contratantes. Las partes pueden escoger la ley aplicable. Atención, pues, a las cláusulas del *Smart Contract*. La elección debe manifestarse expresamente o ser inequívoca. Si las partes no lo fijan en el contrato, se aplicará la ley de la residencia habitual o administración central de la parte que realizará la “prestación característica” del contrato. Por ejemplo: prestación del servicio o entrega del software. Y, el Reglamento “Roma I” establece también la ley aplicable, cuando las partes no lo fijaron. Muchos de estos casos son aplicables a *Smart Contracts*. Por ejemplo: la compra de mercancías se rige por la ley de residencia del vendedor, el contrato de servicios por la residencia del prestador, la franquicia o distribución por la del franquiciado o distribuidor. Los contratos de transporte, por la ley de la residencia del pasajero, los contratos de consumo, por la del consumidor.

Tras el Reglamento “Roma I”, será de aplicación el artículo 10.5 del Código Civil, que reconoce la autonomía de la voluntad, siempre que se escoja la ley aplicable de forma expresa y que tenga alguna conexión con el negocio. En su defecto, se aplicará la ley nacional común a las partes; o de residencia habitual común, y, finalmente, la ley del lugar de celebración del contrato.<sup>18</sup>

Los contratos inteligentes no son problemáticos para el Derecho Internacional Privado también porque el principio de autonomía de las partes permite a las partes de un “contrato inteligente” especificar las leyes nacionales a las que se someterá ese contrato. Incorporado en el artículo 3 del Reglamento “Roma I”, el principio de la autonomía de las partes permite a las partes someter su contrato a la ley que deseen y sin requerir una conexión

---

18 Vid. <http://togas.biz/articulos/articulo-profesionales-e-commerce-y-smart-contracts-smart-contract-internacional-2-3->.

territorial con esa ley. Sin embargo, existe cierta controversia sobre la forma en que este principio podría mantenerse con respecto a los contratos inteligentes. Es difícil ver, sin embargo, cómo se puede representar una elección de ley de manera algorítmica ('if-this-then-then-that'). Sobre la base del Reglamento "Roma I", la ley aplicable se determina por el principio de la autonomía de las partes. Para la mayoría de los contratos, no se requiere un formulario específico para la definición de los términos. Por lo tanto, debería ser posible (técnica y legalmente) incluir una cláusula de elección de ley en un contrato inteligente. Las partes podrían incluso acordar e implementar una función específica de contrato inteligente que, si se ejecuta, responde con el mensaje: Este contrato ha sido interpretado de acuerdo con la ley suiza y se rige por ella. Si bien, esa elección de la ley también puede incluirse en un acuerdo fuera de un contrato inteligente dado.

En definitiva, el mundo jurídico aún tiene que asimilar plenamente las nuevas realidades de la tecnología, incluidos los contratos inteligentes. Así que, en última instancia, la respuesta a esta pregunta estará en los procesos legales individuales en jurisdicciones de todo el mundo (y con su ley aplicable correspondiente).<sup>19</sup>

## **5. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**

DE MIGUEL ASENSIO, P., "Smart Contracts, blockchain, derechos de autor y Derecho internacional privado", disponible en: <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/06/smart-contracts-blockchain-derechos-de.html>.

---

19 *Vid.* <https://es.cointelegraph.com/news/smart-contracts-are-no-problem-for-the-worlds-legal-systems-so-long-as-they-behave-like-legal-contracts>.



ESPAR, O., “Blockchain y Smart Contracts. Su impacto en los contratos de financiación de empresas y los obstáculos a su implementación”, en *Diario La Ley*, N° 9448, Sección Doctrina, 3 de Julio de 2019.

FELIU REY J., “Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado”, en *Revista la Ley Mercantil*, N° 47, Ed. Wolkers Kluwer, 2018.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2013

GALLEGO FERNÁNDEZ, L.A., “Cadenas de bloques y registros de derechos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 765.

GORDO VILLANUEVA, M., “Smart contracts y la tecnología blockchain en el derecho contractual”, en *Revista Sepin Nuevas tecnologías*, (SP/DOCT/73075) 2017.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., “Smart contract y notariado español: algunas claves orientadoras”, en *LA LEY Mercantil*, N° 48, junio 2018.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., HEREDIA SÁNCHEZ, L. S. Y LORENTE MARTÍNEZ, I., *Materiales de Derecho Internacional Privado para el Grado en Derecho*, 2ª edición, Difusión Jurídica, Madrid, 2020.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., *Smarts Contracts y Derecho Internacional Privado*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

PUYOL, J., ¿Qué son los “Smart Contracts” o contratos digitales?”, en *Conflegal* disponible en: <https://cutt.ly/pZuayq>.

PUYUELO ESTALLO, VINUESA TOBAJAS, P., “Blockchain 2.0-Smart Contract: ¿Contratos inteligentes?”, disponible en: <https://cutt.ly/jZudcm>.

RÍOS LÓPEZ, Y., “La tutela del consumidor en la “contratación inteligente”. Los “smart contracts” y la “blockchain” como paradigma de la Cuarta Revolución industrial”, en VLEX, disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid./tutela-consumidor-contratacion-inteligente-756319901>.

TUR FAÚNDEZ, C., *Smart Contracts, análisis jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2018.

VEGA G. Y LÓPEZ BUENO O., “Cadena de bloques Guía básica para entender de una vez qué es eso del ‘Blockchain’”, disponible en: <https://cutt.ly/FZujT3>.

# REGISTROS DE LA PROPIEDAD Y CADENAS DE BLOQUES

*FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ*

REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD, MERCANTIL Y DE BIENES MUEBLES  
PROFESOR ASOCIADO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ERRÓNEA CONSIDERACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD PRINCIPALMENTE COMO BASES DE DATOS Y COMO BUZONES ELECTRÓNICOS, BASE DE LAS EXPECTATIVAS SOBREDIMENSIONADAS DE LAS POSIBILIDADES DE LA CADENA DE BLOQUES COMO TECNOLOGÍA SUPERADORA DE LOS MISMOS. 2.1. La consideración de los registros de la propiedad como bases de datos. 2.2. La creencia de que los registros de la propiedad son fácilmente automatizables porque son meros buzones electrónicos. 2.3. Acerca de si el conjunto formado por los contratos automatizados y la tecnología de la cadena de bloques pueden desempeñar las funciones de los registros de la propiedad inmueble. 2.3.1. *Las funciones esenciales de los registros de derechos: la generación de titularidades in rem inmobiliarias, posibilitando que sean conocidas por quienes tengan interés legítimo, reduciendo costes de información y de transacción y robusteciendo la realización del Derecho y la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas.* 2.3.2. *¿Puede el conjunto formado por los contratos automatizados y la cadena de bloques producir un efecto similar a la fe pública registral, esto es, similar a los efectos que producen el parágrafo 892 del Código Civil alemán –BGB- o el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española?.* 2.4. La necesidad de inmatricular on chain – tokenizar- los activos inmobiliarios a fin de posibilitar su transmisión mediante la cadena de bloques.

2.5. Apreciación de la identidad y capacidad de las partes:

2.5.1. *La necesidad de recurrir a oráculos, que son autoridades públicas;*

2.5.2. *La cadena de bloques debería utilizar plataformas de firmas electrónicas cualificadas, lo que es contrario a su filosofía fundacional.*

2.5.3. *Aun cuando pudiera identificar a los contratantes, la tecnología de la cadena de bloques no permite identificar al verus dominus ni, por tanto, al titular del ius disponendi.*

2.6. La cadena de bloques no puede garantizar que se han prestado todos los consentimientos necesarios y que, además, se han prestado válidamente. Los problemas del lenguaje máquina.

2.7. El dilema entre autoejecutabilidad y complejidad contractuales. Referencia al ámbito inmobiliario.

2.8. La función de control jurídico por la autoridad registral.

3. ¿PUEDE LA DENOMINADA REGLA DEL CONSENSO DE LA TECNOLOGÍA DE LOS BLOQUES ENCADENADOS ELIMINA, POR TANTO, LA NECESIDAD DE SUPERVISIÓN LEGAL POR PARTE DEL REGISTRADOR?

3.1. Consenso y cadena de bloques:

3.1.1. *El significado del consenso en el ecosistema de la cadena de bloques;*

3.1.2. *La criptografía y la teoría de juegos como herramientas para el consenso:* a) El mecanismo criptográfico; b) El recurso a la teoría de juegos; c) Los incentivos de los diferentes actores no están coordinados; d) No hay ninguna autoridad competente para tomar decisiones ni responsable de los daños causados. La necesidad de que integración de la cadena de bloques en las instituciones legales.

3.2. El alcance del consenso en el sistema transmisivo de la cadena de bloques.

3.3. El presunto consenso en el caso de doble venta y la solución *fork choice*.

3.4. La regla *fork choice* no significa consenso sino indefensión.

4. LA PREFERENCIA POR LA CONFIANZA EN TERCEROS PARA PROTEGER LA INTEGRIDAD JURÍDICA DE NUESTROS DERECHOS.

5. ESCENARIO ACTUAL DE LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES APLICADA A LOS REGISTROS INMOBILIARIOS.

5.1. Referencia general.

5.2. Referencia a la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La cadena de bloques se presenta como una tecnología autosuficiente, confiable por ser pública e inmodificable, que hace innecesaria la intervención humana y, por tanto, evita trámites y corrupción, que pretende sustituir no solamente a otras tecnologías sino a instituciones surgidas precisamente para generar confianza en las transacciones impersonales y, en última instancia, a los propios estados.

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido desde su lanzamiento – en 2008 por el probable pseudónimo Satoshi Nakamoto- la brecha existente entre las expectativas generadas por sus heraldos y la realidad apenas se ha reducido.

Por ello, como sostienen algunos autores, para que la cadena de bloques pueda desarrollar su potencial –sea cual sea su alcance real- y evitar fallos que pueden resultar catastróficos, los sistemas basados en ella necesitan integrarse en las instituciones legales<sup>1</sup>. Como demuestra la realidad, la cadena de bloques, frente a lo anunciado por sus promotores, no es inmodificable ni autouficiente por lo que la *lex cryptographica* no puede sustituir a la ley formal ni, por tanto, al Estado. Cuál acabe siendo el resultado de la interacción recíproca será distinto en cada caso.

Puede que, en determinados casos, la cadena de bloques acabe sustituyendo instituciones actualmente vigentes, mientras que, en otros, propicie modificaciones o sea un eficaz instrumento de *enforcement* y, en otros, en fin, carezca de utilidad.

---

1 WERBACH K., “Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.: 33:487, pág 489, 2018.

Partiendo de esta perspectiva y aunque la cadena de bloques ha sido calificada como una tecnología de usos infinitos<sup>2</sup>, centraré mi atención en las interacciones potenciales entre esta tecnología y los registros de la propiedad, o, mas precisamente, en algunos de los aspectos de tales interacciones, pues se trata de un asunto complejo que no puede ser abordado en su integridad en un artículo de esta extensión.

Para que tales interacciones puedan resultar fructíferas son necesarios los denominados contratos inteligentes – *smart contracts*-. Parece más apropiado, a mi juicio, denominarlos *contratos autoejecutables* o, mejor aún, *automatizados*, pues, para su ejecución, requieren, en la mayor parte de los casos, al menos en los relacionados con el ámbito inmobiliario, recurrir a los denominados oráculos. A este tipo de contratos solo me podré referir marginalmente.<sup>3</sup>

Es importante subrayar que la cadena de bloques no es una nueva tecnología sino una combinación de diferentes tecnologías conocidas desde hace tiempo, tales como redes persona a persona –*peer-to-peer*–, criptografía asimétrica, mecanismos descentralizados de consenso etc<sup>4</sup>. Pero lo más característico de la cadena de bloques es la filosofía en la que se basa y la combinación que realiza de dichas tecnologías, basada en la teoría de juegos, para conseguir los objetivos perseguidos.

---

2      DANKS E. En el prólogo a la traducción española de Tapscott D. y Tapscott La Revolución Blockchain, Ed. Deusto, 2017, pág.15

3      Las ideas esenciales de este artículo aparecen expuestas en el artículo “Contratos automatizados, Cadenas de Bloques y Registros de la Propiedad”, escrito junto LUIS A. GALLEGOS FERNÁNDEZ en *RCDI* núm. 778, págs. 851 a 975. En él se trata de los *Smart Contracts* o *Contratos Automatizados*.

4      Una exposición de la aparición progresiva de las diferentes tecnologías que, comenzando en 1950, acaban configurando *blockchain* puede verse en DE FILIPPI P. Y WRIGHT A, *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018, especialmente págs. 13-32.

Adicionalmente, para un enfoque adecuado de la cuestión, conviene recordar que esta tecnología nació inicialmente para transmitir *bitcoins*, una criptomoneda virtual que, como tal, es una unidad de medida del valor económico de las cosas, que solo existe en la red de la cadena de bloques *-on-chain-*, y no necesita tener existencia física, sino, tan solo, estar representada por signos, normalmente numéricos. Posteriormente, la plataforma *Ethereum* la ha aplicado al intercambio de criptomonedas por cosas<sup>5</sup>, las cuales tienen existencia física fuera de la cadena *-off-chain-* por lo que deben ser previamente digitalizadas para que puedan formar parte del tráfico dentro de la cadena. Conseguir que dichos activos físicos consten descritos con exactitud dentro de la cadena -es decir, la coordinación *off-chain-on-chain-* presenta un alto grado de complejidad y, normalmente, la necesidad de recurrir a terceros -oráculos-. A este aspecto también me referiré solo marginalmente.

De entrada, por tanto, la aplicación de la tecnología *blockchain* a los sistemas transmisivos inmobiliarios, de los que forman parte los sistemas registrales inmobiliarios, requiere contratos inteligentes y digitalización de los activos físicos que se desean transmitir y que tienen existencia fuera de la cadena *-asset tokens-*.

---

5 DE FILIPPI P. Y WRIGHT A, *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018, especialmente págs. 27 a 29.

## **2. LA ERRÓNEA CONSIDERACIÓN DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD PRINCIPALMENTE COMO BASES DE DATOS Y COMO BUZONES ELECTRÓNICOS, BASE DE LAS EXPECTATIVAS SOBREDIMENSIONADAS DE LAS POSIBILIDADES DE LA CADENA DE BLOQUES COMO TECNOLOGÍA SUPERADORA DE LOS MISMOS**

A fin de abordar adecuadamente la cuestión que constituye el objeto de estudio, creo que es necesario plantearse las razones del gran interés en indagar las potencialidades de la tecnología *blockchain* en relación a la transmisión de bienes inmuebles y a la seguridad de las titularidades sobre los mismos, funciones actualmente desempeñadas por los registros de la propiedad, especialmente en su modalidad de registros de derechos, y, en última instancia, por el sistema judicial.

A mi juicio existen, básicamente, dos tipos de razones. A saber:

### **2.1. La consideración de los registros de la propiedad como bases de datos**

Según Kay J.<sup>6</sup>, los activos físicos de las naciones son principalmente casas. La propiedad residencial representa alrededor del 60% del valor del *stock* de capital del Reino Unido y Francia, el 50% del de Alemania y el 40% de los activos físicos de Estados Unidos. El resto está formado, aproximadamente en las mismas proporciones, por propiedad comercial, infraestructuras y activos comerciales. Todos esos activos aparecen en los registros de la propiedad, los cuales, además, indican quiénes son sus

---

6 Véase KAY J. *El dinero de los demás*, Barcelona, RBA Ed. 2017, págs. 181-185.



propietarios y el estado de cargas, en el caso de los registros de derechos.

Además, según el mismo autor, la financiación de la compra de propiedad residencial es el elemento principal del mecanismo de asignación de capital de una economía moderna. A ello hay que añadir que, actualmente, la mayoría de las casas son propiedad de quienes viven en ellas. Las personas que compran una vivienda por primera vez suelen solicitar una hipoteca por un porcentaje sustancial, normalmente entre el 60 y el 100% del valor de la propiedad. Estas hipotecas también constan en los registros de la propiedad. Y no solo eso, también las limitaciones dispositivas de origen negocial, judicial o administrativo admisibles en diversos países.

Todo ello da una idea del enorme valor de los registros de la propiedad como *bases de datos* y las posibilidades de conocimiento que abre su tratamiento digital.

Los registros de la propiedad son, ciertamente, bases de datos, pero no son solo ni principalmente bases de datos a las que aplicar algoritmos ni están diseñados para serlo. Su función y su finalidad específicas son distintas al hecho de ser una base de datos en el sentido indicado y, en nuestra opinión, dichas función y finalidad no deben subordinarse a su posible utilidad como bases de datos útiles para otras funciones u otros fines distintos de los específicamente registrales.

## 2.2. La creencia de que los registros de la propiedad son fácilmente automatizables porque son meros buzones electrónicos

Parece existir la creencia de que los registros de la propiedad inmueble son instituciones fácilmente automatizables -y, por tanto, sustituibles por procedimientos tecnológicos- con especial facilidad y, en consecuencia, son un campo especialmente idóneo para aplicar la tecnología de la cadena de bloques<sup>7</sup>.

Ello hace surgir la cuestión de a qué se debe esa creencia. En mi opinión, la razón radica en que los no expertos en Derecho -y, lamentablemente, en ocasiones, también algunos profesionales

---

7 Así, por ejemplo, DE FILIPPI Y WRIGHT A. se refieren a que *blockchain* sirve de apoyo a registros resilientes, transparentes, no repudiables y resistentes a las trampas, destacando que las cadenas de bloques están almacenando documentos -*records*- de un modo secuencial, ordenados temporalmente, por partes conocidas y autenticadas, los cuales son accesibles -y auditables- por cualquiera con conexión a internet. Dichos documentos incluyen títulos inmobiliarios -*title to land*-. Op. Cit. Pág. 46. En realidad, se refieren a archivos, pero no a sistemas registrales en un sentido técnico. En cuanto a que se trata de documentos con partes conocidas y autenticadas, es una afirmación que puede considerarse correcta si se trata de documentos autenticados mediante firma electrónica o mediante intervención humana -notario-, pero no si se trata de transacciones realizadas mediante *blockchain*, ya que en esta tecnología contratan dos direcciones electrónicas, sin que pueda acreditar la identidad de las personas que se hallan tras ellas. Goldman Sachs estima que la aplicación de las tecnologías del libro o inventario -*ledger*- distribuido -DLT, por sus siglas en inglés- a los sistemas de *Title Insurance* en los Estados Unidos podría ahorrar entre dos y cuatro billones de dólares anuales. Ver SCHNEIDER V et al., *Blockchain: Putting Theory into Practice*, Goldman Sachs Equity Res. 4 (May 24, 2016), <https://www.scribd.com/doc/313839001/Profiles-in-Innovation-May-24-2016-1> [<https://perma.cc/93FJ-EEDW>]. Hay que recordar, sin embargo, como hace Schneider, que el seguro de título es necesario en los Estados Unidos porque tiene un sistema de "*registration by title*" en lugar de "*title by registration*", lo que impide que la registración confiera un título inatacable. TAPSCOTT D. Y TAPSCOTT A.-op. Cit., pág.42- se refiere a *blockchain* como instrumento que de seguridad, protección y garantía del derecho a la tierra y a otros bienes que se posean legalmente. Esta afirmación puede interpretarse en el sentido de que *blockchain* actuaría como *enforcer* del sistema legal en lugar de como sustituto del mismo.

del Derecho- suelen creer que los registros de la propiedad son simples buzones y, por lo tanto, los registros de la propiedad electrónicos simples buzones electrónicos.

A esta visión contribuye la concepción, no siempre explicitada, de que los registros de la propiedad se limitan a publicar procesos transmisivos consumados extraregistralmente sin que, por lo tanto, formen parte del proceso transmisorio. La única función del Registro de la propiedad consistiría, entonces, en “gestionar” la publicación de esos datos lo más rápida y fielmente posible.

Esta visión y esta concepción, convierten, así, a los Registros de la Propiedad inmueble en especialmente aptos para ser automatizados.

Ello tiene consecuencias negativas en todos los órdenes, mereciendo la pena resaltar, a los efectos de este artículo, la de generar unas expectativas difícilmente realizables sobre el alcance de la tecnología de los bloques encadenados en relación a estos registros, además de dificultar una adecuada inteligencia sobre la función de los mismos, obstaculizando, de este modo, un enfoque adecuado sobre las posibilidades y alcance de dicha tecnología en relación a los registros de la propiedad inmueble.

### **2.3. Acerca de si el conjunto formado por los contratos automatizados y la tecnología de la cadena de bloques pueden desempeñar las funciones de los registros de la propiedad inmueble**

Con las limitaciones expuestas, la cuestión central que voy a analizar en este artículo es la de si el conjunto formado por los

contratos automatizados y la tecnología de la cadena de bloques puede desempeñar las funciones de los registros de la propiedad inmueble, lo cual exige aclarar previamente cuáles son estas funciones.

***2.3.1. Las funciones esenciales de los registros de derechos: la generación de titularidades “in rem” inmobiliarias, posibilitando que sean conocidas por quienes tengan interés legítimo, reduciendo costes de información y de transacción y robusteciendo la realización del Derecho y la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas***

Aunque hay sistemas registrales de diversos tipos, me centraré, sobre todo, en los registros de derechos o de fe pública registral, comenzando por explicar sus funciones -qué hacen- para conseguir la finalidad perseguida

Para responder adecuadamente a esta cuestión, debemos partir de una serie de premisas básicas.

Los contratos solo producen efectos *inter partes* y, por lo tanto, solo sirven para ordenar las relaciones entre A y B, pero no las relaciones con C y, en general, con todos los demás, denominados terceros.

Las titularidades *in rem*, se caracterizan porque no pueden ser alterados *inter privatos* sin la voluntad de su titular, a diferencia de las titularidades *in personam* los cuales sí pueden ser alterados contra la voluntad de su titular, siendo sustituidos por la indemnización correspondiente.

Las titularidades *in rem* son más valiosas que las titularidades *in personam* porque impiden que terceros puedan influir tanto en la

titularidad como en el contenido de los derechos. Ello es así porque las titularidades *in rem* se hallan protegidas por una regla de propiedad mientras que las titularidades *in personam* lo están por una regla de responsabilidad<sup>8</sup>.

Las titularidades *in rem* sobre derechos reales inmobiliarios solo pueden ser adquiridas mediante usucapión o mediante un sistema adquisitivo basado en un registro de derechos. No basta un contrato, aunque vaya seguido de tradición y, por tanto, tampoco un contrato autoejecutable pues solo serviría para transmitir una titularidad obligacional, es decir, con efectos solamente *inter partes*. La razón estriba en que, en un contexto de contratación impersonal, cual es el propio de una economía de mercado, en ausencia de un Registro de derechos, no es posible tener la seguridad de que se está adquiriendo de alguien con poder de disposición sobre la cosa. El Registro de derechos suministra al adquirente esa seguridad.

Por definición, gracias a la fe pública registral, la inscripción suministra al mercado la identidad del titular del *ius disponendi* y, además, identifica las causas de anulación o resolución del derecho del mismo que, en caso de producirse, se impondrían al derecho del adquirente, ahorra a los adquirentes potenciales, es decir, al mercado, costes de información y, por tanto, de transacción ya que, como es sabido, los primeros están en la base de los segundos. Una sentencia de adquisición por usucapión no suministra al

---

8 CALABRESI G. Y MELAMED D. A., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of The Cathedral*, publicado en 1972 en la *Harvard Law Review*. Ver también MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., “Derechos reales y titularidades reales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736. *Grosso modo*, tal distinción, desde una perspectiva de análisis económico del Derecho, es equivalente a la distinción formulada por el Derecho Romano entre *actio in rem* y *actio in personam*. Si un derecho está protegido por una regla de propiedad, no puede ser alterado sin el consentimiento de su titular. Si está protegido por una regla de responsabilidad sí puede ser alterado, pero satisfaciendo al propietario la indemnización correspondiente.

mercado esa información porque no suministra al adquirente la información de si el titular según la sentencia ha dispuesto de su derecho y, en el caso de que adquiriera del titular según la sentencia, no queda protegido frente a quien haya adquirido de un titular registral con facultades de disposición y demás requisitos exigidos en nuestro ordenamiento por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

La fe pública registral, -que conlleva la adquisición de las titularidades inmobiliarias con efectos *erga omnes*-, la establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Parte de la regla básica del sistema transmisivo propio del Derecho común, en nuestro caso, contrato más *traditio*, consagrado por el artículo 609 del Código Civil, pero le exige tres requisitos complementarios<sup>9</sup>:

- (1) El adquirente negocial debe adquirir de quien sea titular registral y tenga facultades para transmitir.
- (2) Debe hacerlo a título oneroso y, además, de buena fe, y
- (3) Debe solicitar y obtener la inscripción del derecho negocialmente adquirido, lo que incluye la titularidad sobre el mismo.

En Derecho alemán, el requisito de la adquisición del titular registral deriva de los parágrafos 873 y 892.1 del BGB, el primero referente a la necesidad de inscripción o *Eintragung* para que se produzca la adquisición y el segundo referente a la *Gutgläubenswirkung*, que engloba tanto la presunción de exactitud como la fe pública registral. El requisito de la onerosidad no se exige de una forma expresa, sino que deriva de que, conforme al

---

9 MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán.*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, especialmente págs. 76 a 81.

parágrafo 822 BGB, la acción de enriquecimiento injusto puede alcanzar a los adquirentes a título gratuito.

Finalmente, el parágrafo 892.1 BGB, a diferencia del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no exige que el adquirente inscriba su adquisición para que tenga lugar la *Gutgläubenswirkung* o fe pública registral. Ello puede explicarse por el hecho de que en dicho sistema la inscripción es explícitamente constitutiva *inter contrahentes*, conforme al parágrafo 873 BGB, por lo que no es necesario volver a exigirla para que opere la *Gutgläubenswirkung*. En el sistema del Código Civil –artículos 609 y 1095 CC–, sin embargo, la inscripción no es explícitamente constitutiva y por ello el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se ve obligado a exigirla, lo que revela el auténtico alcance de la inscripción dotada de fe pública en el sistema registral español.

Los requisitos de onerosidad y buena fe se deben a que la fe pública registral solo opera en relación a los denominados actos de mercado, en los que ambos requisitos deben estar presentes. El primero se basa en la aplicación del principio *qui certat de damno evitando antependendus est qui certat de lucro captando*. El segundo se basa en que cabe que en el Registro de la Propiedad haya inexactitudes que, de ser conocidas por el tercero, éste no debe poder beneficiarse de dicho conocimiento, ni siquiera en perjuicio de un adquirente anterior meramente negocial. Cuestión distinta es cuáles son esas inexactitudes.

¿Por qué se exigen los otros dos requisitos? Tales requisitos adicionales, el primero y el tercero de los enumerados anteriormente, son los que implican la *publificación*<sup>10</sup> del sistema

---

10 Sobre el significado de la *publificación* del sistema transmisivo inmobiliario por el Registro de la Propiedad, véase MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P., *Fundamentación Económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal.*, Ed. Thomson Reuters, 2011, págs. 116 a 136.

transmisivo tabular. ¿Debería bastar con ello? No y por ello se requiere, además, que inscriba su adquisición, es decir, que solicite que el Estado le reconozca explícitamente como dueño. La razón de su exigencia hay que buscarla en el significado de la inscripción en un Registro de derechos.

La inscripción es un documento público que contiene una declaración formal de reconocimiento por el Estado de la titularidad de un derecho real sobre un bien inmueble, lo que implica, entre otras cosas, la atribución de una titularidad *in rem* o inatacable, si concurren las circunstancias exigidas por el sistema registral.

La inscripción dotada de fe pública registral es, así, el instrumento a través del cual el Estado suministra al mercado la identidad del *verus dominus*, que no es otro que el *dominus* reconocido como tal por el Estado mediante una inscripción dotada de fe pública registral, pues el adquirente negocial no inscrito es sólo eso, un adquirente meramente negocial o privado.

Para practicar la inscripción, es necesario que el Registrador -si se prefiere, la autoridad registral- examine que las partes han respetado los cauces legalmente establecidos para la transmisión así como que no se ha violado ninguna norma imperativa o prohibitiva que recaiga sobre la misma, lo que convierte al Registro en un eficaz instrumento de realización del Derecho.

Como consecuencia de todo ello, el Registro es, también un eficaz instrumento para potenciar la efectividad de las resoluciones judiciales y administrativas mediante la técnica de la anotación preventiva, tanto en fase cautelar como en fase ejecutiva.

De todas estas funciones, la función nuclear, la más propiamente registral que, además, posibilita las demás, es la



creación de titularidades inmobiliarias *in rem*, haciendo que su conocimiento sea accesible a quien tenga interés conocido. Me centraré, por tanto, en saber si la tecnología de la cadena de bloques podría hacer las veces de la fe pública registral, es decir, crear titularidades *in rem* y, además, facilitar su transmisión manteniendo la naturaleza de la titularidad y, por lo tanto, su eficacia *erga omnes*.

**2.3.2. ¿Puede el conjunto formado por los contratos automatizados y la cadena de bloques producir un efecto similar a la fe pública registral, esto es, similar a los efectos que producen el parágrafo 892 del Código Civil alemán –BGB- o el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española?**

Me centraré en el análisis de algunos de los aspectos más importantes implicados en esta cuestión, prescindiendo de otros por razones de espacio.

Por ejemplo, no me referiré a la regulación de los contratos que se celebraran al margen o por fuera de la cadena de bloques *-out chain-* en relación a los *property rights* inmobiliarios que, una vez inmatriculados *-tokenizados-*, en la cadena de bloques ya consten en los nodos, para centrarnos en la cuestión de si, hipotéticamente, podrían darse a los contratos de finalidad traslativa que figuraran en dichos nodos los mismos efectos que tienen hoy los asientos registrales en un registro de derechos sin intervención de tercero de confianza alguno por ser incompatible –idealmente- con la propia filosofía que inspira la cadena de bloques y que implica su autosuficiencia.

Todo ello, naturalmente, en el supuesto de que, una vez admitida la transmisión mediante la cadena de bloques, se admita su convivencia con sistemas de transmisión *out chain*. El mismo tipo de problemas habría que abordar en el caso de que se admitieran varias plataformas de cadenas de bloques en la misma jurisdicción – concepto éste, el de “jurisdicción”, que repele la esencia misma de la cadena de bloques-.

Hecha esta salvedad y con la finalidad de abordar adecuadamente la cuestión planteada, la analizaré en cada una de las fases del proceso adquisitivo en cualquier sistema que cuente con un registro de derechos, si bien brevemente.

#### **2.4. La necesidad de inmatricular on chain – tokenizar - los activos inmobiliarios a fin de posibilitar su transmisión mediante la cadena de bloques**

Tratándose de *tokens* que representan activos inmobiliarios y, por lo tanto, existentes fuera de la cadena de bloques *-asset tokens-*, la tecnología de los bloques encadenados no puede garantizar de forma autosuficiente que el inmueble *tokenizado* existe realmente, ni que ese mismo inmueble no haya sido ya objeto de una *tokenización* anterior en el marco de la misma plataforma o de cualquier otra plataforma *blockchain*<sup>11</sup>.

Para solventar estos problemas habría que acudir a procedimientos e instituciones *off chain*. Y, por lo tanto, son esos procedimientos e instituciones los que solventarían esos problemas de seguridad jurídica. Habría que recurrir a los procedimientos

---

11 GONZALEZ-MENESES M. La “tokenización” de inmuebles ¿economía colaborativa o mercantilización extrema? en La protección al consumidor en la vivienda colaborativa, pág.555. Muñiz Espada E. -dir-. Ed La Ley,Walters Kluwer, Madrid, 2019.

e instituciones que identifiquen físicamente las propiedades inmobiliarias – catastro y/o registro, o topógrafos-, atribuirles esa función con carácter exclusivo, no solamente en el procedimiento de inmatriculación en la cadena de bloques sino en el caso de modificación física de la propiedad inmobiliaria *tokenizada*, decretar la nulidad e inaccesibilidad a la cadena de bloques de cualquier *token* inmobiliario que no se atenga al procedimiento regulado de *tokenización* con carácter exclusivo y excluyente. Probablemente, habría que imponer una única plataforma de la cadena de bloques dentro de una misma jurisdicción, y que establecer también, en su caso, el procedimiento traslativo de los bloques encadenados como el único admisible,

Como vemos, la *lex cryptographic* es del todo insuficiente para resolver estos problemas.

Hay que tener en cuenta que *blockchain* surgió para transmitir criptomonedas, es decir, monedas virtuales o digitales que vivieran al margen del control de cualquier autoridad monetaria. Como se ha señalado<sup>12</sup>, el peculiar funcionamiento de las criptomonedas como valores de titularidad anónima vinculada simplemente al conocimiento y control de una clave privada, las asemeja al dinero efectivo, el cual puede tener una vida puramente tabular. En efecto, puede ser así porque el *token* del dinero o de una criptomoneda representa una unidad de valor económico que, para funcionar, no necesita existir fuera de la cadena. Basta con poseerlo, aun cuando sea electrónicamente, y, en el caso de las criptomonedas, no necesitan que su poder liberatorio sea reconocido legalmente: lo tienen en la medida en que es aceptado por otros agentes.

Pero cuando se trata de transmitir *tokens* que representan activos con existencia física fuera de la cadena las cosas se

---

12 GONZALEZ-MENESES M., *op. cit.*, p. 557.

complican: la transmisión no puede ser puramente tabular porque, ordinariamente, afectará a la situación posesoria en aquellos casos en los que se pretenda transmitir titularidades sobre derechos reales -en nuestro caso, inmobiliarios- que conllevan posesión. En estos casos, la cadena de bloques no puede garantizar por sí sola que la mutación posesoria se produzca. Para ello, en su caso, será necesario recurrir a terceros y, concretamente, al Estado representado por la autoridad judicial.

## **2.5. Apreciación de la identidad y capacidad de las partes**

### ***2.5.1. La necesidad de recurrir a oráculos, que son autoridades públicas***

En primer lugar, para que la cadena de bloques pueda imponerse como sistema transaccional es necesario, pero no suficiente, que consiga garantizar, por sí sola, la identidad y capacidad de los contratantes, lo que no es posible, conforme a la propia arquitectura del sistema, que permite que contraten dos o más direcciones electrónicas entre sí, sin saber quién hay detrás. .

La cadena de bloques conecta *avatares*, no a las personas que supuestamente están detrás de los mismos, siendo ésta, además, una de las características preferidas de los impulsores y partidarios de esta tecnología.

Si deben revelar su identidad, y, tanto por razones fiscales como de otro tipo, como el cumplimiento de normas de Derecho Privado y de Derecho Público que regulan tanto el proceso contractual como el de transferencia, deben hacerlo, ello implica la intervención de terceros, normalmente de autoridades públicas, en el proceso transaccional,

lo que rompe directamente la característica más definitoria de esta tecnología: la de ser un sistema entre pares o persona a persona, sin intervención de tercero alguno, ni privado ni público. La *autosuficiencia* que repele la necesidad de que intervenga cualquier tercero es la razón de ser del nacimiento de la tecnología de la cadena de bloques.

Para que la cadena de bloques sea admisible como tecnología transaccional es necesario identificar al transmitente y al adquirente, así como su capacidad y poder de disposición y eso es algo que la cadena de bloques no puede hacer por sí sola.

### ***2.5.2. La cadena de bloques debería utilizar plataformas de firmas electrónicas cualificadas, lo que es contrario a su filosofía fundacional***

Para la determinación de la identidad, es necesario recurrir a algún sistema de identificación personal -v.gr. carta personal de identidad – y, a su vez, a alguna tecnología que permita saber que quien contrata a través de una dirección electrónica sea la persona que dice ser.<sup>13</sup>

---

13 Cualquier usuario de la cadena puede tener varios identificadores y usar uno diferente para cada transacción. Igualmente, el sellado de tiempo tampoco identifica quién sea el sujeto concreto que efectúa el registro –quién cierra el bloque– si no la dirección desde la que se realiza. De todas maneras, como sostiene Legerén-Molina, debe de tenerse presente que, por medio de mecanismos indirectos existe cierta caracterización de los números identificativos, tanto del emisor como del receptor de cualquier transacción: el seguimiento de las IP o de las cuentas, en su caso, asociadas a las operaciones –por ejemplo, un proveedor, por razones de eficiencia, mantendrá una o pocas direcciones *Bitcoin* para cobrar a sus clientes sin cambiarlas de manera habitual–, análisis de tráfico, etc-. Ello permite a Legerén-Molina afirmar que la cadena de bloques no es “anónima” sino “pseudónima”. Véase LEGERÉN-MOLINA A. “Retos jurídicos que plantea la cadena de bloques”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019), Estudios, págs. 206 y 207.

En este sentido, el Reglamento UE (EIDAS) n° 910/2014, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior distingue entre firma electrónica simple, avanzada y cualificada. Por su parte, la Ley 59/2003 de Firma Electrónica distingue tres tipos de firma electrónica: simple, avanzada y reconocida. Su art. 3.4 establece que: “*La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.*” y el artículo 25.4 del Reglamento EIDAS que: “*Una firma electrónica cualificada tendrá un efecto jurídico equivalente al de una firma manuscrita.*”. Por ello, cuando utilizamos la expresión firma electrónica nos referimos solamente a la firma electrónica cualificada o reconocida, única modalidad de firma electrónica a la que se le reconoce equivalencia de efectos a la firma manuscrita.

Y aquí nos encontramos con el grave problema de que las firmas utilizadas por el protocolo *blockchain* no tienen la consideración ni de reconocidas ni de cualificadas porque no lo necesitan. Es más, el protocolo repele estas modalidades de firma electrónica. Efectivamente una de las características que distinguen las firmas electrónicas reconocidas o cualificadas, frente a los otros tipos, es que permiten identificar al firmante, pero, sin embargo, este no es un requisito del protocolo de la cadena de bloques, el cual persigue, precisamente, lo contrario: su anonimato.

Por ello, el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones, en su art. 3 modifica la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, añadiendo una Disposición Adicional Sexta conforme a la cual:

“1.-...en las relaciones de los interesados con los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de esta Ley, no serán admisibles en ningún caso y, por lo tanto, no podrán ser autorizados, los sistemas de identificación basados en tecnologías de registro distribuido y los sistemas de firma basados en los anteriores, en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del Derecho de la Unión Europea.

2. En todo caso, cualquier sistema de identificación basado en tecnología de registro distribuido que prevea la legislación estatal a que hace referencia el apartado anterior deberá contemplar asimismo que la Administración General del Estado actuará como autoridad intermedia que ejercerá las funciones que corresponda para garantizar la seguridad pública.”

Según el Informe *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*<sup>14</sup> la identificación no es un problema en el caso de las plataformas *blockchain* que requieren autorización para operar en ellas. Discrepo de esta afirmación porque, si bien tales plataformas identifican quién ha dado de alta una determinada dirección electrónica, sin embargo no pueden asegurar quién ha operado realmente usando esa dirección. Tales plataformas, además, no podrían funcionar como sistemas transmisivos al no ser de acceso público porque, como veremos, si la tecnología de los bloques encadenados pretende competir con los sistemas registrales de derechos, idealmente debería haber una única plataforma en cada jurisdicción. Cuestión distinta es que, adicionalmente, esa plataforma exigiera la identificación para poder operar en ella, lo que, sin embargo, no resolvería el problema de saber quién ha operado realmente.

---

14 Véase el Informe de *The European Union Blockchain Observatory and Forum*, denominado *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, pág.14. <https://media.consensys.net/report-the-legal-and-regulatory-framework-of-blockchains-and-smart-contracts-8f397eaf0b1f>

Afirma igualmente el citado informe<sup>15</sup> que en el caso de las plataformas públicas –que no requieren identificarse para poder operar en ellas-, si bien no se puede identificar el fraude de identidad en el momento de la transacción, dedicando suficiente tiempo y esfuerzo, los intervinientes reales pueden ser identificados. Aunque ello fuera así, no impediría el fraude dado el carácter inmodificable y, por tanto, irreversible de las transacciones *blockchain* en donde se pretende que no rige otra ley que no sea la *lex criptographica*, que implica la pérdida de la acción reivindicatoria para el titular criptográfico privado de su derecho. Quizás por ello, reconoce el citado Informe que, en la medida en la que se difunda el uso de las tecnologías de bloques encadenados, la seguridad en la identificación constituirá un problema<sup>16</sup>

Dificultades adicionales presenta la identificación en la contratación a través de representantes, sean legales o voluntarios, pues a las dificultades anteriores hay que añadir las que derivan de la comprobación de la vigencia y suficiencia de la representación, algo que la tecnología de bloques encadenados no puede hacer por sí misma, por lo que, nuevamente, debería recurrir a algún oráculo.

Por esta razón -además de otras como la comprobación de su existencia, objeto social, etc- también presenta mayores dificultades la identificación en la contratación cuando intervienen sociedades mercantiles<sup>17</sup>. Para ello, también es necesario recurrir a

---

15 Véase el Informe de *The European Union Blockchain Observatory and Forum*, denominado *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, citado.

16 Véase el Informe de *The European Union Blockchain Observatory and Forum*, denominado *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, citado.

17 En este sentido se pronuncia el Informe *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, anteriormente citado, pág.12:” The situation is more complex when it comes to eSignatures and eSeals (signatures of a legal entity as opposed to a natural person)”.



oráculos, típicamente a los Registros Mercantiles o a los Registros pertinentes en función de la persona jurídica de que se trate<sup>18</sup>.

Por ello, me parece relevante traer a colación que el art.13 ter de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, dispone en materia de reconocimiento de medios de identificación a efectos de los procedimientos en línea:

*“1. Los Estados miembros velarán por que los siguientes medios de identificación electrónica puedan ser utilizados por los solicitantes que sean ciudadanos de la Unión en los procedimientos en línea contemplados en el presente capítulo:*

*a) los medios de identificación electrónica expedidos por un sistema de identificación electrónica aprobado por el propio Estado miembro;*

*b) los medios de identificación electrónica expedidos en otro Estado miembro y reconocidos a efectos de la autenticación transfronteriza de conformidad con el artículo 6 del Reglamento (UE) n.º 910/2014.*

*2. Los Estados miembros podrán denegar el reconocimiento de los medios de identificación electrónica si los niveles de seguridad de esos medios de identificación electrónica no cumplen las condiciones establecidas en el artículo 6, apartado 1, del Reglamento (UE) n.º 910/2014.*

*3. Todos los medios de identificación reconocidos por los Estados miembros se pondrán a disposición del público.*

---

18 El Informe *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, anteriormente citado, reconoce la necesidad, en estos casos de acudir a las “bases de datos de las sociedades o a algún otro oráculo confiable, los cuales necesitan algún tipo de reconocimiento legal”-pág.24-. En el caso de las sociedades mercantiles esa función la cumplen con ventaja los registros mercantiles.

*4. Cuando se justifique por razón de interés público en impedir el uso indebido o la alteración de identidad, los Estados miembros podrán, a los efectos de comprobar la identidad de un solicitante, adoptar medidas que requieran la presencia física de ese solicitante ante cualquier autoridad, persona u organismo habilitado en virtud del Derecho nacional para tratar cualquier aspecto de los procedimientos en línea a que se refiere el presente capítulo, incluido el otorgamiento de la escritura de constitución de una sociedad. Los Estados miembros se asegurarán de que solo pueda exigirse la presencia física de un solicitante caso por caso cuando existan razones para sospechar una falsificación de identidad, y de que cualquier otra fase del procedimiento pueda completarse en línea. “.*

Por su parte, el Reglamento UE (EIDAS) n.º 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, dispone en art.6, apartado 1 en materia de reconocimiento mutuo:

*“1. Cuando sea necesaria una identificación electrónica utilizando un medio de identificación electrónica y una autenticación en virtud de la normativa o la práctica administrativa nacionales para acceder a un servicio prestado en línea por un organismo del sector público en un Estado miembro, se reconocerá en dicho Estado miembro, a efectos de la autenticación transfronteriza en dicho servicio en línea, el medio de identificación electrónica expedido en otro Estado miembro, siempre que:*

- a) este medio de identificación electrónica haya sido expedido en virtud de un sistema de identificación electrónica incluido en la lista publicada por la Comisión de conformidad con el artículo 9;*
- b) el nivel de seguridad de este medio de identificación electrónica corresponda a un nivel de seguridad igual o superior al nivel de seguridad requerido por el organismo del sector público para acceder a dicho servicio en línea en el primer Estado miembro,*

*siempre que el nivel de seguridad de dicho medio de identificación electrónica corresponda a un nivel de seguridad sustancial o alto;*

- c) el organismo público en cuestión utilice un nivel de seguridad sustancial o alto en relación con el acceso a ese servicio en línea.*

*Este reconocimiento se producirá a más tardar 12 meses después de que la Comisión publique la lista a que se refiere la letra a) del párrafo primero.”*

Para determinar la capacidad natural, por su parte, será necesario el recurso a algún oráculo -v.gr.: notario, en cuyo caso también podría desarrollar las labores de identificación- o alguna tecnología -v.gr.: pruebas tales como preguntas o similares formuladas por el dispositivo a cuyo través se pretenda contratar que garanticen que responda la persona cuya capacidad se pretende comprobar-.

Para determinar la capacidad de obrar y el poder de disposición también sería necesario el recurso a oráculos, singularmente al Registro Civil -que constituye la prueba del estado civil - y al Registro de la Propiedad, cuyos asientos acreditan, a efectos del mercado, titularidad, poder disposición, cargas preferentes y causas de ineficacia de los actos y negocios anteriores referentes al mismo bien que pueden privar a posteriores adquirentes de su adquisición negocial<sup>19</sup>

Todo ello sugiere que la tecnología de la cadena de bloques presenta serias dificultades para erigirse, por sí sola, en el elemento central de un sistema de apreciación de la identidad, de la capacidad y del poder de disposición, y, por lo tanto, en el elemento central de un sistema transaccional.

---

19 Para apreciar la capacidad de obrar, en nuestro sistema jurídico, también procede la consulta al Registro de la Propiedad, dado lo dispuesto por los arts. 2 LH y 7 RH.

**2.5.3. Aun cuando pudiera identificar a los contratantes, la tecnología de la cadena de bloques no permite identificar al “*verus dominus*” ni, por tanto, al titular del *ius disponendi***

Aun cuando la tecnología de la cadena de bloques pudiese identificar por sí sola a las partes así como su capacidad, existe el problema de que dicha tecnología no permite identificar al *verus dominus* - ni garantizar que el emisor del *token* es su titular legítimo-. En efecto, un adquirente negocial es solo eso, alguien con un derecho personal sobre la cosa adquirida negocialmente. Para ser dueño se requiere, como primera providencia, que el transmitente lo sea y ningún contrato es suficiente, por sí solo, para acreditarlo.

Para ello, sería necesario que la ley del Estado -no la *lex cryptographica*- estableciera que todo adquirente mediante la cadena de bloques deviene titular *in rem* y la ley difícilmente lo establecerá porque la cadena de bloques no tiene la fiabilidad ni el alcance necesarios para garantizar la validez ni la eficacia jurídicas de un acto o negocio jurídico de finalidad traslativa, las cuales dependen del cumplimiento de una amplia serie de requisitos tanto de Derecho Público como de Derecho Privado.

La cadena de bloques solamente está habilitada para poner de manifiesto que se han producido determinadas declaraciones de voluntad sin poder identificar a quien las haya realizado ni garantizar que el consentimiento no adolece de algún vicio que lo invalide.

## **2.6. La cadena de bloques no puede garantizar que se han prestado todos los consentimientos necesarios y que, además, se han prestado válidamente. Los problemas del lenguaje máquina**

Si la cadena de bloques no puede identificar al titular del *ius disponendi*, no puede, en consecuencia, asegurar, si se han prestado todos los consentimientos necesarios y además, válidamente, especialmente si consideramos que los contratos automatizados no están redactados en lenguaje humano sino en *lenguaje máquina*.

Como se ha afirmado<sup>20</sup> en un contrato autoejecutable esta expresión del acuerdo ha de realizarse mediante *lenguaje máquina* – es decir, lenguaje de programación- adecuado para su ejecución-. Por tanto, resulta pertinente plantearse cómo asegurar la comprensión del clausulado y así la emisión consciente del consentimiento sobre las prestaciones - imprescindible para la validez contractual- cuando el acuerdo sólo se elabora en lenguaje máquina sin “transcripción” en lenguaje humano.

Frente al lenguaje humano, que juega con matices y ambigüedades, el lenguaje máquina no las permite. Las decisiones obedecen a una lógica *booleana*, es decir, se estructuran en instrucciones condicionales, *si A entonces B, si C entonces D*. Por ello, este tipo de contratos no admite cláusulas que necesiten de interpretación para ser verificadas<sup>21</sup>. Piénsese en expresiones tales, como variación de las bases esenciales del negocio, buena fe, hecho de Dios, consumidor medio, diligencia debida, honrado comerciante o padre de familia, etc.

---

20 FELIU REY J. “Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado”, *La Ley Mercantil*, no 47, 2018, pág. 18.

21 Véase LEGERÉN-MOLINA A. “Retos jurídicos que plantea la cadena de bloques”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019), Estudios, pág. 226.

Esto implica que, a día de hoy, dado estado actual de la técnica, no será posible codificar cualquier obligación en un contrato automatizado, por las propias limitaciones del lenguaje para describir la obligación, “comprenderla”, comprobar o verificar su cumplimiento y, en su caso, llevar a cabo las actuaciones programadas en caso de incumplimiento, o, al menos, no será posible plantearla en los mismos términos y con la misma extensión<sup>22</sup>.

Por ello, hay que tener en cuenta, como sostiene el Informe *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, que dependiendo de la complejidad del acuerdo puede ser extremadamente difícil codificar adecuadamente los términos del mismo, de modo que un contrato automatizado podría ejecutarse de acuerdo con lo escrito en lenguaje tradicional pero, sin embargo, comportarse de un modo diferente porque el lenguaje máquina no ha traducido correctamente o no tenía capacidad para traducir lo escrito en el lenguaje tradicional. Por esta razón, según el referido Informe, las auditorías para comprobar la validez y viabilidad de los *smart contracts* devienen importantes, lo cual plantea la cuestión de si tales auditorías deberían ser simples requerimientos o deberían

---

22 FILIPPI P Y WRIGHT A. *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018, pág.77. Véase en el mismo sentido FELIU REY J., *loc. cit.*, pág. 8 ss. Como afirma este autor, pág. 9: “... debemos advertir que, en el estado actual de la tecnología, el dispositivo, en realidad, no entiende conceptos, sino que ejecuta instrucciones tal y como están programadas. Es decir, cuando presionamos la tecla de impresión, para imprimir un documento, el dispositivo no entiende el concepto de impresión ni la orden, ejecuta sencillamente un protocolo que consigue la finalidad querida, es decir, la obtención en soporte papel de un contenido que estaba en soporte digital. Otro ejemplo algo más sofisticado, en el que ya comenzamos a incorporar nociones de tecnología más avanzada con soluciones de inteligencia artificial, sería el caso de un coche autónomo ante el que se cruza una pelota. Con seguridad, el vehículo se detendrá o aminorará la marcha ante la identificación de un obstáculo, porque así se ha programado antes, pero difícilmente, en el estado actual de la técnica, será capaz, por sí solo de intuir, que tras la pelota pueda aparecer corriendo un niño intentando recuperarla.”. En esta misma línea, SURDEN H. “Computable Contracts”, *U. C. Davis L. Rev.*, vol. 46, 2012, pp. 633 y ss., quien afirma que (...) *contemporary computer algorithms cannot read or understand even basic written language texts anywhere near the sophistication exhibited by a person of ordinary literacy*”.

tener, además, algún tipo de reconocimiento legal para garantizar la validez de un *smart contract*, cuestión que está por decidir.<sup>23</sup>

### **2.7. El dilema entre autoejecutabilidad y complejidad contractuales. Referencia al ámbito inmobiliario**

Los contratos referentes a inmuebles normalmente no son breves ni simples. Suelen ser, además, relacionales, es decir, integrados por prestaciones que se llevarán a cabo después del contrato, a lo largo de un periodo de tiempo más o menos largo. Por ello, son difícilmente estandarizables y autoejecutables. Por ejemplo, a lo largo de la vida del contrato –compraventa con precio aplazado, préstamos hipotecarios a largo plazo– pueden variar las circunstancias esenciales y producir la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. La ejecución del contrato, su novación o resolución tendría que decidirla también un *oráculo* que, normalmente, será la autoridad judicial.

Lo expuesto pone de manifiesto que existe un conflicto entre autoejecutabilidad y complejidad contractuales. Ello explicaría por qué la cadena de bloques se está desarrollando especialmente en el ámbito de las finanzas<sup>24</sup> y, en particular, en determinadas áreas como las de los derivados<sup>25</sup>, los cuales han alcanzado tal grado de estandarización que, en realidad, son *legal commodities*<sup>26</sup>.

23 Véase el Informe de *The European Union Blockchain Observatory and Forum*, denominado *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, citado.

24 Ver NARAYANA B. y otros, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies 2* (2016) (2016) (“*Optimists claim that Bitcoin will fundamentally alter payments, economics, and even politics around the world.*”).

25 Los títulos denominados “derivados” se denominan así porque su valor *deriva* del de otros títulos. Si los títulos son derechos sobre activos, los derivados son derechos sobre otros títulos, y su valor depende del precio de esos títulos subyacentes. Una vez creados los derivados, se pueden crear otras capas de derivados y así sucesivamente. El valor de los activos subyacentes a estos contratos derivados es tres veces el valor de todos los activos físicos del mundo. Se trata de títulos comercializables con los que suele practicarse “*trading* de alta frecuencia”, a través de ordenadores que constantemente compran y venden valores. Véase KAY J. *El dinero de los demás*, Barcelona, RBA Ed., 2017, pág. 16.

26 ARRUÑADA B., “Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange”, *Minn. J.L. SCI & Tech.*, Vol.19.1, 1918, pág. 78.

En el ámbito inmobiliario, sin embargo, las cosas se desarrollan muy distintamente. En efecto, suelen ser transacciones más complejas basadas en una relación contractual que suele prolongarse en el tiempo –contratos relacionales<sup>27</sup>-. En los bienes inmuebles, además, pueden coexistir simultáneamente diversos tipos de derechos reales y, además, en muchas ocasiones las prestaciones se desarrollan a lo largo del tiempo y están sometidas a condiciones, es decir, al cumplimiento de acontecimientos futuros e inciertos, cuya apreciación no siempre es automatizable.

Hay que suponer, sin embargo, que un desarrollo progresivo de la inteligencia artificial permitirá que puedan ser autoejecutables aspectos cada vez menos simples, aunque difícilmente se podrán traspasar ciertos límites.

Puede afirmarse, por último, que existe una correlación negativa entre el valor de los derechos y la complejidad de las transacciones, por lo que, en este ámbito, los contratos automatizados y la cadena de bloques se desarrollan más fácilmente en transacciones de bajo valor<sup>28</sup>.

---

27 El concepto de contratos relacionales fue acuñado por Williamson, para referirse a aquellos contratos que son completados por las partes *ex post*, a veces incluso después de haberse perfeccionado el contrato, bien por ser ineficiente hacerlo *ex ante*, o, sencillamente, imposible. Ver WILLIAMSON O. E., *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets and Relational Contracting*, 1985. Como se ha afirmado, muchos contratos –los relacionales- operan más como matrimonios a largo plazo que como relaciones ocasionales breves –Ver KOSBA A. MILLER A, SHI E WEN Z. Y PAPAMANTHOU Ch.<sup>3</sup>Hawk: - *Preserving Smart Contracts, The Blockchain Model of Ceiptography and Privacy-*, en IEEE Sympsiium on Securiry and Privacy (SP), ed. : LOCASO M., SHMATIKOV, V. Y ERLINGSSON U., PUSCATAWAY, NJ:IEEE,2016, 839-858. Pero, incluso, en estos casos, *blockchain* aporta el valor de posibilitar la verificabilidad del contenido de los documentos, como expusimos anteriormente.

28 ARRUÑADA B., *loc. cit.*, pág.78



## **2.8. La función de control jurídico por la autoridad registral**

Por lo que se refiere a la función de control legal de la autoridad registral en relación a que los actos o contratos de finalidad traslativa de bienes inmuebles -así como de constitución, modificación o extinción de un derecho real sobre los mismos, o de modificación de los propios inmuebles- se ajustan a Derecho y, por lo tanto, son válidos y eficaces así como que se han cumplido todas las normas de Derecho Público que se proyectan sobre las transacciones –fiscales, medioambientales, urbanísticas, antiblanqueo, etc.-, igualmente no parece fácilmente automatizable, especialmente en la medida en que dicha función conlleva una labor de ponderación. Esa función solo podría hacerla un *oráculo* técnicamente cualificado e institucionalmente neutral, investido de autoridad pública, como es el Registrador, al menos en el estadio actual y previsible en un horizonte razonable de desarrollo de la inteligencia artificial.

Puede afirmarse que todavía falta un largo camino por recorrer para que una inteligencia artificial pueda sustituir plenamente y con unas garantías mínimas a un operador jurídico, si es que alguna vez puede hacerlo, salvo que éste realice tareas simples y de carácter repetitivo, lo que facilita su automatización.

El control de legalidad que realiza la autoridad registral en relación con los actos y contratos de finalidad traslativa dentro del procedimiento registral, tiene distinto alcance en los diferentes países, incluso en países con registros de derechos.

En España, por ejemplo, existe un sistema contractual y transmisivo causal, así como un sistema de *numerus apertus* de derechos reales y, finalmente, un Registro de derechos. Estas

características explican el alcance de la calificación registral en España -comfer.: art. 18 LH-.

Sin embargo, en Alemania, con un Registro de derechos, pero con un sistema transmisivo relativamente abstracto, el alcance del control de legalidad de la autoridad registral no es el mismo sino menor.

En relación con la función del Registrador en un sistema Torrens –que conlleva un Registro de derechos, como es el neozelandés- Thomas R. afirma:

*“Lo que no es comprendido fácilmente es la función de control que desempeña el Registrador.*

*Un sistema registral inmobiliario, especialmente si es de fe pública registral, no es un sistema franco de proceso de datos, basada en el principio nemo dat. El Registrador es el gatekeeper que garantiza derechos legales definitivos.*

*El Registrador tiene la función de asegurar que solo los contratos que se ajustan a la ley, con la debida autorización, son aceptados por el Registro<sup>29</sup>.”*

Las facultades calificadoras del Registrador varían en los diferentes países en función de las características del sistema contractual y transmisivo en general, así como del tipo de Registro, el cual es una parte del entero sistema de adquisición.

Esta función es necesaria para fortalecer la seguridad jurídica, y, considerando las características de los diferentes sistemas anteriormente mencionadas, solo puede ser desempeñada por un *oráculo* cualificado, institucionalmente neutral e investido de

---

29 THOMAS R., “*The New Zealand Experience: The risks and implications of automation*”, Ponencia presentada por el autor a la Conferencia que tuvo lugar en Auckland, New Zealand, 29-31 de agosto de 2018, pág. 23.

autoridad pública, como el Registrador, al menos en el estado actual y en el horizonte previsible de desarrollo de la inteligencia artificial.

Ni las partes ni sus representantes son capaces de autocontención. Por esta razón, no pueden tomar decisiones que afecten a terceros, como son los asientos registrales, especialmente cuando estamos ante un Registro de derechos<sup>30</sup>.

La inteligencia artificial, por su parte, adolece de graves deficiencias. Entre otras, conviene subrayar que como consecuencia de la forma de operar de los algoritmos, los resultados que proporcionan suelen presentar sesgos que tienen dos causas o fuentes principales: los datos de aprendizaje y la elección e implementación concreta del propio algoritmo.

Estos y otros riesgos son algunas de las razones que explican que los poderes legislativos hayan comenzado a ocuparse de estos temas. Así, por ejemplo en el ámbito europeo, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos<sup>31</sup> reconoce, en su artículo 22<sup>32</sup>, el derecho de los ciudadanos a no ser objeto de una decisión basada, únicamente, en un tratamiento automatizado de la información, a poder reclamar intervención humana y a poder oponerse a la decisión adoptada e impugnarla. Además,

---

30 MÉNDEZ GONZÁLEZ F.P. “Estado, Propiedad, Mercado”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 708, 2008. Thomas R., *The New Zealand Experience: The risks and implications of automation*. Ponencia presentada por el autor a la Conferencia que tuvo lugar en Auckland, New Zealand, 29-31 de agosto de 2018, especialmente, páginas 23, 24 ss.

31 Véase: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>, visitado el 1 de mayo de 2019.

32 Véase: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES#d1e2901-1-1>, visitado el 1 de mayo de 2019.

el mismo Reglamento, esta vez en su artículo 15.1.h<sup>33</sup>, también reconoce el derecho a obtener información significativa sobre la lógica del algoritmo aplicado, en caso de que se hayan producido decisiones automatizadas que afecten a las personas, incluidas las elaboraciones de perfiles.

Pero no solo los legisladores, también los fabricantes tecnológicos -entre ellos *Amazon, Apple, Facebook, Google, IBM, Microsoft, Nvidia*, etc.- y organizaciones humanitarias -como *Amnistía Internacional* o *Human Rights Watch*- advierten de los riesgos de la utilización de estos algoritmos en el ámbito jurídico<sup>34</sup>, tomando como ejemplo el sistema COMPAS , e incluso han reclamado que dejen de aplicarse<sup>35</sup> por sus sesgos, imprecisión y opacidad y, también, por las graves consecuencias que tienen para los afectados.

Es necesario recordar que los operadores jurídicos con facultades jurisdiccionales o ejecutivas están obligados a resolver las pretensiones que se les presenten mediante resoluciones que habrán de estar motivadas, basadas en hechos y fundamentos de derecho teniendo en cuenta las pruebas practicadas y las circunstancias concurrentes. Estas resoluciones, además, habrán de expedirse en todo caso, aun cuando no existan precedentes del caso concreto de que se trate o aunque exista un cambio o una laguna legal en las normas aplicables.

---

33 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES#d1e2576-1-1> , visitado el 1 de mayo de 2019.

34 Véase: <https://www.partnershiponai.org/report-on-machine-learning-in-risk-assessment-tools-in-the-u-s-criminal-justice-system>, visitado el 1 de mayo de 2019.

35 Véase, por ejemplo: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-26/major-tech-firms-come-out-against-police-use-of-ai-algorithms>, o bien: <https://venturebeat.com/2019/04/26/partnership-on-ai-algorithms-arent-ready-to-automate-pretrial-bail-hearings>, visitados el 1 de mayo de 2019.

### **3. ¿PUEDE LA DENOMINADA REGLA DEL CONSENSO DE LA TECNOLOGÍA DE LOS BLOQUES ENCADENADOS ELIMINAR, POR TANTO, LA NECESIDAD DE SUPERVISIÓN LEGAL POR PARTE DEL REGISTRADOR?**

Parece claro, por tanto, que las decisiones de la autoridad registral no son automatizables. Queda por dilucidar, finalmente, si la denominada regla del consenso de la cadena de bloques haría innecesaria la supervisión legal por Registrador.

Para abordar adecuadamente esta cuestión, es necesario precisar que, en todo caso, la regla del consenso afectaría solamente a la parte de la supervisión registral referente a comprobar si han concurrido todos los consentimientos de los agentes privados necesarios para que la transacción pueda tener lugar, pero no la parte de la supervisión que tiene por objeto evaluar si han concurrido los demás elementos de Derecho Privado -exigidos por el Derecho contractual- y de Derecho Público necesarios,

En el desempeño de sus funciones los registradores representan los intereses de los terceros ausentes en la transacción. Jerónimo González, afirmó, por ello, ya en 1928, que el Registrador es “el Fiscal que representa los intereses de los terceros ausentes”<sup>36</sup>.

Si, idealmente, en un escenario de plataforma única de bloques encadenados como sistema único de contratación y transmisión, todas las transacciones son públicas e inmodificables, y quienes no estén de acuerdo pueden oponerse porque consideran vulnerados sus derechos, entonces puede alegarse que en ese escenario no habría ausentes indefensos y, por lo tanto, no haría

---

36 GONZÁLEZ JERÓNIMO, *Principios Hipotecarios*, Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931, pág. 274.

falta nadie que los representara. La *lex cryptographica* solucionaría todos esos problemas, sencillamente porque, idealmente, si la cadena no tiene fallos, esos problemas no podrían plantearse. ¿Es así?. En nuestra opinión, no y a demostrar esta afirmación están destinados los argumentos que siguen.

### 3.1. Consenso y cadena de bloques

#### 3.1.1. El significado del consenso en el ecosistema de la cadena de bloques

El término consenso en el ecosistema de la cadena de bloques surge inicialmente con referencia exclusiva a las operaciones con *bitcoin*, es decir, a las operaciones con un activo que solamente existe en la red, no fuera de la misma, puesto que es una criptomoneda. En este contexto, consenso significa que existe confianza entre los participantes en la red en que los Libros Inventarios *-ledgers-*, son precisos y consistentes<sup>37</sup> o, más exactamente, en su contenido, es decir, que el contenido del *ledger* refleja los actos que han tenido lugar dentro del mismo.

El principal problema con el que se encuentra una criptomoneda consiste en que puede ser replicada y, por tanto, transmitida a diferentes individuos, pagando, así, con unas mismas monedas, diferentes adquisiciones –“doble gasto”-. Los bloques encadenados hacen que sea difícil conseguirlo porque la cadena de bloques es un listado con todas las unidades de *bitcoin* con sus respectivos dueños, de modo que cuando un *bitcoin* cambia de manos, el *ledger* es reescrito para reflejar la transacción<sup>38</sup>.

37 WERBACH K., “Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.: 33:487, 2018, pág. 501.

38 ROTHSTEIN A., *The End of Money. The story of bitcoin, cryptocurrencies and the blockchain revolution*, New Scientist, 2017, pág. 36.

El acuerdo en que este mecanismo es confiable para evitar estos fraudes es a lo que se refiere el término *consenso* en el contexto de *bitcoin*.

Debe insistirse en que no se identifica a los contratantes sino solamente a los *avatares* que contratan o, más exactamente, a sus direcciones electrónicas –las cuales pueden pertenecer o no a los contratantes o, incluso, pueden pertenecer a una misma persona– así como a las criptomonedas y sus movimientos dentro de la red, único lugar donde pueden moverse porque solo tienen existencia virtual, estando controlados igualmente sus mecanismos de creación y su número máximo. La cadena de bloques permite, así, controlar los movimientos de *bitcoin* o de otras criptomonedas. La huella de estos movimientos es, teóricamente, imborrable e inmodificable y, además, es pública, en el sentido de que la pueden ver todos los nodos de la red.

La cadena de bloques, sin embargo, no controla ningún aspecto legal, el cual le es completamente ajeno porque, idealmente, solo se rige por la *lex cryptographica*, de acuerdo con la cual *code is law*.

### **3.1.2. La criptografía y el supuesto ajuste de incentivos como herramientas para el consenso**

Uno de los desafíos más serios con el que se encuentra el sistema es, por lo tanto, el de evitar que haya cuentas falsas<sup>39</sup>. Para ello, la cadena de bloques usa dos instrumentos: uno criptográfico y otro basado en la teoría de juegos.

---

39 Esta posibilidad es conocida como *The Sybil Attack*. Ver John R. Douceur, *The Sybil Attack*, in *Peer-to-peer-systems* 251, 2002.

## a) El mecanismo criptográfico

El mecanismo criptográfico es el de clave pública y privada – como el usado por la firma electrónica-. Todo usuario tiene dos claves: una clave pública para encriptar los mensajes y otra privada para descryptarlos. Puede compartir su clave pública sin que ello implique que pueda ser descubierta su clave privada, y, por tanto, descryptar el mensaje. Expuesto de un modo elemental, la firma electrónica y el encriptado de un mensaje funciona del siguiente modo <sup>40</sup>: 1.- El remitente firma el mensaje electrónico que quiere enviar usando su clave privada, creando así un *hash* único. 2.- Se encripta el mensaje usando la clave pública del destinatario y se envía el mensaje a dicho destinatario, el cual lo descrypta usando su clave privada. 3.- El destinatario usa la clave pública del remitente para inspeccionar el *hash*. Ello le permite ver que el mensaje solo ha podido ser firmado con la clave privada del remitente y que el mensaje es exactamente el que el remitente firmó.

La cadena de bloques es, como sabemos, una especie de Libro Inventario digital que registra cada transferencia de cada *bitcoin*, verificando cada transacción, usando un método similar al de la firma electrónica. El hecho de que cada transferencia gravada es una firma digital asociada a una dirección electrónica significa que todos pueden visualizar cada movimiento de cada *bitcoin* y que dichos movimientos *-teóricamente-* no pueden ser alterados.

## b) El supuesto ajuste de incentivos

El otro mecanismo, basado en la teoría de juegos, tiende a ajustar incentivos, de modo que no sea rentable no cooperar o, si se prefiere, intentar engañar al sistema y aprovecharse del mismo defraudando la confianza depositada por los demás participantes en la seguridad del mismo.

---

40 ROTHSTEIN A., *The End of Money. The story of bitcoin, cryptocurrencies and the blockchain revolution*, New Scientist, 2017, págs 40-43.



Merece la pena resaltar que, así como la cadena de bloques, de hecho, no usa ninguna nueva tecnología electrónica, sino que las combina con un objetivo determinado, sin embargo, sí es novedoso que use, además de tecnología electrónica, el ajuste de incentivos de todos los participantes para asegurar el buen funcionamiento de la red, lo que muestra la importancia de combinar adecuadamente tecnología electrónica e institucional para conseguir los resultados deseados.

Para reforzar la confianza, la cadena de bloques introduce unos actores especialmente relevantes, los denominados mineros, de modo que, como sostiene Werbach K., sustituyen la confianza en el comportamiento honesto de cada uno de los agentes que usan *bitcoin* por la confianza en los mineros, los cuales son responsables, entre otros menesteres, de verificar las transacciones<sup>41</sup>, verificaciones que se limitan a los aspectos que expongo a continuación.

Los mineros verifican grupos de transacciones que se agrupan en bloques y, los más diligentes, obtienen una recompensa en *bitcoins*. Puede haber mineros deshonestos pero, para que el sistema funcione, basta con que la mayoría no lo sea<sup>42</sup>, pues, en el caso de que se detecte una doble disposición, el sistema opta por la rama de la cadena que sea más larga, es decir, que esté integrada por más bloques. Este hecho, también recibe la denominación de consenso. Esto no significa, sin embargo, que el sistema cuente con el consentimiento del primer adquirente ni que lo proteja.

Para desincentivar que los mineros sean deshonestos en la verificación de transacciones, la tecnología de la cadena de bloques

---

41 WERBACH K., *op. cit.* pág. 501.

42 La mayoría, sin embargo, no es suficiente, como han demostrado expertos en seguridad: basta con que un grupo de mineros controle más de un tercio de la capacidad computacional para que puedan realizar un ataque con éxito. EYAL I. & GÜN SIRER E., *Majority Is Not Enough: Bitcoin Mining Is Vulnerable*, en *Financial Cryptography & Data Security*, 436, 438 (2014).

les impone, como condición para poder obtener la recompensa en *bitcoins*, que resuelvan unos enigmas criptográficos, los cuales les permiten obtener el *hash* que identifica a cada bloque<sup>43</sup>. Para obtenerlo, un minero necesita invertir en capacidad computacional, lo que implica un gasto considerable que, hipotéticamente, desincentiva un comportamiento engañoso porque los costes de engañar –supuestamente– serían mayores que los beneficios<sup>44</sup>.

c) Los incentivos de los diferentes actores no están coordinados

La tecnología de la cadena de bloques presenta debilidades institucionales sustanciales, lo que es especialmente grave porque no incorpora ninguna nueva tecnología electrónica sino que se vale de las existentes, pero, afirmando que ha generado un diseño institucional que alinea los intereses de los participantes hasta tal punto que impide los comportamientos deshonestos y, por lo tanto, hace innecesaria la intervención de terceros. Esto no es cierto.

En este diseño los mineros desempeñan un papel crucial, ya que son los actores mediante los que se introducen nuevas monedas en el sistema y, además, sobre ellos descansa toda la labor de garantizar la seguridad mediante el minado de los bloques y la construcción y fiabilidad de la cadena de bloques. No son, sin embargo, los únicos actores del sistema.

---

43 Esta técnica se conoce con el nombre de *proof of work*. No todos los sistemas blockchain, sin embargo, utilizan esta técnica criptográfica. Otros sistemas de consenso usan la *proof of stake*, conforme a la cual los validadores arriesgan perder las monedas que les pertenecen si engañan, WERBACK K. *op. cit.*, pág. 502, así como NARAYANAN ET ALTRI, en *op. cit.* pág. 61.

44 Cada *bitcoin*, además, solo puede ser creado como mecanismo de recompensa al minero que resuelve el hash, a un ritmo predeterminado y decreciente, con un límite, lo cual resuelve, además, el problema de la determinación de la oferta monetaria sin la existencia de un banco central.

Por un lado, están los programadores y desarrolladores del sistema que buscan, básicamente, perfeccionarlo y mejorar, entre otros factores, su seguridad y su “productividad” y hacia este fin han realizado propuestas de aumento del tamaño de los bloques. Los usuarios, por su parte, buscan la rápida confirmación de sus transacciones, pero, también, unas comisiones lo más bajas posible, por lo cual también les interesan bloques de mayor tamaño. Finalmente, los intereses de los mineros son, fundamentalmente, la disminución de los costes y el aumento de sus ingresos en el corto plazo, para lo que les interesa bloques de pequeño tamaño.

De esta forma, las servidumbres de la realidad han superado al diseño, por lo que no puede darse por sentado que el protocolo *blockchain* garantizará en todo caso que solo se desplegarán actitudes irreprochables, independientemente de las circunstancias concurrentes, sino que, por el contrario, han determinado que los mineros hayan comenzado a actuar más estratégicamente y a desarrollar comportamientos abusivos y deshonestos.

d) No hay ninguna autoridad competente para tomar decisiones ni responsable de los daños causados. La necesidad de integración de la cadena de bloques en las instituciones legales

Teóricamente, la cadena de bloques opera de un modo completamente descentralizado y, por lo tanto, sin autoridad central alguna que vigile o controle las transacciones. Son los propios participantes los que desempeñan esa función, partiendo del supuesto de que sus intereses se hallan coordinados, lo que no es cierto y constituye un fallo esencial del ecosistema de la cadena de bloques.. En consecuencia, en caso de conflicto, como se ha señalado<sup>45</sup>, no habrá una entidad a quien reclamar y que deba

---

45 LAGERÉN MOLINA A. *op.cit.*, págs. 199-200. Por ello, de manera coherente con el referido carácter de las cadenas de bloques, se ha propuesto la creación de una plataforma en código abierto con un sistema para la resolución de conflictos sobre

de hacer frente a la responsabilidad que eventualmente pudiese surgir, sea civil, penal o de otro tipo. no solo no hay una autoridad supervisora sino tampoco responsable.<sup>46</sup>

Como consecuencia, en la realidad, cuando se plantea un conflicto, lo resuelven quienes tienen *poder* para hacerlo, aunque no tengan *autoridad* para ello. Siempre hay alguien que tiene poder para ello porque el sistema nunca es completamente descentralizado, sino que siempre hay una matriz originaria que permite su monitorización, como demuestran los incidentes habidos hasta la fecha, los cuales demuestran que quien tiene el poder lo usa siempre en su propio beneficio.<sup>47</sup>

Todo ello pone de manifiesto que la tecnología de la cadena de bloques no es autosuficiente, y que, por lo tanto, requiere la intervención humana. También pone de manifiesto que no es tan descentralizada como se pretende, sino que se halla, en última instancia, bajo un poder incontrolado -un “dictador benevolente”-, por lo que tampoco tiene un contenido inmodificable, sino que, por el contrario, puede ser modificado en caso de que así convenga a los intereses de quienes tienen el poder para hacerlo.

Para que la cadena de bloques pueda, por tanto, resultar socialmente útil, debemos olvidar la pretensión de sus impulsores originarios de sustituir las instituciones por la tecnología y, por el contrario, someterla a las exigencias del Estado de Derecho,

---

*smart contracts* y transacciones con criptomonedas que resulte descentralizado, al igual que las cadenas de bloques. Sobre esta materia, vid., por todos, Kaal y Calcaterra, “Crypto transaction dispute resolution”, *The Business Lawyer*, Spring 2018. Cita tomada de Legerén Molina A.

46 GÓMEZ GÁLLIGO J. *El Registro de la Propiedad y los nuevos retos de blockchain*, en Muñiz Espada E., (dir.) Ed.: Wolters Kluwer, 2019., pág. 579.

47 Se exponen diferentes incidentes DAO -*Deescentraliced Autonomous Organization*- y el denominado *Bitcoin Cash* en MENDEZ GONZÁLEZ F.P Y GALLEGOS FERNÁNDEZ LUIS A., op. cit , págs. 892-896.

utilizándola, en la medida de lo posible y conveniente, para aumentar la eficacia y la eficiencia institucionales.

### **3.2. El alcance del consenso en el sistema transmisi-vo de la cadena de bloques**

Expuesto lo anterior, nos hallamos en condiciones de delimitar el alcance del término consenso cuando lo utilizamos en el ecosistema de la cadena de bloques, lo que es necesario porque es un término que puede inducir fácilmente a error, ya que sugiere que en el *iter* transmisiivo regido por los bloques encadenados y, por lo tanto, por la *lex criptographica*, se recogen los consentimientos explícitos o implícitos de todos los posibles afectados y que, sin dicho consentimiento, la transacción no es posible. Y eso, sencillamente, no es cierto<sup>48</sup>.

---

48 Podría alegarse que quien usa *blockchain* está aceptando todas sus posibles consecuencias. Sin embargo, esta alegación no es admisible por las siguientes razones: 1.- Cuando alguien usa *blockchain* cree que no fallará, porque se predica como una tecnología confiable. Es más, sus partidarios afirman que uno de los principales valores añadidos de esta tecnología es, precisamente, evitar este tipo de fraudes. 2.- Si, para sustituir los sistemas vigentes de transmisión, *blockchain* se erige en el único sistema de transferencia, los agentes no pueden elegir. Puede afirmarse también que en los sistemas tradicionales tampoco se obtienen los consentimientos de todos los posibles afectados. Un contrato tiene lugar entre dos partes y el transferente puede no ser el propietario, pero hacerse pasar por el mismo. El contratante puede, incluso, no ser quien dice ser, porque puede fallar el sistema o sistemas de identificación. En el caso de los registros de documentos, estos solo producen efecto de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, sin necesidad de buena fe –Italia- o requiriendo su concurrencia para producir tal efecto –Francia-. En los registros de derechos, sin embargo, las inscripciones implican asignaciones de propiedad, al menos frente a terceros. Para que el sistema sea fiable se imponen ciertos principios –prioridad, tracto sucesivo, cierre, calificación, independencia del registrador, etc.- e, incluso, algunos sistemas se organizan para desincentivar la posible corrupción –v.gr.: sistema español de organización arancelaria y responsabilidad personal del Registrador-. Asimismo, se rodea al procedimiento registral de garantías suficientes para evitar decisiones erróneas que contravengan el sistema legal, tanto privado –identidad, capacidad

Como he expuesto, la tecnología de la cadena de bloques no puede identificar a los contratantes físicos. Es más, para los entusiastas de la tecnología de los bloques encadenados, una de las principales ventajas del sistema es, precisamente, que les permite ocultar su identidad real, por lo que resulta especialmente atractivo para todos quienes quieren realizar transacciones sorteando las limitaciones legales.

En segundo lugar, tanto en la versión tradicional del protocolo, que únicamente permite transferir criptomonedas –v.gr.: *bitcoin*- como en versiones más desarrolladas, que permiten intercambiar criptomonedas por cosas o servicios, v.gr.: *ethereum*-, la expresión consenso, no se refiere a que exista un acuerdo explícito entre todos los potenciales afectados, sino solamente a la realización de unas comprobaciones –teóricas- muy limitadas.

En efecto, cuando se habla del consenso en relación a *bitcoin*, este término no se refiere más que a las denominadas *validaciones* –comprobaciones- que se realizan de cada transacción por el resto de nodos de la red. Es necesario subrayar que estas validaciones se circunscriben a comprobar que la cuenta desde la que transfiere un número determinado de *bitcoins* existe y tiene, al menos, esa cantidad, así como la coincidencia de las firmas y la existencia de la cuenta de destino. Pero no se extienden más allá. Así, no se extienden a los elementos esenciales del contrato, que pueden ser determinantes de su nulidad como, por ejemplo, la efectiva identidad del ordenante –que quien ordenó dicha transacción era, efectivamente, el dueño de la cuenta- ni a que, aun siéndolo, el consentimiento ha sido libremente prestado, a la licitud del pago, etc.

---

de las partes, etc.- como público –cumplimiento con las leyes fiscales, urbanísticas, medioambientales, etc.-. La cuestión es si estos sistemas de identificación, control legal, autenticación del contenido, etc. Pueden ser sustituidos con ventaja por *blockchain* o no.

En el caso de *ethereum*, al igual que en el caso de *bitcoin*, se comprueba que los avatares –no los contratantes físicos- han suscrito un contrato y, después, el resto de nodos verifican la coincidencia de las firmas, que están todos los consentimientos –de los avatares, no de los contratantes físicos- definidos en el contrato autoejecutable, que los eventos previstos se han producido o no y que se han ejecutado las consecuencias previstas para cada caso, que es a lo que alcanza el consenso de los nodos que realizan estas verificaciones.

Eso es lo que cubre la denominada regla del consenso de la tecnología de los bloques encadenados.

Si, por ejemplo, deseamos adquirir un activo inmobiliario, la tecnología de la cadena de bloques no es suficiente para garantizar, por si sola, ni la existencia de tal activo ni la exactitud de sus linderos. Para ello, necesitaría acudir a *oráculos*, sean agrimensores, topógrafos, registros o catastros o profesionales e instituciones semejantes<sup>49</sup>, pues se trata de activos físicos que, aunque *tokenizados*, tienen existencia fuera de la red *-asset tokens-*, lo que exige la coordinación *on chain-off chain* que está fuera del alcance de las posibilidades de la cadena de bloques.

---

49 Este problema se planteará siempre que la contratación se refiera a activos con existencia fuera de la red, no solo inmuebles. Su identificación se realizará por mecanismos al margen. Como siempre que se trata de *blockchain*, esta tecnología nos permitirá verificar no la exactitud de la identificación sino el contenido de la verificación suministrada por un agente externo. La fiabilidad de *blockchain* se refiere a dicha verificabilidad y la verificación como tal será más o menos fiable en función de la garantía que ofrezca el procedimiento de verificación. Paralelamente a lo que sucede, por ejemplo, con la fe pública notarial cuando incorpora el plano de una finca, que no garantiza ni la existencia de la finca ni la correspondencia de sus linderos con los del plano, pero si la existencia del plano aportado –aunque, en este caso, la fiabilidad viene impuesta por disposición legal no por fiabilidad tecnológica, como en el caso de *blockchain-*.

### **3.3. El presunto consenso en el caso de doble venta y la solución *fork choice***

No obstante, es frecuente afirmar que, en el caso de “doble gasto”, el protocolo de los bloques encadenados resuelve el conflicto a través del denominado *consenso*.

El “doble gasto” puede ser una expresión adecuada para referirse a una doble disposición de *bitcoins* con diferentes personas. En el caso de que la doble disposición no sea de una criptomoneda sino de la titularidad de un activo que existe físicamente fuera de la red de bloques encadenados –v.gr.: una casa- creo que sería más apropiado utilizar expresiones como “doble venta” o “doble disposición”. En todo caso, procederemos a analizar si, en el caso de doble venta, el protocolo de los bloques encadenados lo resuelve mediante el denominado *consenso*.

En primer lugar, como se ha expuesto reiteradamente, la cadena de bloques no puede identificar a los contratantes físicos.

En segundo lugar, tanto en la versión tradicional del protocolo que únicamente permite transferir criptomonedas virtuales –v.gr.: *bitcoin*- como en versiones más desarrolladas, que permiten intercambiar criptomonedas virtuales por cosas o servicios, v.gr.: *ethereum*-, cuando se habla de consenso, se refiere a unas comprobaciones –teóricas- muy limitadas, como he expuesto.

Además, no basta con ello. Como sabemos, la validez y eficacia de un contrato exige la concurrencia de unos elementos esenciales determinantes de su validez o nulidad, así como de su eficacia o ineficacia, a los que el protocolo no se extiende ni puede extender.



Sin embargo, es un lugar común afirmar que la cadena de bloques es un sistema público y distribuido sin, supuestamente, intermediarios. En esta situación y teniendo en cuenta el diseño general del sistema, las transacciones son comunicadas progresivamente de un nodo a otro, pero el protocolo no puede asegurar que el orden en el cual un nodo recibe una transacción es el mismo orden en el que fue enviada.

*Debido a las diferencias de velocidad en la propagación a través de la red, habrá nodos que recibirán la transacción posterior antes que la enviada anteriormente —y considerarán inválida la recibida en segundo lugar— y viceversa, resultando de ello una falta de acuerdo acerca de qué transacción debe considerarse válida*<sup>50</sup>.

La cadena de bloques es, simplemente, el instrumento para resolver este tipo de problemas, pues no son más que instrumentos para ordenar las transacciones.

Sin embargo, esta cuestión adquiere una mayor complejidad cuando la cadena de bloques se bifurca en ramas y, sobre todo, si, al mismo tiempo, se producen situaciones de doble disposición.

Las ramas son una consecuencia del funcionamiento del sistema y se producen solo cuando, una vez que un minero ha minado un bloque y lo difunde por la red de nodos —para que éstos lo confirmen y lo incorporen a su copia de la cadena como último bloque— y antes de que este bloque llegue a todos los nodos de la red, otro minero —al que no le ha llegado todavía aquel bloque minado— consigue minar otro bloque diferente y, a su vez, lo difunde por la red como nuevo bloque de la cadena.

---

50 GALLEGO FERNÁNDEZ L. A, “Cadenas de Bloques y Registros de Derechos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 765, pág. 110.

Cuando ambos bloques se difundan por todos los nodos, éstos verán que en los dos se hace referencia al mismo bloque como bloque anterior a ellos en la cadena de bloques lo que provoca la creación de dos ramas. Si hubiese más de dos bloques que se hubiesen minado en la forma expuesta habrá tantas ramas como bloques minados en estas condiciones, las cuales subsistirán hasta que todas, salvo una de ellas, sean anuladas.

Por otro lado, en caso de doble, triple, etc. disposición el sistema garantiza que solo una de las transacciones será considerada como válida -aunque no tiene por qué ser la primera que se haya efectuado- mediante las confirmaciones de transacciones. Así, una vez que se realizan las transacciones, éstas pasan al *pool* de transacciones pendientes de confirmar para que los mineros las integren en nuevos bloques.

La regla utilizada para establecer qué transacción es la preferente es la denominada *fork choice*, conforme a la cual, en el caso de una bifurcación, los mineros deben optar siempre por la rama más larga, es decir, la que tenga mayor número de bloques confirmados, medidos en términos de capacidad computacional requerida para validarlos. La transacción incluida en esta rama será la que prevalezca, aun cuando fuera posterior<sup>51</sup>. Ello implica que las transacciones incluidas en bloques que integran las ramas más cortas y que estaban ya confirmadas, dejan de estarlo.

Se afirma que con esta regla se preserva el consenso a través de la red porque lo que acuerda una mayoría se presume válido porque se presume que quienes controlan la mayoría de capacidad computacional en la red actúan de acuerdo con el protocolo<sup>52</sup>. De acuerdo con la *lex cryptographica*, por tanto, gana aquel cuya transacción haya quedado incluida en el bloque más largo.

---

51 FILIPPI P Y WRIGHT A. *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018, pág. 24.

52 *Ibidem*.

Es más, se presume que aquellos que tienen mayor capacidad de poder computacional en la red actúan de acuerdo con las reglas del protocolo<sup>53</sup>. Es lo que se denomina la “versión consenso de la verdad -*consensus versión of the truth*-<sup>54</sup>” y es una consecuencia inevitable del carácter estrictamente descentralizado de la cadena de bloques y la ausencia -teórica- de cualquier tipo de autoridad central. Así como en el mundo previo a la cadena de bloques, existían servidores centrales que controlaban y validaban la información, en el ecosistema de la cadena de bloques, esa labor -a menudo de alcance global- la realizan nodos descentralizados, que alcanzan un consenso mediante la aplicación de un protocolo, sin intervención de ningún tercero.

### **3.4. La regla *fork choice* no significa consenso sino indefensión**

Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que, tanto en la versión tradicional del protocolo, la que se usa para *bitcoin* por ejemplo, como en versiones posteriores, como, por ejemplo *ethereum*, el dueño de unas determinadas *bitcoins* o de un determinado bien no tiene mecanismos, dentro de los propios protocolos, para oponerse si alguien las utiliza por él indebidamente. Este hecho, junto con el anonimato que caracteriza los protocolos y la irreversibilidad de las transacciones, una vez comprobadas e incorporadas a la cadena de bloques, le deja totalmente indefenso.

Repele, por ello, denominar *regla de consenso* a una regla en la que A adquiere de B, titular según el protocolo, ve confirmada

---

53 *Ibidem.*

54 The European Union Blockchain Observatory and Forum, *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts*, de 27 de septiembre de 2019, antes citado.

su adquisición por el mismo y, sin embargo, posteriormente, pierde lo adquirido porque B volvió a disponer a favor de C y esta disposición se transmitió más rápidamente por la red, sin intervenir negligencia alguna por su parte y sin poder hacer nada para evitarlo, salvo una cosa: pagar más a un minero para que de preferencia a resolver el problema matemático que permita validar el bloque en el que se incluye su transacción y, de ese modo, aumentar las probabilidades de ganar prioridad.

El protocolo de los bloques encadenados, por lo tanto, sí provoca la existencia de terceros indefensos, es decir, de dueños que dejan de serlo sin causa alguna que lo justifique, según nuestra concepción, y sin que puedan hacer nada para evitarlo. Este problema se agrava si consideramos las soluciones dadas a los incidentes DAO de 2016 y *Bitcoin Cash* de 2017, en donde los gobernantes reales de estas redes adoptaron soluciones conforme a sus intereses rompiendo las reglas del protocolo. Ello exige la existencia de una tecnología institucional que lo evite mediante la intervención de un tercero imparcial -Estado- que, en el caso que nos ocupa, es exactamente el papel que desempeña el Registro de la Propiedad.

Estos incidentes evidencian que la cadena de bloques puede fallar y que, cuando falla, no hay prevista ninguna tecnología institucional para resolver estos fallos, lo que no es aceptable. Como afirma Roubini:

*“La verdad es que los desarrolladores –developers- tienen un poder absoluto para actuar como jueces y como jurado. Cuando algo va mal (...) ellos simplemente cambian el code y “fork” una moneda fallida por otra arbitrariamente, revelando la absoluta falta de confiabilidad de una empresa que no era de fiar desde el principio”<sup>55</sup>*

---

55 ROUBINI N. <https://www.project-syndicate.org/commentary/blockchain-big-lie-by-nouriel-roubini-2018-10>, visitado el 18 de Noviembre de 2018.

Para resolver este tipo de problemas se necesita una regla diferente, así como la intervención de una tercera parte imparcial de naturaleza pública con facultades jurisdiccionales, lo cual forma parte de las funciones habituales de registradores y jueces.

#### **4. LA PREFERENCIA POR LA CONFIANZA EN TERCEROS PARA PROTEGER LA INTEGRIDAD JURÍDICA DE NUESTROS DERECHOS**

A todo ello hay que añadir que la libertad individual exige un precio en términos de responsabilidad personal que no todos están dispuestos a pagar. En este sentido, afirma Arruñada que los individuos:

*“...conociendo sus propias debilidades, a menudo confían más y prefieren confiar en soluciones centralizadas, basadas en agentes de custodia privados y públicos.*

*Esta preferencia por confiar en terceros más que en sí mismos impone una restricción particularmente grave a las aplicaciones en el ámbito de la propiedad porque la naturaleza universal de la propiedad requiere que se apliquen las mismas reglas a todos los titulares de los derechos sobre cada bien. En un hipotético sistema de propiedad plenamente descentralizado, todas las personas deberíamos estar otorgando o negando nuestro consentimiento a todo tipo de transacciones que puedan afectar a nuestros derechos de propiedad. En consecuencia, nos convertiríamos en los únicos custodios no solo de nuestras claves criptográficas (para obtener el aviso y otorgar el consentimiento) sino también para proteger la integridad legal de nuestros derechos”<sup>56</sup>.*

No todo el mundo está dispuesto a asumir esa responsabilidad porque no siempre es sencillo defender la integridad jurídica de nuestros derechos y, además, porque las partes, cuando contratan, pueden confabularse no solo para perjudicar derechos concretos de personas individualmente identificables sino bienes públicos –y, por

---

56 ARRUÑADADA B., *loc. cit.* pág. 92.

tanto, derechos de terceros difusos- definidos y protegidos por normas imperativas y prohibitivas no conocidas en muchas ocasiones por los ciudadanos no expertos en Derecho. Adicionalmente, ello requeriría una atención permanente a cada transacción que se hiciera en la red, lo que exigiría dedicar un tiempo del que normalmente el ciudadano común carece.

De hecho, la solución que propone la cadena se bloques equivale a decir, en el ámbito de los registros de la propiedad: (1) Los registros de la propiedad son públicos. En consecuencia, toda transacción registrada sin oposición de ninguna de los titulares inscritos es válida y efectiva; (2) En caso de doble venta, no prevalece el adquirente que inscribe en primer lugar su adquisición, aunque sea el segundo adquirente contractual si es de buena fe e inscribe con anterioridad. Prevalece el adquirente que obtiene la mayoría de votos de los propietarios inscritos, incluso contra el consentimiento del propietario inscrito que ha sido privado de su titularidad.

No parece que una solución de este tipo pueda ser legalmente aceptable porque resulta de circunstancias que escapan totalmente del control del dueño, así como de los adquirentes.

Por último, hay que tener en cuenta que en un mundo crecientemente especializado, la supervisión legal también necesita estar crecientemente especializada.

## 5. ESCENARIO ACTUAL DE LA TECNOLOGÍA DE LA CADENA DE BLOQUES APLICADA A LOS REGISTROS INMOBILIARIOS

### 5.1. Referencia general

Como consecuencia de todo ello, pese a la intensa publicidad promovida por la industria de esta tecnología, así como por determinadas agencias registrales nacionales, a día de hoy, no hay ningún país que haya implantado un *Land Registry Blockchain*, esto es, un sistema de cadena de bloques que desempeñe las funciones que hoy desempeñan los sistemas registrales.

Así, en Georgia, por ejemplo, la tecnología de los bloques encadenados se utiliza solo para archivar los documentos y para tener copias de seguridad de los asientos. En este caso, y en otros similares, como el sueco, al que nos referiremos a continuación, se habla, sin embargo de *Land Registry Blockchain*, induciendo a confusión .

Por ello, es necesario destacar el rigor con el que se pronuncia el Informe sobre el proyecto piloto llevado a cabo en el condado de Cook que comprende la ciudad de Chicago, el cual concluye que la *blockchain* podría ser utilizada para la contratación privada y la presentación en el Registro solo si se conserva el marco legal existente, según el cual “*el registro oficial del condado es el único registro oficial*”<sup>57</sup>, lo que está lejos de las pretensiones de quienes proponen soluciones persona-a-persona sin intervención alguna de terceros independientes. Conviene subrayar que el Cook County cuenta con un registro de documentos.

---

57 *Cook County Recorder of Deeds, Blockchain Pilot Program Final Report*, (2017) págs. 32-34, <http://cookrecorder.com/wp-content/uploads/2016/11/Final-Report-CCRD-Blockchain-Pilot-Program-for-web.pdf>

Suecia ofrece un caso significativo. El proyecto de *Land Registry Blockchain* afecta exclusivamente a la fase de contratación o *conveyancing*, pero no a la del Registro. El *Lantmäteriet* conserva íntegras sus facultades para decidir qué accede al Registro y qué no.

En la descripción funcional del proyecto<sup>58</sup> se señalaba que pretendía abarcar todo el ciclo de vida en la transmisión y constitución de derechos sobre inmuebles, salvo por lo que respecta a los procedimientos ejecutivos que, al menos inicialmente, seguirían funcionando como tradicionalmente al igual que la operativa interna del registro, la cual tampoco se vería alterada más que por la inclusión de la nueva tecnología.

De esta forma, en el supuesto de la compraventa de inmuebles, por ejemplo, se contemplaban todos los procedimientos y documentos del ciclo de vida del contrato: desde que el titular decide vender su inmueble hasta que esta venta se produce y, en su caso, se constituye una hipoteca para financiar la adquisición por el comprador. El sistema soportaría las relaciones entre vendedor e inmobiliaria, entre esta y los posibles compradores, en su caso los precontratos de compra, la compraventa final, el depósito de este título en el registro, así como el de hipoteca, etc.

Todos los documentos que se generaban en estos procedimientos eran electrónicos, pero, no obstante, lo que se almacenaba en la cadena de bloques que el proyecto implementaba, no eran los propios documentos sino los *hashes* o huellas electrónicas que se calculaban para cada uno de ellos<sup>59</sup>. De

---

58 TELIA COMPANY, CHROMAWAY AND KAIROS FUTURE, *The Land Registry in the blockchain. A development project with Lantmäteriet (The Swedish Mapping, cadastre and land registration authority)*, July 2016.

59 En concreto el algoritmo utilizado para el cálculo de las huellas de los documentos es el SHA-256 -que también es el más utilizado en el protocolo *Blockchain*-.



este modo, se decía que siempre se podía comprobar y acreditar que una copia de un documento se correspondía con el original que se hubiera generado, firmado y depositado en el registro, mediante la simple comprobación de la coincidencia de los *hashes* de ambos.

Sin embargo, no parece que esta forma de operar suponga ventajas importantes frente a otras opciones tecnológicas que ya están, y llevan muchos años, en funcionamiento. En este sentido, puede tenerse en cuenta el caso español, en el que desde hace más de quince años la totalidad del procedimiento registral se pueda tramitar de forma electrónica y telemática<sup>60</sup> y, así, es posible recibir telemáticamente por líneas de comunicación seguras y dedicadas, en cualquier registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles del territorio nacional, todo tipo de documentos electrónicos notariales, judiciales, administrativos o privados firmados electrónicamente y también se pueden remitir por la misma vía la notificación de la práctica de los correspondientes asientos de presentación, notas de calificación, notas de despacho, notas simples, certificaciones, minutas, etc. todo ello con sellado temporal electrónico conforme a la señal horaria oficial y con la firma electrónica del registrador o el sello electrónico del Registro<sup>61</sup>, según los casos, y, finalmente, también es posible elaborar y

---

Una descripción de este algoritmo puede encontrarse en: <http://csrc.nist.gov/groups/STM/cavp/documents/shs/sha256-384-512.pdf>.

60 Artículos 106 y siguientes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: <https://boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-24965>, visitado el 1 de mayo de 2019.

61 En este sentido el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España es prestador de confianza de servicios de certificación para firmas electrónicas y sellados temporales electrónicos cualificados, conforme al Reglamento EU n° 910/2014, de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior: <https://webgate.ec.europa.eu/tl-browser/#/tl/ES/11>, visitado el 1 de mayo de 2019.

firmar electrónicamente los asientos registrales a que den lugar los documentos presentados, así como las representaciones georreferenciadas de las fincas; de tal modo que la autenticidad, integridad y trazabilidad de todas estas operaciones quedan garantizadas por las tecnologías y por las firmas, sellos y sellados temporales electrónicos utilizados.

En cualquier caso, si se opta por la utilización de documentos electrónicos que también se firman y se sellan temporalmente de forma electrónica, estas firmas y sellos ya aseguran la autenticidad, integridad, trazabilidad y fecha de los documentos y permiten detectar si han sido modificados. Si, posteriormente, uno de esos documentos se deposita en el Registro -en el caso de sistemas registrales de depósito de documentos- el encargado de este puede volver a firmarlo y sellarlo junto con la resolución que acuerda el depósito, acreditándose, también, la autenticidad de todo ello, así como su integridad y fecha, sin que haga falta para ello una cadena de bloques.

Por otra parte, de un documento electrónico se pueden generar tantas copias electrónicas como se quiera: cada una de ellas serán copias auténticas<sup>62</sup> ya que contendrán los mismos certificados de firma y sellados temporales que el documento original, permitiendo verificar su autenticidad, integridad, trazabilidad y fecha de la misma forma que el original y si, además, se incluye en ellos un código seguro de verificación se pueden obtener las mismas garantías a partir de los traslados a

---

62 Artículo 28.1 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605>, visitado el 1 de mayo de 2019) y artículos 27.2 y 27.3.a de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>, visitado el 1 de mayo de 2019).

papel de cualquiera de aquellos documentos electrónicos<sup>63</sup>, sin necesidad, tampoco, de cadena de bloques.

De estos documentos electrónicos pueden generarse tantas copias como se quiera y estas copias pueden almacenarse y custodiarse en múltiples localizaciones diferentes y entregarse o permitir su acceso a ellas, telemática o personalmente, a todos los usuarios que se estime conveniente sin necesidad, nuevamente, de cadena de bloques.

Cabe señalar, además, que el cálculo de *hashes* tiene sus propias particularidades. Una de ellas es que alteraciones mínimas respecto del documento original generan *hashes* totalmente diferentes y otra es que a partir de un *hash* determinado es imposible obtener el documento que le corresponde.

De acuerdo con ello, en el caso de que se dispusiese del texto de un documento y se quisiese comprobar si se corresponde con alguno de los depositados en el registro, mediante la comparación de su *hash* con los almacenados en la cadena de bloques, sería muy difícil encontrar una coincidencia<sup>64</sup>, salvo que se tratase de una copia idéntica a la de aquel cuyo *hash* se almacenó en dicha cadena, en cuyo caso ya contaría con las firmas y sellos electrónicos, que garantizan su autenticidad, integridad, trazabilidad y fecha, y, si el documento a comparar no contase con dichas firmas y sellos

---

63 Artículo 28.5 de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-11605>, visitado el 1 de mayo de 2019) y artículo 27.3.c de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10565>, visitado el 1 de mayo de 2019).

64 Dado que cualquier carácter diferente –mayúsculas/minúsculas, comas/puntos, etc.- o formato distinto o simplemente un espacio en blanco más o menos entre uno y otro documento, daría lugar a *hashes* totalmente diferentes, aunque el contenido jurídico de ambos documentos fuese idéntico.

electrónicos, su *hash* tampoco coincidiría nunca con el de ninguno de los documentos cuyos *hashes* se encuentran almacenados en la cadena de bloques, dado que estos últimos *hashes* se calcularon a partir de documentos con dichos elementos, por lo que no quedaría otra opción que recurrir al cotejo visual.

Por otra parte, al tratarse de elementos interdependientes -los documentos y la cadena de bloques que almacena sus *hashes*-, desde el punto de vista de la seguridad, ambos elementos deberían estar soportados por sistemas informáticos diferentes, dotados, cada uno de ellos, de sus propios sistemas de seguridad y, además, debe tenerse en cuenta que en el caso de que alguno de los documentos se perdiese, no sería posible, por lo dicho anteriormente, reconstruirlos a partir de los *hashes* de la cadena de bloques.

No parece, por tanto, que los supuestos, que hasta ahora ha habido, de aplicación de esta tecnología a los sistemas registrales, hayan aportado algo que no se pueda conseguir por otros medios e incluso con mayor seguridad jurídica como más adelante se verá.

Por último, en la II Conferencia Anual de la International Blockchain Real Estate Association (*IBREA*), celebrada en Nueva York en 2017, se afirmó claramente que la tecnología de la cadena de bloques tiende a sustituir al notariado en tanto que autenticador documental, si bien se reconoció que, hoy por hoy, no puede garantizar la identidad de los contratantes. La cuestión de si la cadena de bloques -o, más precisamente, una de las tecnologías que la integran, cual es la firma electrónica- puede sustituir con ventaja la intervención notarial en el procedimiento registral -en el caso de un Registro de derechos- la tratamos más adelante.

Por lo que respecta al Registro de la Propiedad, se reconoció que en un país con un Registro inmobiliario de titularidades y cargas, es decir,

de derechos o fe pública, digitalizado y accesible *on-line*, el margen que queda para dicha tecnología es bastante reducido. Sólo en *ciertos países* se podría crear un Registro privado paralelo al oficial, que dispensaría publicidad, que haría funcionar el mercado. Pero sin reconocimiento oficial, no hay prioridad. Sólo con reconocimiento oficial la publicidad puede crear un valor.

Los proyectos, por tanto, se orientan preferentemente hacia aquellos estados sin Registro o con un Registro manifiestamente ineficiente, partiendo de la consideración de que en el tercer mundo el 70% del suelo se halla sin inmatricular, lo que representa una gran oportunidad de negocio<sup>65</sup>.

## 5.2. Referencia a la Unión Europea

La Unión Europea, de una forma prudente, pero decidida, ha venido impulsando la tecnología de la cadena de bloques en diferentes ámbitos, incluido el de los registros de la propiedad.

La resolución del Parlamento Europeo de 3 de octubre de 2018 sobre tecnologías del libro distribuido y *blockchain - building trust with disintermediation (2017/2772(RSP-))* (48) contiene la siguiente declaración::

*“... (El Parlamento Europeo) requiere a la Comisión para que explore la mejora de los servicios públicos tradicionales, incluidos entre otros la digitalización y descentralización de los registros públicos, registro de la propiedad, concesión de licencias, de certificados para los ciudadanos (p.ej.: certificados de nacimiento o de matrimonio) y gestión de la migración, en particular mediante el desarrollo de usos concretos -casos piloto-; requiere también a la Comisión para que explore*

---

65 MOLINA BALAGUER F., *Informe correspondiente a la Segunda Conferencia Anual de Ibreá -International Blockchain Real Estate Association-* Nueva York, 10 de octubre de 2017. *Paper* citado con autorización del autor.

*aplicaciones de las TLD<sup>66</sup> que mejoren procesos relacionados con la privacidad y confidencialidad del intercambio de datos, así como el acceso a los servicios del gobierno electrónico usando una identidad digital descentralizada.”*

Más recientemente. El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo -CESE- de 11 de febrero de 2020, titulado “*La tecnología de la cadena de bloques y el mercado único de la UE: ¿hacia donde vamos?*”<sup>67</sup> recomienda a la Comisión Europea la adopción de una serie de medidas dirigidas a convertir a la UE en el referente mundial de esta tecnología. Concretamente, recomienda: (1) Poner en marcha un plan de cadena de bloques integral, (2) completado con un plan de acción que convierta a Europa en el referente mundial en esta materia, (3) que el Foro de la Cadena de Bloques, el Observatorio Europeo y la Asociación Europea creen una plataforma en la que puedan integrarse diferentes actores interesados en el desarrollo de esta tecnología.

Todo ello con vistas al desarrollo de una Infraestructura Europea de Servicios Blockchain que posibilite un mercado único digital, facilitando los servicios públicos digitales transfronterizos y, posteriormente, también los servicios privados.

Por todo ello, la UE a través de los programas de investigación FP7 y Horizon 2020 financia proyectos relacionados con el desarrollo de la tecnología de la cadena de bloques.

---

66 Tecnologías del Libro Distribuido, DLT, por sus siglas en inglés, derivadas de *Distributed Ledger Technologies*.

67 Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IE2261&from=EN>.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

ARRUÑADADA B., “Blockchains Struggle to Deliver Impersonal Exchange”, *Minn. J.L. SCI & Tech.*, Vol.19.1, 1918, pág. 92.

CALABRESI G. Y MELAMED D. A., “Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of The Cathedral”, *Harvard Law Review*

COOK COUNTY RECORDER OF DEEDS, *Blockchain Pilot Program Final Report*, 2017, págs. 32-34, <http://cookrecorder.com/wp-content/uploads/2016/11/Final-Report-CCRD-Blockchain-Pilot-Program-for-web.pdf>

DE FILIPPI P. Y WRIGHT A, *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Harvard University Press, 2018

EYAL I.& GÜN SIRER E, “Majority Is Not Enough: Bitcoin Mining Is Vulnerable”, *Financial Cryptography & Data Security*, 436, 438 (2014).

FELIU REY J. “Smart Contract: Concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado”, *La Ley Mercantil*, no 47, 2018, págs. 8 y ss.

FILIPPI P Y WRIGHT A., *Blockchain and the Law*, Harvard University Press, 2018.

GALLEGO FERNÁNDEZ L. A, “Cadenas de Bloques y Registros de Derechos”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 765, pág. 110.

GÓMEZ GÁLLIGO J. “El Registro de la Propiedad y los nuevos retos de blockchain”, en Muñiz Espada E., (dir.) Ed.: Wolters Kluwer, 2019, pág. 579

GONZÁLEZ JERÓNIMO, *Principios Hipotecarios*, Asociación de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1931, pág. 274

Informe de The European Union Blockchain Observatory and Forum, denominado “Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts”, de 27 de septiembre de 2019, pág.14. <https://media.consensys.net/report-the-legal-and-regulatory-framework-of-blockchains-and-smart-contracts-8f397eaf0b1f>

JOHN R. DOUCEUR, “The Sybil Attack”, in *Peer-to-peer-systems*, 251, 2002

KAY J. *El dinero de los demás*, Barcelona, RBA Ed., 2017.

KOSBA A. MILLER A, SHI E WEN Z. Y PAPAMANTHOU CH. “Hawk: - Preserving Smart Contracts, The Blockchain Model of Ceiptography and Privacy”, en *IEEE Sympsiom on Securiry and Privacy (SP)*, ed.: LOCASTO M., SHMATIKOV, V. Y ERLINGSSON U., PUSCATAWAY, NJ:IEEE,2016, 839-858

LEGERÉN-MOLINA A. “Retos jurídicos que plantea la cadena de bloques”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1 (enero-marzo, 2019), pág. 226.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P, “Estado, Propiedad, Mercado”, en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, n° 708, 2008.

----, LUIS A. GALLEGO FERNÁNDEZ: “Contratos automatizados, Cadenas de Bloques y Registros de la Propiedad”, *RCDI*, núm. 778, págs. 851 a 975

----, “Derechos reales y titularidades reales”, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, núm. 736



---- , *Fundamentación Económica del Derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Ed. Thomson Reuters, 2011

---- , *La función de la fe pública registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017

MOLINA BALAGUER F., “Informe correspondiente a la Segunda Conferencia Anual de Ibreca -International Blockchain Real Estate Association”, Nueva York, 10 de octubre de 2017. Paper citado con autorización del autor

NARAYANA B. Y OTROS, *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies* 2 (2016)

ROTHSTEIN, A., *The End of Money. The story of bitcoin, cryptocurrencies and the blockchain revolution*, New Scientist, 2017, pág. 36.

---- , *The End of Money. The story of bitcoin, cryptocurrencies and the blockchain revolution*, New Scientist, 2017, págs 40-43.

ROUBINI N. <https://www.project-syndicate.org/commentary/blockchain-big-lie-by-nouriel-roubini-2018-10>, visitado el 18 de Noviembre de 2018

Schneider V. ET AL., “Blockchain: Putting Theory into Practice, Goldman Sachs Equity Res. 4 (May 24, 2016)”, <https://www.scribd.com/doc/313839001/Profiles-in-Innovation-May-24-2016-1> [<https://perma.cc/93FJ-EEDW>].

SURDEN H. “Computable Contracts”, *U. C. Davis L. Rev.*, vol. 46, 2012, pp. 633 y ss.

TAPSCOTT D., *La Revolución Blockchain*, Ed. Deusto, 2017

TELIA COMPANY, CHROMAWAY AND KAIROS FUTURE, “The Land Registry in the blockchain. A development project with Lantmäteriet (The Swedish Mapping, cadastre and land registration authority)”, July 2016.

THOMAS R., “The New Zealand Experience: The risks and implications of automation”. Ponencia presentada por el autor a la Conferencia que tuvo lugar en Auckland, New Zealand, 29-31 de agosto de 2018, especialmente, páginas 23, 24 ss.

WERBACH K., “Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.: 33:487, 2018.

WILLIAMSON O. E., *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets and Relational Contracting*, 1985

# **COMUNICACIONES**

# **DERECHO APLICABLE AL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES**

*IRATI BASOREDO-OTZERINJAUREGI*

PROFESORA DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO/EUSKAL HERRIKO  
UNIBERTSITATEA

Sumario: 1. EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. 2. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES. 2.1. Autonomía de la voluntad y elección de la ley que rige el contrato. 2.2. A falta de elección de la ley aplicable al contrato. 3. BIBLIOGRAFÍA.

## **1. EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES**

1. El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales fue por primera vez contemplado, por el Derecho de la Unión Europea, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL)<sup>1</sup>. Asimismo, la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (Directiva 2011/83/UE), refiere al contrato de «suministro de contenido digital»

---

<sup>1</sup> Art. 2, 3 y 5 (b). COM (2011) 635 final - 2011/0284 (COD).

(Art. 16) y excluye del ámbito de aplicación de las normas relativas a los «otros derechos de los consumidores» aquellos contratos de «suministro digital que no se proporcione en un soporte material» (apdo. 1 Art. 17)<sup>2</sup>. En la actualidad, es el nuevo texto de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales (Directiva 2019/770), en vigor desde junio de 2019, la norma comunitaria encargada de armonizar aspectos relativos a este tipo de contrato<sup>3</sup>.

El desarrollo del comercio electrónico y la estrategia de la Unión Europea (UE) para un «Mercado Único Digital (MUD)», ha llevado al Parlamento y al Consejo –con iniciativa de la Comisión Europea (CE)– a adoptar estas medidas de armonización<sup>4</sup>. La Directiva 2019/770 viene a aproximar las normas internas de los Estados Miembros (EEMM), con el fin de garantizar a los consumidores un mejor y seguro acceso a los contenidos y servicios digitales, y facilitar que las empresas –en particular, las pequeñas y medianas empresas (pymes)– suministren contenidos y servicios digitales en el MUD<sup>5</sup>. Por primera vez se propone la «armonización plena» de normas sustantivas relativas a la protección de los consumidores en supuestos de falta de conformidad de los contenidos y servicios digitales<sup>6</sup>. Salvo determinadas disposiciones comunitarias relacionadas con los requisitos de información precontractual y el derecho de resolución en el contrato de suministro de contenidos digitales, proclamadas en la Directiva 2011/83/UE, y alguna normativa interna excepcional, hasta el momento no existía una regulación especial en la materia<sup>7</sup>. Con la finalidad de evitar

---

2 DO L 304, 22/11/2011.

3 DO L 136, 22/05/2019.

4 COM (2015) 192 final.

5 Art. 1 y Cdos. 1-7 Directiva 2019/770.

6 Art. 4 Directiva 2019/770.

7 COM (2015) 634 final, pp. 3 y 5.

mayor «fragmentación jurídica» en las relaciones *B2C*, motivada por la promulgación de nuevas normas internas, el legislador comunitario adopta un conjunto de normas imperativas y armonizadas, aunque – como era predecible– su ámbito de actuación es limitado y difícilmente puede superar la diversidad jurídica que impera en la regulación de la contratación digital.

2. Aún con la transposición nacional de la Directiva 2019/770, que está prevista para el 1 de julio de 2021, la fragmentación jurídica referida afecta al contrato tanto en las relaciones *B2C* como en las *B2B*. El régimen de este nuevo texto comunitario no sólo se circunscribe exclusivamente al ámbito personal del *B2C e-commerce*, sino que además únicamente se encarga de regular determinadas materias del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: la conformidad del objeto del contrato o su falta, las medidas correctoras en caso de este tipo de vicio o del incumplimiento del contrato, las modalidades para exigir tales medidas correctoras y la modificación del objeto del contrato<sup>8</sup>. El propio texto advierte que su ámbito de aplicación no se extiende a aspectos propiamente regulados por el Derecho de los contratos de los EEMM, en particular, aquellos relacionados con la celebración, la validez, la nulidad o los efectos del contrato e, incluso, la legalidad de los propios contenidos y servicios digitales. También deja a un lado la regulación de la responsabilidad del empresario por vicios ocultos y de los casos fortuitos y de fuerza mayor no imputables al empresario-suministrador<sup>9</sup>.

3. De acuerdo con el apdo. 1 Art. 3 Directiva 2019/770, el contrato objeto de estudio es aquel que «en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga o se compromete a pagar un precio» o facilita o se compromete a facilitar «datos personales» al empresario.

---

8 Arts. 1, 6-20 y Cdo. 11 Directiva 2019/770.

9 Art. 3 Directiva 2019/770.

El texto comunitario se abstiene de determinar la naturaleza jurídica del contrato y tampoco se encarga de su calificación, dejando a los EEMM la labor de ordenarlo en distintas categorías o tipos legales, contratos socialmente típicos u originales. El texto comunitario se ciñe a aportar ejemplos de formas de suministrar los contenidos y los servicios digitales, como la transmisión a través de la web, el permiso para acceder a capacidades de almacenamiento de contenidos digitales o el acceso al uso de redes sociales<sup>10</sup>. Estas transacciones comerciales pueden ser clasificadas de forma diferente incluso dentro de un mismo EM, atendiendo al tipo de contenido o servicio digital objeto del contrato<sup>11</sup>. Así ha resultado en relación a uno de los contratos de suministro de servicios más comunes en el mercado digital: el «*Cloud Computing Contract*» o «contrato de computación en nube». Estos contratos constituyen un ejemplo paradigmático; permiten el acceso de red práctico y bajo demanda a un conjunto compartido de recursos informáticos configurables (redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y demás servicios) que se pueden aprovisionar y liberar de forma rápida, y con un mínimo esfuerzo de gestión o interacción del proveedor de servicios<sup>12</sup>. Algunos ejemplos son: los servicios de alojamiento de archivos en la nube (*Dropbox*), el uso de aplicaciones ofimáticas en la red (*Google Apps*), el empleo de aplicaciones multiplataforma dirigidas a reproducir música (*Spotify*) o películas vía *streaming* (*Netflix*) o, incluso, enviar y recibir mensajes electrónicos mediante la red (*Mail*). Como se puede observar, se trata de contratación digital muy variada y muy utilizada, tanto por consumidores como por usuarios profesionales o comerciales, que presenta características que interesan desde el punto de vista del Derecho internacional privado, principalmente, como ya se

---

10 Art. 3 y Cdos. 12-16 Directiva 2019/770.

11 COM (2015) 634 final, p. 5.

12 Definición traducida y tomada del *American National Institute of Standard and Technology (NIST)*. MELL, P. y GRANCE, T., «The NIST Definition of Cloud Computing: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology», NIST SP 800-154, [consulta: 18-08-2020] recuperado de <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-145/final> (28-09-2011), p. 2.

ha dicho en alguna ocasión, por su accesibilidad desde cualquier punto del planeta<sup>13</sup>.

La calificación del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en los distintos Derechos internos de los EEMM varía –al contener elementos de diferentes contratos típicos– y, atendiendo al objeto del contrato, es regulado por normas especiales aplicables a distintas categorías, como el contrato de servicios, de obra, de arrendamiento, de préstamo o de compraventa, y dependerá de las circunstancias que la totalidad del contrato quede sujeto a las normas de un solo contrato típico o se produzca el fraccionamiento jurídico<sup>14</sup>. Gran parte de los EEMM se refiere a estos contratos como «contratos *sui generis*»<sup>15</sup>.

4. A la postre, el objeto de esta modalidad de contrato es determinante a la hora de definirlo. En este sentido, la Directiva 2019/770 refiere a los «contenidos digitales» como «datos producidos y suministrados en forma digital»; es decir: programas informáticos, aplicaciones, archivos de música, libros electrónicos, etc. Esta

---

13 HAIBACH, G., «Cloud computing and European Union Private International Law», *JPI*, Vol. 11, 2015, núm. 2, p. 259; ŽOK, K., «Law Applicable to Cloud Computing Contracts concluded with Consumers under Regulation 593/2008, according to the CJEU Case Law», *MUJLT*, Vol. 14, 2020, núm. 1, p. 85.

14 Acerca de la problemática que presenta la clasificación de los propios contenidos y servicios digitales y, por consiguiente, de los contratos celebrados sobre los mismos, a nivel comunitario y a nivel interno, véase: CSECL, IViR y ACLE, «Final Report: Comparative Analysis, Law & Economics Analysis, Assessment and Development of Recommendations for Possible Future Rules on Digital Content Contracts. Analysis of the Applicable Legal Frameworks and Suggestions for the Contours of a Model System of Consumer Protection in relation to Digital Content Contracts», University of Amsterdam, [consulta: 01-07-2020] recuperado de <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/46c5-897b-48844f07f027> (07-06-2013), pp. 28-41.

15 CE y DLA Piper UK LLP, «Comparative Study on Cloud Computing Contracts: Final Report», [consulta: 15-07-2020] recuperado de <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/40148ba1-1784-4d1a-bb64-334ac3df22c7> (17-03-2015), pp. 27-29.



concepción fue acuñada por primera vez en la Directiva 2011/83/UE<sup>16</sup>. Los «servicios digitales», según el texto comunitario, son «servicios que permiten al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en forma digital» o «compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos»<sup>17</sup>. Algunos ejemplos son: programas (*software*) como servicio, tales como el intercambio de vídeos y audio, y otro tipo de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos, juegos que se ofrezcan en el entorno de computación en nube, y redes sociales<sup>18</sup>. También podrían ser contenidos digitales suministrados en un soporte material (DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria) y al soporte material propiamente dicho, siempre que sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales<sup>19</sup>.

La Directiva 2019/770 pone de relieve otro elemento que caracteriza este tipo de contrato. Se trata de la posibilidad de contratar contenidos o servicios digitales a cambio de datos personales del consumidor; es decir, cuando el consumidor abre una cuenta en una red social y proporciona su datos personales y una dirección de correo electrónico y se emplean para fines que no son exclusivamente el suministro de los contenidos o los servicios digitales, o distintos del cumplimiento de los requisitos legales (cuando el registro del suministrado es necesario por motivos de seguridad e identificación); o, cuando presta su consentimiento para que cualquier material que constituya datos personales (fotografías o mensajes cargados) sea tratado por el empresario con fines comerciales<sup>20</sup>.

---

16 Art. 2 (1) Directiva 2019/770; Art. 2 (11) Directiva 2011/83/UE.

17 Art. 2 (2) Directiva 2019/770.

18 Cdo. 19 Directiva 2019/770.

19 Art. 3 (3) Directiva 2019/770.

20 Art. 3 (7-10) y Cdos. 24-25 Directiva 2019/770.

5. Las partes del contrato de contenidos y servicios digitales, en el caso de los contratos de consumo, son el *empresario* que suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales y el suministrado será el *consumidor* que a cambio paga el precio o facilita al empresario datos personales. El consumidor es la «persona física» que contrata los contenidos o los servicios digitales «con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión»<sup>21</sup>. En contratos mixtos, celebrados con un fin en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial, empresa, oficio o profesión del suministrado, y en los que la finalidad comercial es tan limitada que no predomina en el contexto general del contrato, deja la puerta abierta a los legisladores internos<sup>22</sup>. El TJUE concibe –en el mismo sentido que sugiere el Cdo. 17 Directiva 2019/770– estos actos mixtos como contratos de consumo, cuando el vínculo del contrato con la actividad profesional es «tan tenue que pueda considerarse marginal» y, por consiguiente, «tenga un papel insignificante» para el conjunto de la transacción<sup>23</sup>. A efectos prácticos, es fundamental la condición con la que el suministrado del contenido o servicio digital se identifica ante el suministrador, aportando simplemente datos personales o refiriéndose a aquellos relacionados con su actividad comercial o profesional<sup>24</sup>. Los suministradores-empresarios, por el contrario, serán aquellas «personas físicas o jurídicas, privadas o públicas», que actúen, «incluso a través de otra persona» que interviene a su vez «en su nombre o por su cuenta» «con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión»<sup>25</sup>. Esta definición comprende también

---

21 El Art. 2 (6) Directiva 2019/770 secunda el concepto de *consumidor* del acervo comunitario.

22 Cdo. 17 Directiva 2019/770.

23 Sentencia de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01, EU:C:2005:32, apdo. 39; Sentencia de 25 de enero de 2018, *Schrems*, C-498/16, EU:C:2018:37, apdos. 32 y 41.

24 CALVO CARAVACA, A-L., «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, Vol. 1, 2009, núm. 2, p. 93.

25 Art. 2 (5) Directiva 2019/770; Art. 6 RRI.

los «prestadores de plataformas» que actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor<sup>26</sup>. Algunos ejemplos de «plataformas en línea» son: plataformas de comercio electrónico, tiendas de aplicaciones, redes sociales, motores de búsqueda o sitios web de comparación de precios<sup>27</sup>.

En los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales celebrados que quedan fuera del ámbito personal de la Directiva 2019/770, es decir, propios del *B2B e-commerce*, en sentido contrario, el suministrado será una persona física o jurídica que contrate contenidos o servicios digitales con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Esta iniciativa comunitaria, en efecto, se aparta y deja sin atender las relaciones contractuales entre empresarios y, a este respecto, tampoco regula las operaciones en las que participan pymes, a pesar de que con frecuencia pueden encontrarse en una posición de desventaja en el MUD. Después de todo, las necesidades específicas de las pymes han sido atendidas en la Estrategia para el MUD y se reservan –en palabras de la propia CE– para «otras acciones anunciadas en la Estrategia»<sup>28</sup>. En todo caso, la Directiva 2019/770 reconoce autonomía a los EEMM para ampliar la aplicación de estas normas a otras personas físicas o jurídicas que no conservan la condición de consumidor, entre las que pueden encontrarse las propias pymes y empresas emergentes, u organizaciones no gubernamentales<sup>29</sup>. Ahora, no parece existir un buen pronóstico, pues los operadores del comercio digital en su mayoría parecen no compartir la idea de extender la armonización de esta regulación al comercio *B2B*<sup>30</sup>.

---

26 Los EEMM asimismo podrán ampliar el ámbito de actuación de las medidas de transposición a los prestadores de plataformas que no cumplan con estas características, Cdo. 18 Directiva 2019/770.

27 COM (2015) 192 final.

28 COM (2015) 634 final, p. 13.

29 Cdo. 16 Directiva 2019/770.

30 SWD (2015) 275 final, pp. 2-3; COM (2015) 634 final, p. 8.

6. Con todo, son diversas las apreciaciones que podrían ser expresadas en relación a la forma en la que el legislador comunitario ha propuesto la regulación de esta realidad, empezando por los conceptos propios de contenidos y servicios digitales<sup>31</sup>. Sin embargo, la

31 Acerca de esta y otras cuestiones relacionadas con la Directiva 2019/770 y la propuesta que la precede, véase: AGUILERA RUIZ, L., «La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770», *LUE*, 2019, núm. 75; ARROYO VENDRELL, T., «La ruptura con el principio de la inalteración del derecho preexistente con motivo de la triplicación de los contratos de suministro de contenido digital: un nuevo Derecho de los contratos del Derecho electrónico», en PASTOR GARCÍA, A.M., MARTENS JIMÉNEZ, I. (coords.), CASTAÑOS CASTRO, P., y CASTILLO PARRILLA, J.A. (dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Madrid, 2019, pp. 251-267; BEALE, H., «The future of European contract law and the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales», *IDP*, 2016, núm. 23, pp. 3-20; CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *ID*, 2016, núm. 3; *Íd.*, «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en De SALES CAPILLA RONGERO, F. (dir.), ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (dir.), ARANGUREN URRIZA, F.J. (dir.), MURGA FERNÁNDEZ, P. (dir.) y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A. (coord.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 19-55; CASTILLO PARRILLA, J.A., «El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el Derecho de los consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre», *RCESCO*, 2016, núm. 17, pp. 45-61; *Íd.*, «El impulso normativo europeo en el marco de la estrategia para el Mercado Único Digital de Europa y los principios de la contratación electrónica en España: especial referencia al contrato de para el suministro de contenidos digitales», en PÉREZ GALLARDO, L.B. (coord.), *Contratación electrónica y protección de los consumidores: una visión panorámica*, Madrid, 2017, pp. 101-132; *Íd.*, «La previsible evolución de la regulación de los contenidos digitales en el Derecho de la Unión Europea (Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre, sobre ciertos aspectos relativos al suministro de contenidos digitales)», *RLM*, 2016, núm. 1, pp. 12-16; CAUFFMAN, C., «New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships», *MJECL*, Vol. 26, 2019, núm. 4, pp. 469-479; DE BARRÓN ARNICHES, P., «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *CED*, 2019, núm. 61, pp. 29-65; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el Derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo», *RCDI*, Año n° 94, 2018, núm. 770, pp. 2.929-3.002; FUENTESECA DEGENEFTE, C., «Mercado Único Digital: algunos aspectos de la regulación del suministro de contenidos digitales», *RDC*, Vol. 5, 2018, núm. 2, pp. 107-148; GILIKER, P., «Adopting a Smart Approach to EU Legislation: Why Has It Proven So Difficult to Introduce a Directive on Contracts for

---

the Supply of Digital Content?», en SYNODINOU, T-E., JOUGLEUX, P., MARKOU, C. y PRASITTOU, T. (eds.), *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, Cham, 2020, pp. 299-320; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital: ¿realmente es gratis la App?», *ID*, 2018, núm. 1; MILÀ RAFEL, R., «Intercambios digitales en Europa: las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales», *RCESCO*, 2016, núm. 17, pp. 11-44; *Íd.*, «La declaración del *European Law Institute* sobre la propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre suministro de contenidos digitales a consumidores», *RCESCO*, 2016, núm. 20, pp. 249-259; *Íd.*, «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?», *IDP*, 2016, núm. 23, pp. 1-14; *Íd.*, «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity», *IDP*, 2016, núm. 23, pp. 50-63; MORAIS CARVALHO, J., «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) - Ámbito de aplicación y grado de armonización», *CDT*, Vol. 12, 2020, núm. 1, pp. 930-940; PLAZA PENADÉS, J., «Comercio electrónico y propuestas de Directiva sobre contrato de suministro de contenidos digitales y sobre compraventa de bienes en línea», *RADNT*, 2016, núm. 41, pp. 21-25; ROSSELLÓ RUBERT, F.M., «La propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de servicios digitales no retribuidos monetariamente», en PASTOR GARCÍA, A.M., MARTENS JIMÉNEZ, I. (coords.), CASTAÑOS CASTRO, P., y CASTILLO PARRILLA, J.A. (dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Madrid, 2019, pp. 269-282; *Íd.*, «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *RDM*, 2017, núm. 303, pp. 163-190; SÁNCHEZ LERÍA, R., «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de Directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *RADP*, 2018, núm. 45; SCHULZE, R., «Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales», en ARROYO I AMAYUELAS, E. y SERRANO DE NICOLÁS, A. (coords.), *La Europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, 2017, pp. 1-28; *Íd.*, «Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*. Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 127-143; SEINY, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader's Obligation to Supply», *ERCL*, vol. 15, 2019, núm. 3, pp. 257-279; SPINDLER, G., «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015. Número especial sobre mercado único digital europeo y protección de los consumidores», *ID*, 2016, núm. 3; STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *ERPL*, 2020, núm. 2, pp. 219-250; TORRUBIA CHALMETA, B., «Mercado Único Digital y concepto de consumidor», *IDP*, 2016, núm. 22, pp. 19-29; VANHERPE, J., «White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content», *ERPL*, 2020, núm. 2, pp. 251-274.

problemática que esta comunicación analiza se encuentra, en concreto, directamente relacionada con la determinación de la ley aplicable a esta modalidad contractual, tanto en el entorno del *B2C e-commerce*, como en el *B2B*.

La CE sostiene la compatibilidad de esta nueva regulación del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, con las normas comunitarias sobre la legislación aplicable en el MUD<sup>32</sup>. Reconoce la oportunidad de las normas de Derecho internacional Privado contenidas en el Reglamento (CE) n° 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI), en la regulación de estas operaciones digitales<sup>33</sup>. Entiende que ofrece la protección necesaria a los consumidores, previendo la aplicación al contrato de la ley del país en que tiene su «residencia habitual» (Art. 6 RRI)<sup>34</sup>. De hecho, el alcance de esta normativa de protección de los consumidores no queda restringido a los contratos de adquisición de bienes muebles corporales o prestación de servicios, sino que comprende también el suministro digital, de *software*, libros, música, películas, etc., tal y como se entiende conforme a las disposiciones de la nueva normativa comunitaria<sup>35</sup>.

32 Punto de vista que comparte parte de la doctrina que analiza en especial las normas de conflicto comunitarias, al menos, en relación a los contratos con consumidores: ŽOK, K., *op.cit.*, nota 13, p. 86; Sin embargo, hay opiniones que, por el contrario, afirman que los sistemas de Derecho internacional privado no confieren un tratamiento jurídico adecuado a los contratos de computación en la nube. Así se señala en relación al sistema estadounidense y los contratos de computación en nube: ANDREWS, D.C. Y NEWMAN, J.M., «Personal Jurisdiction and Choice of Law in the Cloud», *MLR*, vol. 73, 2013, pp. 313-388; Otros autores entienden que los métodos que se emplean para determinar la ley aplicable son anacrónicos, pues se basan en la ubicación de los propios actores o de la propiedad de los mismos, en fronteras físicas y entidades tangibles, incompatibles con la tecnología de la computación en la nube. CELESTINE, C.M., «“Cloudy” Skies, Bright Futures? In Defense of a Private Regulatory Scheme for Policing Cloud Computing», *JLTP*, 2013, núm. 1, p. 152.

33 DO L177 (04/07/2008).

34 COM (2015) 634 final, p. 4.

35 CALVO CARAVACA, A-L., *op.cit.*, nota 24, p. 95.

7. Se constata, en definitiva, el funcionamiento eficaz del sistema de normas de conflicto comunitario en relación a este tipo de contratación digital tanto para las relaciones de consumo como para aquellas celebradas entre profesionales. Ahora bien, merece detenerse en algunas peculiaridades del contrato en relación a la determinación de la ley que rige el contrato, tanto en el comercio con consumidores, como en el *B2B* y, en particular, en relación al «*Cloud Computing Contract*». La falta de uniformidad, sobre todo, en el Derecho comparado en materia de calificación de algunos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, a saber, en algunas modalidades del «contrato de computación en la nube», podrían provocar nuevos problemas en la determinación de la ley aplicable a falta de elección, conforme a las reglas contenidas en el Art. 4 RRI.

## **2. LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS Y SERVICIOS DIGITALES**

### **2.2. Autonomía de la voluntad y elección de la ley que rige el contrato**

8. En el comercio digital transfronterizo, tanto en la contratación de consumo como en las relaciones *B2B*, los contratantes con frecuencia pactan la ley aplicable y la ley elegida suele ser la ley de «residencia habitual del proveedor». Las siguientes líneas exponen algunas singularidades de cada tipo de comercio.

9. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales son contratos estándar dirigidos a un número ilimitado de usuarios. Las relaciones *B2C* se formalizan –con casi total frecuencia– en contratos de adhesión regulados por «términos y condiciones» o «condiciones

generales de la contratación (CGC)», incorporadas por referencia y propuestas por uno de los contratantes, un profesional o empresario, y aceptadas de forma puramente adhesiva por el usuario-consumidor. En concreto, son CGC que se encuentran disponibles en el sitio web de los proveedores dirigidos a sus clientes actuales y potenciales<sup>36</sup>. Estas CGC suelen contener una cláusula de elección de la ley aplicable al contrato. En el caso de los contratos de computación en la nube, existe la evidencia de que esta elección, por lo general, suele ser a favor de la ley del país donde el proveedor tiene su lugar principal de negocios. Si bien, las CGC de algunos proveedores, normalmente quienes intervienen en operaciones internacionales, también pueden determinar aplicable la ley del establecimiento del cliente<sup>37</sup>.

En cambio, los contratos en el comercio *B2B* suelen ser negociados individualmente y adaptados a las necesidades particulares de los contratantes, aunque dependerá del poder de negociación relativo que exista entre ellos<sup>38</sup>. Igualmente se suele incluir una cláusula de elección en los contratos de computación en la nube y determinar que la ley aplicable es, por norma general, la ley del país de residencia del proveedor. Hay quien refiere también al «lugar físico de ubicación de los servidores en

---

36 Así fue comprobado en un estudio donde fueron encuestados un total de 27 proveedores en relación a 31 servicios en la nube, en el que trataron de tomar una muestra lo más amplia posible de proveedores que ofrecen servicios en la nube dirigidos a mercados estadounidenses y europeos. Entre los proveedores se encuentran: 37signals, 3tera, Adrive, Akamai, Amazon, Apple, Decho, Dropbox, ElasticHosts, Facebook, Flexiant (formerly Xcalibre), G.ho.st, GoGrid, Google, IBM, Iron Mountain, Joyent, Microsoft, Nirvanix, PayPal, Rackspace UK, Salesforce, Symantec, The Planet, UKFast, Zecter y ZoHo. Proyecto de Investigación «Cloud Legal Project» en el «Centre for Commercial Law Studies» de la Queen Mary, University of London, cuyos resultados han sido publicados en BRADSHAW, S., MILLARD, C. Y WALDEN, I., «Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services», Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper núm. 63/2010, [consulta: 04-08-2020] recuperado de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1662374](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662374), pp. 7 y 17.

37 BRADSHAW, S., MILLARD, C. Y WALDEN, I., *op.cit.*, nota 36, p. 17.

38 *Ibid.*, p. 15.



un Estado concreto»<sup>39</sup>. De alguna manera, la elección de la ley que rige el contrato es más relevante para los clientes corporativos o pymes que para los consumidores, pues –como se observa a continuación– estos disfrutan de la protección que les confiere el RRI<sup>40</sup>. En una relación *B2B*, el cliente tratará en todo caso de sujetar el contrato a un sistema legal que considera apropiado<sup>41</sup>.

10. La autonomía de la voluntad de las partes constituye, por tanto, la clave para determinar la ley aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. La elección deberá ajustarse, al igual que en otro tipo de relaciones contractuales, a lo dispuesto en el Art. 3 y apdo. 1 Art. 6 RRI, y a las normas imperativas salvaguardadas en el apdo. 2 Art. 6 RRI y a las leyes de policía aplicables al caso y previstas en el Art. 9 RRI.

11. En cuanto a estos contratos con consumidores, que se caracterizan por celebrarse a distancia y por vía de comercio electrónico, cuando la cláusula de elección incluida en las CGC del proveedor de los contenidos o servicios digitales sea a favor de la ley del EM de su domicilio social y no haya sido negociada individualmente, será preciso que informe al consumidor con claridad y de forma comprensible de que le amparan, asimismo, en virtud del apdo. 2 Art. 6 RRI, las disposiciones imperativas propias de la ley del país de su residencia habitual. De lo contrario, según reciente jurisprudencia del TJUE, la cláusula de elección sería nula por abusiva, en tanto que induce a error al consumidor<sup>42</sup>.

---

39 GARCÍA DEL POYO, R., «*Cloud Computing*: aspectos jurídicos clave para la contratación de estos servicios», *RERI*, núm. 4, 2012, p. 90.

40 ŽOK, K., *op.cit.*, nota 13, p. 88.

41 BRADSHAW, S., MILLARD, C. y WALDEN, I., *op.cit.*, nota 36, p. 18.

42 Sentencia de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*, C-191/15, EU:C:2016:612, apdos. 69-71.

Adicionalmente, el Art. 22 Directiva 2019/770 declara no vinculante para el consumidor toda cláusula contractual que, en su perjuicio, excluya la aplicación de las medidas nacionales de transposición de la misma, no aplique o modifique los efectos de dichas medidas antes de que el consumidor ponga en conocimiento del empresario el incumplimiento del suministro o la falta de conformidad o antes de que el empresario ponga en conocimiento del consumidor la modificación de los contenidos o servicios digitales. Sin duda, permite que los profesionales ofrezcan a los clientes condiciones contractuales que garanticen una mayor protección.

A propósito del amparo conferido a los consumidores por el RRI, debe tenerse presente los presupuestos subjetivos y objetivos exigidos, en particular, por el apdo. 1 Art. 6 RRI. En especial, el profesional, con el que el consumidor celebra el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, debe actuar «en el ejercicio de su actividad comercial o profesional» y, al mismo tiempo, (a) ejercer sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tiene su residencia habitual o, (b) por cualquier medio dirija dichas actividades a ese país o a distintos países, incluido el de residencia del consumidor y, en todo caso, el contrato de suministro debe estar comprendido en el ámbito de dichas actividades. En otras palabras, el ámbito de actuación de esta norma especial de protección solo alcanza a los contratos concluidos como consecuencia de una oferta comercial dirigida previamente al país donde se encuentra la residencia habitual del consumidor. No es suficiente que la página web del profesional en cuestión sea accesible en el país de residencia del consumidor e invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado uno de estos contratos; ni tampoco depende de la lengua o la divisa utilizada en una página web, ni es suficiente la mención de una dirección electrónica y de otros datos de contacto<sup>43</sup>. Para apreciar que la actividad comercial

---

43 Cdo. 24 RRI; Sentencia de 7 de diciembre de 2010, *Pammer-Alpenhof*, C-585/08 y C144/09, EU:C:2010:740, apdo. 94.

del suministrador digital se encuentra dirigida al país de residencia del consumidor, se recomienda considerar los «indicios» destacados en la jurisprudencia comunitaria respecto a la regulación comunitaria sobre competencia judicial internacional: carácter internacional de la actividad; descripción de itinerarios desde otros EEMM al lugar en el que está establecido el suministrador; utilización de una lengua o una divisa distinta de las lenguas o divisas normalmente utilizadas en el EM en el que se encuentra establecido el suministrador, con la posibilidad de actuar en esa otra lengua; relación causal entre las actividades del suministrador dirigidas hacia el país de residencia del consumidor a través de su página web y la celebración del contrato; contacto a distancia o celebración a distancia del contrato<sup>44</sup>. Así, algunos de estos indicios han sido considerados para afirmar que *Facebook* efectivamente dirige sus servicios digitales a los consumidores comunitarios<sup>45</sup>.

La armonización plena de la Directiva 2019/770, en buena parte, busca favorecer la participación de las pymes en el MUD. Con la transposición a los ordenamientos jurídicos internos, en los casos intracomunitarios y cuando la ley referida en tales cláusulas de determinación del régimen aplicable al contrato sea la ley de un EM, distinto al de residencia del consumidor, los proveedores podrán en

44 Sentencia de 7 de diciembre de 2010, *Pammer-Alpenhof*, C-585/08 y C144/09, EU:C:2010:740, apdo. 93; Sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Mühlleitner*, C-190/11, EU:C:2012:542, apdo. 44; Sentencia de 17 de octubre de 2013, *Emrek*, C-218/12, EU:C:2013:666, apdos. 29 y 32. Acerca de esta jurisprudencia del TJUE en relación especial al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, véase: KINDLER, P., «The Law Applicable to Consumer Contracts in the Digital Single Market», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*. Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 173-183.

45 Disponibilidad de red social en varios idiomas de los EEMM en los que no tiene establecimiento y volumen importante de usuarios europeos activos en la red; al realizar una búsqueda del dominio para varios EEMM, *Facebook Inc. EEUU* es el único registrador de estos nombres de dominio. WAUTERS, E., LIEVENS, E. y VALCKE, P., «Towards a Better Protection of Social Media Users: A Legal Perspective on the Terms of Use of Social Networking Sites», *IJLIT*, Vol. 22, 2014, p. 274.

cierta medida liberarse de la tarea de discriminar entre las distintas regulaciones internas que protegen al consumidor en los EEMM, y de los costes transaccionales relacionados<sup>46</sup>. La propia Directiva 2019/770 insiste en la carga que supone, en especial, a las pymes<sup>47</sup>. En esencia, al tratarse de un contrato de consumo cuya regulación ha sido armonizada mediante la elaboración de una Directiva, sentando las bases de la protección que merece este contratante de esta modalidad de contrato, la elección de uno u otro ordenamiento interno será pertinente sólo en el supuesto de que algún EM amplíe dicha protección y sea elegida una norma interna de otro EM que sea más desfavorable para el consumidor. Todo ello, sin perjuicio de aquellos aspectos del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales que quedan fuera del alcance de la Directiva 2019/770<sup>48</sup>.

## 2.2. A falta de elección de la ley aplicable al contrato

12. En un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales entre un consumidor con o sin residencia en un EM y un proveedor del MUD, en defecto de ejercicio de la autonomía de la voluntad, la ley rectora se determinará conforme a los criterios objetivos para fijar la *lex contractus* previstos en el Art. 6 RRI. Según el apdo. 1 Art. 6 RRI, el contrato será regulado por la «ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual». Para poder aplicar esta norma de conflicto especial y conceder tutela conflictual a la parte jurídicamente más débil, es preciso el cumplimiento de los presupuestos subjetivos y objetivos del apdo.

---

46 SWD (2015) 275 final, p. 3; COM (2015) 634 final, p. 11.

47 Cdo. 4 Directiva 2019/770.

48 KINDLER, P., *op.cit.*, nota 44, p. 176; DE MIGUEL ASENSIO, P., «Los contratos transfronterizos de suministro de contenidos y servicios digitales y de compraventa de bienes tras las Directivas 2019/770 y 2019/771», [consulta: 20-07-2020] recuperado de <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/06/los-contratos-transfronterizos-de.html> (28-06-2019).

1 Art. 6 RRI; algunos de ellos han sido ya considerados. En caso de no cumplirse estos presupuestos o tratarse de alguno de los supuestos excluidos en el apdo. 4 Art. 6 RRI, y en defecto de pacto de elección, la ley aplicable al contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en el *B2C e-commerce* se determinará, por consiguiente, conforme a las normas de conflicto generales previstas en el Art. 4 RRI, cuyo contenido se aborda a continuación en relación a la contratación en el comercio *B2B*.

9. A falta de elección eficaz o completa por los contratantes en un supuesto de contrato de suministro de contenidos o servicios digitales entre profesionales, la ley aplicable al contrato deberá determinarse conforme al Art. 4 RRI. Tal y como se ha señalado, existe una gran variedad de situaciones contractuales que encajan dentro de este tipo de contratación. Además, muchas de estas transacciones comerciales se caracterizan por ser complejas y singulares. Estas particularidades que presentan hacen difícil la labor de su categorización jurídica dentro los tipos de contratos clásicos propios del Derecho de los contratos, lo cual ha provocado un escenario de falta de uniformidad en Derecho comparado. Esta falta de precisión puede hacer presuponer problemas a la hora de determinar la ley aplicable al contrato de acuerdo con el Art. 4 RRI.

13. El Art. 4 RRI ordena estas normas en atención a una división autónoma y uniforme, y la determinación de la ley que rige el contrato depende de normas de conflicto especiales que atienden a esta tipicidad del contrato. En este sentido, es relevante atender a los Cdos. 7 y 17 RRI, donde refiere a la coherencia con los conceptos autónomos del Art. 5 R44/2001, cuyo artículo concordante y vigente es el Art. 7 R1215/2012<sup>49</sup>. La subsunción

---

49 En la medida en que el R1215/2012 deroga y sustituye al R44/2001, la interpretación del TJUE de las disposiciones del R44/2001 es válida para el R1215/2012, cuando las disposiciones de ambos instrumentos comunitarios

de la situación concreta en una u otra categoría comunitaria debe realizarse sin hacer referencia a las normas de conflicto del foro y, por tanto, sin atender a lo dispuesto en el Derecho material aplicable, a pesar de tratarse de contratos típicos muy corrientes<sup>50</sup>. En este sentido es importante destacar que el TJUE en varias ocasiones ha sentado que el sentido del apdo. 1 Art. 5 R44/2001 debe interpretarse de esta forma, remitiéndose principalmente al sistema y a los objetivos del Reglamento, con el fin de garantizar su aplicación uniforme en todos los EEMM y que no es posible hacer remisión a la ley nacional aplicable a la relación jurídica<sup>51</sup>. Según la jurisprudencia del TJUE, los criterios de atribución de competencia previstos en el apdo. 1(b) Art. 5 R44/2001 solo son aplicables cuando el órgano judicial nacional que conoce del asunto concluya que las relaciones comerciales duraderas tienen su fundamento en un «contrato de compraventa de mercaderías» o en un «contrato de prestación de servicios», en el sentido de dicha disposición<sup>52</sup>. En relación a estos dos contratos típicos, el criterio de conexión con el tribunal competente previsto por la norma es la «obligación característica» de los

---

puedan calificarse como equivalentes. Sentencia de 16 de noviembre de 2016, *Schmidt*, C-417/15, EU:C:2016:881, apdo. 26; Sentencia de 9 de marzo de 2017, *Pula Parking*, C-551/15, EU:C:2017:193, apdo. 31; Sentencia de 15 de junio de 2017, *Kareda*, C-249/16, EU:C:2017:472, apdo. 27; Sentencia de 15 de noviembre de 2018, *Kühn*, C-308/17, EU:C:2018:911, apdo. 31; STJUE de 8 de mayo de 2019, C-25/18, *Kerr*, EU:C:2019:376, apdos. 19-20.

50 FORNER DELAYGUA, J-J., «La ley aplicable a los contratos internacionales», en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.) y DECANATO DEL COLEGIO DE REGISTRADORES DE CATALUÑA (coord.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, pp. 73-74.

51 Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*, C-386/05, EU:C:2007:262, apdo. 24; Sentencia de 9 de julio de 2009, *Rehder*, C-204/08, EU:C:2009:439, apdo. 33; Sentencia de 25 de febrero de 2010, *Car Trim*, C-381/08, EU:C:2010:90, apdos. 49-50; Sentencia de 11 de marzo de 2010, *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH*, C-19/09, EU:C:2010:137, apdo. 23; Sentencia de 13 de marzo de 2014, *Brogstetter*, C-548/12, EU:C:2014:148, apdo. 18.

52 Sentencia de 14 de julio de 2016, *Granarolo-Ambrosi Emmi France*, C-196/15, EU:C:2016:559, apdo. 30.

contratos. Por tanto, un contrato cuya obligación característica sea la «entrega de un bien», el contrato debe ser calificado de «compraventa de mercaderías». En cambio, aquel contrato cuya obligación característica sea una «prestación de servicios», habrá de ser calificado de «prestación de servicios»<sup>53</sup>. En este sentido, el concepto de «servicios» implica, al menos, que el contratante que presta lleve a cabo una «determinada actividad como contrapartida de una remuneración». La existencia de una actividad, requiere la ejecución de actos positivos, con exclusión de la simple abstención. La remuneración atribuida como contrapartida de una actividad no pueden entenderse en el sentido estricto de pago de una cantidad dineraria<sup>54</sup>.

Al hacer referencia a los contratos de contenidos y servicios digitales, podrían distinguirse, por un lado, entre el contrato de «suministro de contenidos digitales» y el de «suministro de servicios digitales». Estas dos figuras podrían ser equiparadas al «contrato de compraventa» y al «contrato de prestación de servicios» respectivamente. Este símil no provoca grandes dificultades en relación a supuestos en los que el cumplimiento del contrato es relativamente simple, como podría ser la descarga de un libro electrónico en un dispositivo, a cambio de un precio. A decir verdad, el propio TJUE ha mantenido esta analogía entre la «descarga de software online» y la compraventa<sup>55</sup>. Si bien,

---

53 Sentencia de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung-Rabitsch*, C-533/07, EU:C:2009:257, apdo. 54; Sentencia de 25 de febrero de 2010, *Car Trim*, C-381/08, EU:C:2010:90, apdos. 31-32.

54 Sentencia de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung-Rabitsch*, C-533/07, EU:C:2009:257, apdo. 29; Sentencia de 19 de diciembre de 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, EU:C:2013:860, apdos. 37-39.

55 Sentencia de 3 de julio de 2012, *UsedSoft-Oracle International*, C-128/11, EU:C:2012:407, apdos. 35-49. El TJUE se refería a la interpretación del concepto de primera «venta» de una copia de programa de ordenador, al menos, a efectos del apdo. 2 Art. 4 Directiva 2009/24, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de

todavía no existe jurisprudencia comunitaria que interprete de forma especial las normas de Derecho internacional privado comunitario en relación a los contratos aquí analizados<sup>56</sup>.

14. En cualquier caso, lo fundamental es que la prestación característica del contrato en cuestión sea fácilmente identificable y sólo cuando no sea así, se podrán plantear problemas de falta de previsibilidad de la ley aplicable y, por consiguiente, de falta de seguridad jurídica. Precisamente, las opiniones de expertos juristas, que fueron consultados –a petición de la CE– acerca de distintos aspectos relacionados con los referidos «*Cloud Computing Contracts*», confirman que en muchos de los supuestos que existen en la práctica la obligación característica es perfectamente reconocible.

Estos, a la hora de determinar la problemática de la ley aplicable (pregunta n° 16), califican de forma heterogénea los contratos dentro de los distintos tipos autónomos previstos por el Art. 4 RRI<sup>57</sup>. La mayoría coincide en que son contratos de «prestación de servicios», aunque también refieren al «contrato de obra», en concreto, cuando el proveedor de la nube se obliga a realizar trabajos especiales para el cliente, como personalizaciones

---

ordenador. DO L 111, 05-05-2009. A su entender, la descarga de una copia de un programa de ordenador, mediante la cual se cede el derecho de uso de dicha copia por tiempo indefinido a cambio del pago de un precio que permite al titular de los derechos de autor obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia de la obra de la que es propietario, implica la transmisión del derecho de propiedad de la copia del programa de ordenador y, acompañada de la celebración de un contrato de licencia de uso, constituye una «primera venta [...] de una copia de un programa».

56 Tampoco, en concreto, con respecto a los contratos de computación en la nube. HAIBACH, G., *op. cit.*, nota 13, p. 26.

57 CE y DLA Piper UK LLP, «Comparative Study on Cloud Computing Contracts: Final Report - Annex 1: Country Reports Work Package 1», [consulta: 15-07-2020] recuperado de <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c854e3e9-8f7a-4a38-b811-46e799747858> (17-03-2015).



del servicio. Para estos casos, desde luego, refieren al apdo. 1 (b) Art. 4 RRI, siendo la ley rectora del contrato la ley del país de residencia habitual del proveedor de los servicios digitales. De igual modo, califican de «contrato de arrendamiento» el modelo *PaaS* de contrato de computación en la nube, que implica que el proveedor ofrece servicios de alojamiento que suponen el arrendamiento de espacio informático. Esta categoría también la prevén para el modelo *IaaS*, al considerar que el proveedor alquila la infraestructura informática al cliente en la nube<sup>58</sup>. En este caso, se entiende aplicable el apdo. 1 (c) Art. 4 RRI, por considerar que rige el contrato la ley del país donde se encuentra sita la propiedad, es decir, la infraestructura. Muy pocos expertos califican los contratos de computación en la nube de «contratos de compraventa», al encontrarse las regulaciones internas propias del contrato reservadas a bienes muebles tangibles, aunque no descartan la posibilidad de que el contrato sea regulado por la ley del país donde el vendedor tiene su residencia habitual, tal y como dispone el apdo. 1 (a) Art. 4 RRI. Asimismo, se observa que el contrato se puede regir por la ley del país con el que presente vínculos manifiestamente más estrechos, conforme al apdo. 2 Art. 4 RRI, entendiéndose como tal aquel donde el contratante que debe realizar la prestación característica del contrato tenga la residencia habitual o su administración central. Añaden que en un contexto

---

58 *PaaS (Platform as a Service)*: plataforma informática donde se puede implementar una aplicación en la nube. Es posible utilizar las aplicaciones en la nube que fueron creadas por el usuario o por terceros, además de controlar la aplicación implementada. El proveedor conserva la administración y el control de la infraestructura de la nube, la red, los servidores, los sistemas operativos o el almacenamiento (un ejemplo sería: *Google Cloud Platform*). *IaaS (Infrastructure as a Service)*: uso de la infraestructura de la red, procesamiento, almacenamiento, redes y otros recursos informáticos; ejecución de software u otras aplicaciones propias del usuario en la red. Sistemas operativos bajo el control del usuario. Control de la infraestructura de la nube por el proveedor (*Amazon Web Service* ofrece alojamiento de aplicaciones y almacenamiento de datos virtuales, dirigido a Pymes y grandes corporaciones). MELL, P. y GRANCE, T., *op.cit.*, nota 12, pp. 2-3.

de computación en la nube dicho país probablemente sea aquel donde se encuentran los servidores del proveedor. También se contemplan de forma especial casos *sui generis*, como el modelo de computación en la nube *IaaS*, por tener como objeto del contrato servicios digitales que pueden situar la relación en categorías contractuales diferentes. En este ejemplo, concretamente, el acceso a la infraestructura de la red, por un lado, puede calificarse como un contrato de arrendamiento, tal y como se ha dicho antes, y, por otro, el uso de los recursos de procesamiento como un contrato de servicio. De tal forma que según el apdo. 2 Art.4 RRI, es aplicable la ley del país de residencia habitual del contratante que debe realizar la prestación característica del contrato que –según el Cdo. 19 RRI– debe determinarse en función de su «centro de gravedad». Si bien, en este supuesto concreto, ambos servicios digitales son suministrados por el mismo proveedor.

En definitiva, parecen confirmarse las voces que anunciaban que la diferencia entre uno y otro apartado del Art. 4 RRI en la práctica pierde importancia, pues el contrato siempre se regulará por la ley del país de residencia habitual del proveedor con independencia de la calificación del contrato<sup>59</sup>.

15. Parece evidente, después de todo, que hoy por hoy el sistema comunitario de conflicto responde sin dificultades a las singularidades de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales, pese a la problemática de tipificación que se encuentra presente en Derecho comparado. Se confirma esta armonía tanto en los contratos de consumo, como en la contratación entre empresarios, pues es notoria la previsibilidad de la ley aplicable a falta de elección. Ahora bien, al tratarse de contratación *sui generis*, habrá que observar los elementos de cada caso y es posible que en el *B2B e-commerce* se puedan plantear

---

59 Žok, K., *op.cit.*, nota 13, p. 88.

nuevos problemas de calificación del contrato que afecten a esta previsibilidad y que el TJUE tenga que pronunciarse<sup>60</sup>.

En cualquier caso, como se ha dicho al comienzo de esta sección, tanto el uso de la norma de conflicto prevista en el apdo. 1 Art. 6 RRI como aquellas dispuestas en el Art. 4 RRI, en este tipo de contratación digital, quedará relegado a supuestos residuales, en los que los contratantes no hacen ejercicio de su libertad de elección de ley conforme al apdo. 2 Art. 6 y al Art. 3 RRI.

### 3. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA RUIZ, L., «La regulación de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en la Unión Europea. La Directiva (UE) 2019/770», *La Ley Unión Europea*, 2019, núm. 75.

ANDREWS, D.C. y NEWMAN, J.M., «Personal Jurisdiction and Choice of Law in the Cloud», *Maryland Law Review*, vol. 73, 2013, pp. 313-388.

ARROYO VENDRELL, T., «La ruptura con el principio de la inalteración del derecho preexistente con motivo de la triplicación de los contratos de suministro de contenido digital: un nuevo Derecho de los contratos del Derecho electrónico», en PASTOR GARCÍA, A.M., MARTENS JIMÉNEZ, I. (coords.), CASTAÑOS CASTRO, P., y CASTILLO PARRILLA, J.A. (dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Madrid, 2019, pp. 251-267.

---

60 Hasta el momento el TJUE no se ha ocupado directamente de casos relacionados con contratos mixtos, aunque –como se ha observado– ha proporcionado una guía útil para solucionar este tipo de casos. DANIELI, D., «Mixed Contracts under the Brussels Ia Regulation: searching for a “jurisdictional identity”», *Journal of Private International Law*, Vol. 14, 2018, núm. 3, p. 538.

BEALE, H., «The future of European contract law and the light of the European Commission's proposals for Directives on digital content and online sales», *Revista d'Internet, Dret i Política*, 2016, núm. 23, pp. 3-20.

BRADSHAW, S., MILLARD, C. y WALDEN, I., «Contracts for Clouds: Comparison and Analysis of the Terms and Conditions of Cloud Computing Services», Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper núm. 63/2010 [consulta: 04-08-2020] recuperado de [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1662374](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1662374). Disponible también en: *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 19, 2011, núm. 3, pp. 187-223.

CALVO CARAVACA, A-L., «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, 2009, núm. 2, pp. 52-133.

CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret*, 2016, núm. 3.

---- «Una prospectiva crítica sobre el régimen de los contratos de suministro de contenidos digitales», en De SALES CAPILLA RONCERO, F. (dir.), ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (dir.), ARANGUREN URRIZA, F.J. (dir.), MURGA FERNÁNDEZ, P. (dir.) y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.A. (coord.), *Derecho digital: retos y cuestiones actuales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2018, pp. 19-55.

CASTILLO PARRILLA, J.A., «El contrato de suministro de contenidos digitales y los contratos de desarrollo de software y creación web en el Derecho de los consumidores. De la propuesta CESL y la Directiva 2011/83/UE a la propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, núm. 17, pp. 45-61.

---- «El impulso normativo europeo en el marco de la estrategia para el Mercado Único Digital de Europa y los principios de la contratación electrónica en España: especial referencia al contrato de para el suministro de contenidos digitales», en PÉREZ GALLARDO, L.B. (coord.), *Contratación electrónica y protección de los consumidores: una visión panorámica*, Madrid, 2017, pp. 101-132.

---- «La previsible evolución de la regulación de los contenidos digitales en el Derecho de la Unión Europea (Propuesta de Directiva 634/2015, de 9 de diciembre, sobre ciertos aspectos relativos al suministro de contenidos digitales)», *Revista Lex Mercatoria*, 2016, núm. 1, pp. 12-16.

CAUFFMAN, C., «New EU rules on business-to-consumer and platform-to-business relationships», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 26, 2019, núm. 4, pp. 469-479.

CE y DLA Piper UK LLP, «Comparative Study on Cloud Computing Contracts: Final Report», [consulta: 15-07-2020] recuperado de <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/40148ba1-1784-4d1a-bb64-334ac3df22c7> (17-03-2015).

---- «Comparative Study on Cloud Computing Contracts: Final Report - Annex 1: Country Reports Work Package 1», [consulta: 15-07-2020] recuperado de <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c854e3e9-8f7a-4a38-b811-46e799747858> (17-03-2015).

CELESTINE, C.M., «"Cloudy" Skies, Bright Futures? In Defense of a Private Regulatory Scheme for Policing Cloud Computing», *Journal of Law, Technology & Policy*, 2013, núm. 1, pp. 141-164.

CSECL, IViR y ACLE, «Final Report: Comparative Analysis, Law & Economics Analysis, Assessment and Development of Recommendations for Possible Future Rules on Digital Content Contracts. Analysis of the Applicable Legal Frameworks and Suggestions for the Contours of a Model Systema of Consumer Protection in relation to Digital Content Contracts», University of Amsterdam, [consulta: 01-07-2020] recuperado de <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fee0cc7-5f4d-46c5-897b-48844f07f027> (07-06-2013).

DANIELI, D., «Mixed Contracts under the Brussels Ia Regulation: searching for a “jurisdictional identity”», *Journal of Private International Law*, Vol. 14, 2018, núm. 3, pp. 532-548.

DE BARRÓN ARNICHES, P., «La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales)», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, núm. 61, pp. 29-65.

DE MIGUEL ASENSIO, P., «Los contratos transfronterizos de suministro de contenidos y servicios digitales y de compraventa de bienes tras las Directivas 2019/770 y 2019/771», [consulta: 20-07-2020] recuperado de <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/06/los-contratos-transfronterizos-de.html> (28-06-2019).

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., «Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el Derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año n° 94, 2018, núm. 770, pp. 2.929-3.002.

FORNER DELAYGUA, J-J. «La ley aplicable a los contratos internacionales», en BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.) y DECANATO DEL COLEGIO DE REGISTRADORES DE CATALUÑA (coord.), *Derecho*

*contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, pp. 51-84.

FUENTESECA DEGENEFFE, C., «Mercado Único Digital: algunos aspectos de la regulación del suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho civil*, Vol. 5, 2018, núm. 2, pp. 107-148.

GARCÍA DEL POYO, R., «*Cloud Computing*: aspectos jurídicos clave para la contratación de estos servicios», *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 2012, núm. 4, pp. 48-91.

GILIKER, P., «Adopting a Smart Approach to EU Legislation: Why Has It Proven So Difficult to Introduce a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content?», en SYNODINOU, T-E., JOUGLEUX, P., MARKOU, C. y PRASTITOU, T. (eds.), *EU Internet Law in the Digital Era: Regulation and Enforcement*, Cham, 2020, pp. 299-320.

HAIBACH, G., «Cloud computing and European Union Private International Law», *Journal of Private International Law*, Vol. 11, 2015, núm. 2, pp. 252-266.

KINDLER, P., «The Law Applicable to Consumer Contracts in the Digital Single Market», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*. Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 173-186.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital: ¿realmente es gratis la App?», *InDret*, 2018, núm. 1.

MELL, P. y GRANCE, T., «The NIST Definition of Cloud Computing: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology», NIST SP 800-154, [consulta: 18-08-2020] recuperado de <https://csrc.nist.gov/publications/detail/sp/800-145/final> (28-09-2011).

MILÀ RAFEL, R., «Intercambios digitales en Europa: las propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, núm. 17, pp. 11-44.

---- «La declaración del *European Law Institute* sobre la propuesta de Directiva de la Comisión Europea sobre suministro de contenidos digitales a consumidores», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2016, núm. 20, pp. 249-259.

---- «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part I): will the new rules attain their objective of reducing legal complexity?», *Revista d'Internet, Dret i Política*, 2016, núm. 23, pp. 1-14.

---- «The Directive Proposals on Online Sales and Supply of Digital Content (Part II): conformity and remedies for lack of conformity», *Revista d'Internet, Dret i Política*, 2016, núm. 23, pp. 50-63.

MORAIS CARVALHO, J., «Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770) - Ámbito de aplicación y grado de armonización», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, 2020, núm. 1, pp. 930-940.

PLAZA PENADÉS, J., «Comercio electrónico y propuestas de Directiva sobre contrato de suministro de contenidos digitales y sobre compraventa de bienes en línea», *Revista de Aranzadi y Derecho y nuevas tecnologías*, 2016, núm. 41, pp. 21-25.

ROSSELLÓ RUBERT, F.M., «La propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales y la protección del consumidor de servicios digitales no retribuidos monetariamente», en PASTOR



GARCÍA, A.M., MARTENS JIMÉNEZ, I. (coords.), CASTAÑOS CASTRO, P., y CASTILLO PARRILLA, J.A. (dirs.), *El mercado digital en la Unión Europea*, Madrid, 2019, pp. 269-282.

---- «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho mercantil*, 2017, núm. 303, pp. 163-190.

SÁNCHEZ LERÍA, R., «El contrato de suministro de contenidos digitales a cambio de datos personales: a propósito de la propuesta de Directiva 634/2015 de 9 de diciembre de 2015», *Revista de Aranzadi de Derecho Patrimonial*, 2018, núm. 45.

SCHULZE, R., «Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales», en ARROYO I AMAYUELAS, E. y SERRANO DE NICOLÁS, A. (coords.), *La Europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid, 2017, pp. 1-28.

---- «Supply of Digital Content. A New Challenge for European Contract Law», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market: The Implications of the Digital Revolution*. Cambridge: Intersentia, 2016, pp. 127-143.

SEINY, K. y SPINDLER, G., «The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader's Obligation to Supply», *European Review of Contract Law*, vol. 15, 2019, núm. 3, pp. 257-279.

SPINDLER, G., «Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9.12.2015. Número especial sobre mercado único digital europeo y protección de los consumidores», *InDret*, 2016, núm. 3.

STAUDENMAYER, D., «The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy», *European Review of Private Law*, 2020, núm. 2, pp. 219-250.

TORRUBIA CHALMETA, B., «Mercado Único Digital y concepto de consumidor», *Revista d'Internet, Dret i Política*, 2016, núm. 22, pp. 19-29.

VANHERPE, J., «White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content», *European Review of Private Law*, 2020, núm. 2, pp.251-274.

WAUTERS, E., LIEVENS, E. y VALCKE, P., «Towards a Better Protection of Social Media Users: A Legal Perspective on the Terms of Use of Social Networking Sites», *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 22, 2014, pp. 254-294.

ŽOK, K., «Law Applicable to Cloud Computing Contracts concluded with Consumers under Regulation 593/2008, according to the CJEU Case Law», *Masaryk University Journal Law and Technology*, Vol. 14, 2020, núm. 1, pp. 83-103.

# LOS *SMART CONTRACTS* Y LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*JOSEP GUNNAR HORRACH ARMO*

PROFESOR AYUDANTE EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
UNIVERSIDAD DE LAS ISLAS BALEARES

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. *SMART CONTRACT*, *BLOCKCHAIN* Y SU RELACIÓN CON EL DIPR. 3. JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN DEFECTO DE PACTO. 3.1. Contratos en los que la tecnología del *smart contract* tiene una incidencia muy reducida sobre la determinación de la jurisdicción y la ley aplicable. 3.1.1. *Contrato de suministro de mercancías*. 3.1.2. *Contrato de transporte de pasajeros*. 3.1.3. *Arrendamiento de vivienda vacacional*. 3.1.4. *Contrato de seguro*. 3.2. Contratos que utilizan la tecnología del *smart contract* y tienen incidencia en la determinación de la jurisdicción y la ley aplicable. 3.2.1. *Contratos ejecutados en el ciberespacio, si bien la obligación que sirve de base a la demanda no está automatizada a través de los smart contracts*. 3.2.2. *Contratos en los que la obligación que sirve de base a la demanda se autoejecuta en el ciberespacio a través de smart contracts*. 3.2.3. *Operaciones realizadas íntegramente en la red Blockchain*. 3.2.4. *La determinación de la ley aplicable*. 4. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

En estos últimos años, la tecnología *Blockchain* y los *smart contracts* han experimentado un crecimiento exponencial, sobre todo en el ámbito de las criptodivisas, siendo esta materia objeto

de múltiples estudios en las distintas esferas jurídicas. No obstante, todavía son escasos los análisis de esta materia desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado. En este contexto, en el presente estudio intentamos dilucidar varios interrogantes jurídicos derivados de esta nueva realidad tecnológica en el ámbito internacional-privatista, haciendo especial énfasis en la determinación de la jurisdicción y la ley aplicable en relación con algunos tipos contractuales que, sin carácter de exhaustividad, son susceptibles de utilizar la tecnología del *smart contract* con el fin de automatizar la ejecución de una o varias obligaciones contractuales.

Con esta finalidad, hemos dividido el presente trabajo en distintos epígrafes: a) la presente introducción; b) el segundo epígrafe, el cual está dedicado a la exposición de los conceptos básicos relacionados con el *smart contract* y la tecnología *Blockchain* y su relación con el DIPr; c) el tercer epígrafe, el cual se centra en la determinación de la jurisdicción y la ley aplicable en defecto de pacto atendiendo a algunos de los tipos contractuales más relevantes que pueden utilizar la tecnología del *smart contract*.

## **2. SMART CONTRACT, BLOCKCHAIN Y SU RELACIÓN CON EL DIPR**

Antes de adentrarnos en el análisis de las cuestiones internacional-privatistas en relación con los distintos tipos contractuales, cabe hacer una breve mención al concepto de *smart contract* y su relación con la tecnología *Blockchain*. Podríamos definir el *smart contract* (denominado también “contrato inteligente”) como un programa informático con instrucciones condicionales que, una vez verificadas a través de uno o varios ordenadores, ejecuta

de forma automática un acuerdo entre dos o más partes<sup>1</sup>. Por tanto, el *smart contract* es un script (esto es, un código informático) que permite autoejecutar una o varias obligaciones contractuales de un contrato cuando se verifiquen las condiciones previamente estipuladas. Una característica fundamental del *smart contract* es que, una vez verificada la condición pactada por las partes, se autoejecuta la obligación acordada de forma automática, por lo que las partes, una vez iniciada la ejecución del contrato, dejan de tener control sobre su cumplimiento<sup>2</sup> (de ahí que se haga referencia a los *smart contracts* como contratos electrónicos “autoejecutables”).

Como venimos diciendo, para que se autoejecute una obligación contractual a través del *smart contract* es necesario que se verifiquen una o varias condiciones previamente estipuladas: v.g. el transcurso de un plazo; la realización del pago; alcanzar un determinado valor bursátil; etc. En este escenario, cabe preguntarse: ¿quién o cómo se corrobora que se han verificado las condiciones pactadas? Aquí entran en juego los denominados “oráculos”, que son fundamentalmente proveedores de información externos que otorgan información a los *smart contracts*

---

1 Para la construcción de este concepto se ha seguido la conceptualización realizada por Jorge Morell y Garau Sobrino. *Vid.*, en este sentido: MORELL RAMOS, J.: “Smart contracts: teoría, práctica y cuestiones legales”. Entrada publicada en el blog Términos y Condiciones el día 21.9.2016. Accesible en: <https://terminosycondiciones.es/2016/09/21/como-crear-smart-contract-mediante-terminos-condiciones/> GARAU SOBRINO, F., “El Derecho Internacional privado que viene: el futuro ya está aquí”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. XVII, 2017, pp. 303-332, pp. 305 y 306. Asimismo, *vid.*: ROJAS, E.: ¿Qué son los smart contracts o contratos inteligentes? Entrada publicada el 20.01.2020 en el Blog de Cointelegraph. Accesible en: <https://es.cointelegraph.com/explained/what-is-a-smart-contract/>

2 En este sentido, *vid.*: MORELL RAMOS, J.: “Smart contract...”, *loc. cit.*, nota 1. Ello no quiere decir que la acción necesaria para que se autoejecute el smart contract no pueda depender, en mayor o menor medida, del comportamiento de una de las partes, sino que, una vez verificada esta condición, la ejecución del contrato será automática y no dependerá de ninguna de las partes (v.g. se liberará el pago acordado).

y que, de esta forma, permiten verificar el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones estipuladas sin la intervención de las partes<sup>3</sup>. Las posibilidades de los oráculos son numerosísimas, dado que no sólo existen oráculos de software que permiten extraer información en línea sobre determinadas circunstancias (como el clima, temperatura, precios de productos, horarios de vuelo, etc.), sino también oráculos de hardware que permiten rastrear objetos del mundo real (v.g. la llegada de un barco o avión, localizar un paquete, etc.), los cuales permiten interconectar los *smart contracts* con el internet de las cosas.

Hasta hace unos años, los *smart contracts* no eran viables porque no existía un intermediario de confianza que permitiera almacenar y verificar de forma segura toda la información y las transacciones relativas al contrato inteligente. Los *smart contracts* han recobrado su viabilidad con la aparición de las bases de datos distribuidas (DLT), siendo *Blockchain* su tipología más conocida y utilizada. En puridad, la *Blockchain* o cadena de bloques es «una base de datos en la que se van anotando datos de todo tipo que no pueden ser alterados o revisados, aunque pueden ser consultados en cualquier momento»<sup>4</sup>, por lo que dicho registro inmutable, transparente y descentralizado, compuesto por miles o millones de ordenadores interconectados, se ha convertido en el elemento de confianza que demandaban los *smart contracts* para su correcto funcionamiento<sup>5</sup>.

---

3 Vid.: Grupo ENATIC, “Contratos inteligentes: los *smart contract*”, Publicado en la página web de la Abogacía española. Accesible en: <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-nuevas-tecnologias/contratos-inteligentes-los-smart-contract/>

4 GARAU SOBRINO, F., “El Derecho...”, *op. cit.*, nota 1, p. 306.

5 Existen diversas plataformas que, basándose en la tecnología DLT, ofrecen soluciones para desarrollar contratos inteligentes. En la actualidad, el lenguaje de programación más utilizado es Solidity, el cual se asienta sobre la red Ethereum para desarrollar sus *smart contracts* o, incluso, aplicaciones más elaboradas basadas en la red distributiva (DApps). En este sentido, *vid.*: FERNÁNDEZ ESPINOSA, L.:

Llegados a este punto, cabe hacer una puntualización terminológica respecto del concepto de “*smart contract*”. Y es que, para algunos autores, el *smart contract* es un programa informático que permite autoejecutar una o varias cláusulas de un contrato<sup>6</sup>, mientras que para otros estamos ante un verdadero contrato cuya característica principal es que se autoejecuta<sup>7</sup>. A nuestro parecer, existen argumentos para defender ambas posturas, dependiendo del punto de vista que se adopte<sup>8</sup>. Si se considera que el *smart contract* es la denominación que se otorga al conjunto formado por el programa informático que permite autoejecutar una o varias cláusulas del contrato y al propio contrato subyacente, creemos acertado hablar de un verdadero “contrato autoejecutable”. En

---

“Qué son los *smart contracts* o contratos inteligentes”, Entrada publicada en la página web de BBVA. Accesible en: <https://www.bbva.com/es/smart-contracts-los-contratos-basados-blockchain-no-necesitan-abogados/> GÓMEZ, B., “Necesito un Smart Contract, ¿cómo lo hago? Entrada publicada en Paradigma digital. Accesible en: <https://www.paradigmadigital.com/dev/necesito-un-smart-contract-como-lo-hago/>

- 6 En este sentido se pronuncian autores como De Miguel Asensio o Ibáñez Jiménez. *Vid.*: DE MIGUEL ASENSIO, P., “Smart contracts, blockchain, derechos de autor y Derecho internacional privado”. Publicado en el Blog del autor 19.06.2019. Accesible en: <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2019/06/smart-contracts-blockchain-derechos-de.html> Asimismo, *vid.*: IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., “Cuestiones jurídicas en torno a la cadena de bloques («blockchain») y a los contratos inteligentes («smart contracts»)”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 101, 2017, pp. 1-8, p. 3. De igual forma, parece extraerse esta conclusión de: PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., “Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica”, *Diario La Ley*, núm. 8824, 2016, pp. 1-4, p. 1. Finalmente, con gran claridad, véase: ORTEGA GIMÉNEZ, A.: “Los «contratos inteligentes» (Smart Contracts)... ni son «contratos» ni son «inteligentes»”. Entrada publicada en el portal del Derecho.com el 24.06.2020. Accesible en: <https://elderecho.com/los-contratos-inteligentes-smart-contracts-contratos-inteligentes>
- 7 A tal efecto, *vid.*: ECHEBARRÍA SÁENZ, M.: “Contratos electrónicos autoejecutables (Smart contract) y pagos con tecnología Blockchain”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pp. 60-97, p. 72.
- 8 Sobre esta cuestión, *vid.*, con gran claridad: LEGERÉN-MOLINA, A., “Los contratos inteligentes en España, La disciplina de los *smart contracts*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 2018, p. 193-241, p. 195.

cambio, si se hace referencia únicamente al programa informático que permite autoejecutar una o varias cláusulas de un contrato, quizás sea más acertado hablar, como indica Ibáñez Jiménez, de un «mecanismo automático de ejecución de instrucciones informáticas, que puede usarse, como es natural, para ejecutar contratos»<sup>9</sup> o, como indica De Miguel Asensio, de «un instrumento para el cumplimiento automatizado (y eventualmente la acreditación de circunstancias) de ciertos compromisos vinculados a una relación subyacente»<sup>10</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que es difícil concebir el *smart contract* desligado de un acuerdo entre las partes sobre el que deba extenderse su mecanismo de autoejecución<sup>11</sup>, con independencia de la forma que adopte dicho acuerdo. Normalmente este acuerdo vendrá reflejado sobre un contrato subyacente, si bien esto no significa que, necesariamente, el *smart contract* deba apoyarse sobre las cláusulas de un contrato escrito y firmado por las partes en formato papel, pues el contrato puede venir recogido, naturalmente, en soporte digital<sup>12</sup>. Incluso, el contrato inteligente puede apoyarse sobre un acuerdo verbal, en cuyo caso su contenido deberá verificarse por los medios de prueba oportunos y, en su defecto, podrá analizarse el código informático del *smart contract*

---

9 IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., “Cuestiones jurídicas...”, *op. cit.*, nota 6, p. 3.

10 DE MIGUEL ASENSIO, P., “Smart contracts...”, *loc. cit.*, nota 6.

11 Como indica Jorge Morell, los contratos inteligentes convivirán con los contratos de lenguaje natural e incluso se mezclarán. A tal efecto, *vid.*: MORELL RAMOS, J.: “Smart contract...”, *loc. cit.*, nota 1.

12 De esta forma, el contrato subyacente puede realizarse a distancia y firmarse por medios digitales. También cabe la posibilidad de que las cláusulas contractuales vengan preestablecidas en las condiciones generales de una APP o plataforma digital a través de la cual el usuario realice una contratación que involucre un contrato inteligente. Incluso, en el marco del *smart contract*, puede existir una remisión al contrato subyacente cuando su interfaz lo permita. Todo ello sin perjuicio de que, además, se pueda almacenar toda la información contractual en la red *Blockchain* sobre la que funciona el *smart contract*.



para determinar las obligaciones suscritas por las partes. En caso de discrepancia entre las cláusulas del contrato subyacente y el *smart contract*, prevalecerán las disposiciones del contrato suscrito entre las partes, las cuales servirán para interpretar el código informático cuando existan dudas relativas a su articulación, verificación o ejecución<sup>13</sup>. Dicho esto, en el presente trabajo, por cuestiones metodológicas, nos referimos al término “*smart contract*” o “contrato inteligente” para designar al programa o código informático que permite autoejecutar ciertas cláusulas de un contrato y lo diferenciaremos del contrato subyacente. Ello tendrá cierta importancia en el ámbito del DIPr, dado que será en el contrato subyacente dónde se estipulen los acuerdos atributivos de competencia o los pactos de ley aplicable en caso de que existan<sup>14</sup>. Además, en defecto de pacto, el contrato o relación subyacente tendrán relevancia para determinar las fuentes que resultarán de aplicación para determinar dichas cuestiones<sup>15</sup>, como veremos en el próximo epígrafe.

Así las cosas, la aparición de los *smart contracts* ha traído consigo múltiples interrogantes en las distintas esferas jurídicas. Desde el

---

13 A este respecto, *vid.*: ECHEBARRÍA SÁENZ, M.: “Contratos electrónicos...”; *op. cit.*, nota 7, p. 72.

14 Si bien son imaginables soluciones ingeniosas utilizando la interfaz del *smart contract*, parece razonable sostener que normalmente los acuerdos sobre jurisdicción y ley aplicable estarán insertos en el contrato subyacente (o en las cláusulas generales aceptadas por las partes), por lo que las posibles alusiones a la jurisdicción o ley aplicable insertas en el propio *smart contract* serán meras remisiones a dicho contrato. De esta forma, imaginemos que cada vez que se autoejecute un contrato se envíe un mensaje por vía email a las partes implicadas informando sobre la jurisdicción y ley aplicable. En este caso existirá un contrato subyacente que recojan estos extremos, por lo que el *smart contract* sólo reproducirá su contenido.

15 En este sentido, *vid.*: DE MIGUEL ASENSIO, P., “Smart contracts...”, *loc. cit.*, nota 6. Además, como indica el referido autor, debe tenerse en cuenta que algunas materias están sometidas a conexión autónoma, como la capacidad para contraer, la protección de datos o las cuestiones relativas a la propiedad intelectual.

punto de vista del DIPr, la determinación de la jurisdicción y la ley aplicable no siempre serán cuestiones sencillas de resolver debido, fundamentalmente, a la deslocalización del ciberespacio en el que se realizan algunas de las transacciones derivadas del contrato inteligente. De esta forma, por ejemplo, como indica Garau Sobrino, cabe preguntarse dónde se entenderá situado el contrato o realizada la prestación a efectos de determinar la competencia internacional o la *lex contractus* teniendo en cuenta que los *smarts contracts* se verifican, ejecutan y almacenan en la red descentralizada que conforma la *Blockchain*<sup>16</sup>. Sin perjuicio de que pueden establecerse pautas generales para determinar la jurisdicción y ley aplicable en este ámbito<sup>17</sup>, en el presente trabajo hemos analizado distintos tipos contractuales para verificar qué incidencia tiene la existencia de los *smart contracts* sobre la determinación de la jurisdicción y ley aplicable, si bien podemos adelantar que en la mayoría de los casos su incidencia será reducida, salvo en aquellos casos en los que la actividad contractual controvertida se realice mayoritariamente a través del ciberespacio.

### 3. JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN DEFECTO DE PACTO

En el presente epígrafe analizamos distintos tipos contractuales susceptibles de utilizar la tecnología del *smart contract*,

---

16 GARAU SOBRINO, F., “El Derecho...”, *op. cit.*, nota 1, p. 310.

17 En este sentido, cabe destacar la obra de Ortega Giménez sobre los *smarts contracts* en el ámbito del DIPr, en la cual se detallan las reglas generales aplicables en materia de jurisdicción y ley aplicable. *Vid.*: ORTEGA GIMÉNEZ, A., “*Smart contracts*” y *derecho Internacional privado*, Navarra, Aranzadi, 2019 (versión digital de Thomson Reuters). Asimismo, *vid.*: DE MIGUEL ASENSIO, P., “*Smart contracts*...”, *loc. cit.*, nota 6. ECHEBARRÍA SÁENZ, M.: “Contratos electrónicos...”; *op. cit.*, nota 7, pp. 73 y 74.

con la finalidad de concretar la incidencia de esta tecnología sobre la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable en materia contractual<sup>18</sup>. En todo caso, el listado de tipos contractuales analizado es meramente ejemplificativo, pues esta tecnología puede utilizarse en prácticamente todos los tipos contractuales, por lo que el límite es la imaginación de las partes y el conocimiento de los programadores. Asimismo, en el presente análisis partimos de la premisa de que las partes no han pactado en el contrato subyacente cuál será la ley aplicable ni se han sometido expresamente a los tribunales de un determinado Estado. Por último, cabe indicar que hemos dividido el presente epígrafe en dos apartados atendiendo al grado de incidencia que tiene la tecnología del *smart contract* y la *Blockchain* sobre la jurisdicción y la ley aplicable en materia contractual.

Con carácter previo, debemos recalcar que en el ámbito contractual la cuestión más relevante será la determinación de cómo y cuándo puede aplicarse el foro especial en materia contractual recogido en el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis (RBI bis)<sup>19</sup>. A este respecto, para la compraventa de mercaderías y la prestación de servicios el propio RBI bis determina, en defecto de pacto, cuál es la obligación que sirve de base a la demanda y dónde se localiza dicha obligación, ex art. 7.1.b) RBI bis. Sin embargo, en ocasiones no resultará sencillo determinar dónde se ejecutan dichos contratos cuando utilizan

---

18 En principio, el alto componente tecnológico de los *smart contracts* debería redundar en una reducción de la litigiosidad, dado la ejecución del contrato es, en teoría, automática e imparcial. Sin embargo, no es menos cierto que podrán surgir otras cuestiones relacionadas con la correcta redacción o articulación del código informático, la verificación de las condiciones estipuladas y la correcta autoejecución del contrato.

19 Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. DOUE núm. 351 de 20.12.2012.

la tecnología de los *smart contracts* o la *Blockchain*, razón por la cual no siempre resultará posible aplicar el art. 7.1 RBI bis debido, sobre todo, a la conculcación del principio de previsibilidad. Por su parte, respecto de los otros tipos contractuales [los cuales se rigen por el art. 7.1.a] RBI bis), para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda debe aplicarse la ley que rige el contrato conforme a las normas de conflicto del tribunal que conoce del litigio<sup>20</sup>. De esta forma, por ejemplo, si la obligación que sirve de base a la demanda es el pago, deberá determinarse dónde debe realizarse el pago conforme a la *lex contractus* (v.g. en España se atenderá al domicilio del deudor, *ex* art. 1171 del Código Civil). Cabe tener presente que el TJUE no permite una interpretación autónoma del lugar de cumplimiento<sup>21</sup> debido a las divergencias en materia contractual entre las distintas legislaciones de los EM<sup>22</sup>. Sin embargo, en la presente comunicación proponemos excepciones a esta regla general atendiendo a las particulares características de los contratos cuya ejecución se realiza en línea a través de los *smart contracts* en una red distributiva como *Blockchain*.

---

20 STJUE de 14 de marzo de 2013, Česká spořitelna, C-419/11, EU:C:2013:165, ap. 54.

21 STJUE de 19 de febrero de 2002, C-256/00, Besix, ap. 36, EU:C:2002:99, ap. 41. En esta sentencia, el TJUE ha indicado (si bien respecto de una obligación de no hacer) que cuando no se pueda determinar el tribunal competente conforme a la *lex contractus*, no podrá determinarse el lugar de cumplimiento basándose en circunstancias concretas del caso que pongan de manifiesto una conexión estrecha entre el litigio y un EM (ap. 37), sino que, sencillamente, no podrá aplicarse el foro en materia contractual (ap. 48 y 50).

22 RIBÓ LÓPEZ, A., "Artículo 7.1", BLANCO-MORALES, P., GARAU, F., LORENZO, M.L., MONTERO, F.J. (Coords.), *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 157-187, p.180.

### **3.1. Contratos en los que la tecnología del smart contract tiene una incidencia muy reducida sobre la determinación de la jurisdicción y la ley aplicable.**

En este primer bloque analizamos aquellos contratos en los que la tecnología del *smart contract* tiene una incidencia muy reducida sobre la aplicación de los foros y normas de conflicto preexistentes en materia contractual. Ello se debe a que en estos contratos las obligaciones subyacentes se ejecutan o deben ejecutar de forma tangible en un lugar determinado, con independencia de que alguna obligación se pueda autoejecutar en el ciberespacio gracias a los *smart contracts* (v.g. el pago) y, además, porque las partes suelen conocer los datos esenciales de la contraparte, como el lugar de su domiciliación.

#### ***3.1.1. Contrato de suministro de mercancías.***

Imaginemos que la empresa italiana *Fonti*, celebra un contrato de suministro de mercancías con la empresa española Nova S.A., mediante la cual la primera se compromete a suministrar periódicamente a la segunda las materias primas necesarias para la elaboración de sus productos (v.g. cobre y carbón). En el contrato pactan que el suministro se deberá realizar en el plazo máximo de 10 días desde que las materias primas del almacén central de Nova S.A. bajen de las 100 toneladas, siendo cada reposición de 250 toneladas. Se pacta que el precio de cada materia prima estará determinado por el valor medio de mercado y que el pago se efectuará automáticamente en bitcoins al recibir las mercancías en el almacén central de la empresa. Las partes deciden servirse de los *smart contracts* y los oráculos para verificar y autoejecutar algunas de las cláusulas pactadas. Así, los

oráculos de hardware permitirán enviar información del almacén central de la compañía española a la correlativa red *Blockchain*, permitiendo verificar así cuando las materias primas bajen de las 100 toneladas o cuando se haga efectiva la reposición de la materia prima. Además, se utilizarán uno o varios oráculos de software que calcularán automáticamente el valor de mercado de cada materia prima. Tras la verificación de las condiciones estipuladas, se liberará automáticamente el pago, transfiriéndose la cantidad acordada de bitcoins de una empresa a otra, cuya transacción quedará igualmente registrada en la red *Blockchain*.

Debemos empezar calificando la relación jurídica existente, en cuyo caso podemos afirmar que estamos en presencia de un contrato de suministro de mercancías<sup>23</sup>. Debemos remarcar que estamos ante un único contrato subyacente que se irá autoejecutando gracias a la estipulación de los *smart contracts* pactados por las partes. En este sentido, el contrato de suministro de mercancías encaja muy bien con la mecánica de los *smart contracts*, dado que permite la ejecución escalonada en el tiempo de una parte de las obligaciones pactadas sin la intervención de las partes, puesto que muchos de los procesos podrán ser automatizados, reduciendo así el número de transacciones entre las partes y los costes empresariales inherentes a dichas operaciones. Cabe recalcar que estamos en presencia de un único contrato subyacente, sin perjuicio de su duración o del número de operaciones automatizadas a través de los *smart contracts*, pues ello tendrá relevancia en el ámbito del DIPr. De esta forma, en caso de que las partes hubieran pactado la ley aplicable o los tribunales competentes, dichos pactos serían eficaces en relación con cualesquiera de las controversias que pudieran plantearse durante

---

23 A nuestro parecer, este contrato podrá calificarse como un contrato internacional de mercaderías a los efectos de aplicar las disposiciones sobre jurisdicción y ley aplicable correspondientes.

la vigencia del contrato, sin perjuicio del número de operaciones automatizadas a través de los *smart contracts*, pues todas ellas se englobarían en el contrato subyacente. Así pues, contar con un único contrato otorgará a las partes certeza y previsibilidad sobre los foros y las normas de conflicto aplicables.

En el plano de la ley aplicable, regirá el Convenio de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercaderías, al cumplirse con su ámbito de aplicación (art. 1.1), en relación con la formación del contrato y los derechos y obligaciones de las partes (art. 4). Con carácter general, para las cuestiones no previstas en el Convenio, será aplicable la ley designada conforme a lo dispuesto en el art. 4.1 del Reglamento Roma I (RRI)<sup>24</sup>, el cual indica que el contrato de mercaderías se regirá por la ley dónde el vendedor tenga su residencia habitual (Italia). El momento relevante para determinar la ley aplicable en ambos casos será el de la formalización del contrato, siendo irrelevantes otras circunstancias como el soporte en que se realice el contrato, que éste se autoejecute a través de los *smart contracts* o, en su caso, que las condiciones pactadas se registren y ejecuten a través de la red *Blockchain*. El momento de formalizar el contrato será el momento relevante para ubicar el establecimiento de las partes a los efectos de aplicar el CV [arts. 1.2 y 10.a)] o, en su caso, para fijar la residencia habitual del vendedor según lo dispuesto en el RRI (art. 19.3)<sup>25</sup>. Esta regla tampoco se desvirtuará por el juego de los

---

24 Reglamento núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *DOUE* núm. 177 de 17.06.2008. Cabe recordar que algunas cuestiones estarán sometidas a conexión autónoma, como la capacidad para contratar (art. 1.2 RRI).

25 CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, *Litigación internacional en la Unión Europea II: La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I. Volumen II, Reglamento Roma I*, Navarra, Aranzadi, 2017, pp. 170 y 171.

*smart contracts*<sup>26</sup>. En cuanto a la validez formal del contrato, este será válido siempre que reúna los requisitos de forma de alguna de las leyes a que se refiere el art. 11 del RRI<sup>27</sup>.

En cuanto a la determinación de la jurisdicción, se aplicarán las disposiciones del RBI bis, pudiendo acudir el demandante, a falta de pacto, ante los tribunales del domicilio del demandado (art. 4 RBI bis), esto es, España o Italia según quien demande. La empresa española, además, podrá interponer la demanda en España por ser el lugar dónde debían ser entregadas las mercancías (art. 7.1 RBI bis)<sup>28</sup>. Como vemos, aunque el *smart contract* se ejecute y almacene sobre la red distribuida *Blockchain*, nada obsta a determinar de forma precisa la jurisdicción competente debido a que el domicilio de las partes está claramente ubicado y porque la prestación característica del contrato se realiza en un determinado territorio fácilmente identificable, por lo que las transacciones acaecidas en el ciberespacio no tienen incidencia en este caso para determinar la jurisdicción.

---

26 Un posible cambio de domicilio de una de las partes tras la ejecución de una o varias obligaciones contractuales a través del *smart contract* no supondrá un cambio en la determinación de la ley aplicable, pues el marco referencial para su concreción seguirá siendo el contrato de mercancías subyacente.

27 Imaginemos que el contrato se ha celebrado de forma digital y posteriormente se ha programado el *smart contract* sobre la red *Blockchain*. En este caso será de aplicación el art. 11.2 RRI, por lo que será válido si reúne las condiciones de forma que impone la ley española o italiana, países dónde se encuentran las partes del contrato y dónde tienen sus residencias. El hecho de que las cláusulas del contrato puedan registrarse en la *Blockchain* o que el propio *smart contract* se ejecute y almacene en dicha red de forma distribuida no altera dicha conclusión, pues el precepto únicamente toma en consideración el lugar dónde se encuentran las partes o dónde residan en el momento de la celebración del contrato, no ulteriores condiciones.

28 No así la empresa italiana por coincidir este foro con el *forum domicilii*, ex arts. 4, 5 y 7 RBI bis.



### **3.1.2. Contrato de transporte de pasajeros.**

Imaginemos que Juan, domiciliado en España, tiene contratado un servicio de transporte con la empresa francesa *Weather*, para que le trasladen hasta su lugar de trabajo o le devuelvan a su domicilio los días en los que exista más de un 50% de probabilidad de precipitaciones en forma de lluvia, nieve o granizo. El contrato firmado utiliza la tecnología del *smart contract* para verificar el cumplimiento de las condiciones estipuladas y, asimismo, una vez realizado el trayecto, comprobable por sistemas de geolocalización, se libera automáticamente el pago a favor de la empresa francesa. En este contexto, la jurisdicción competente vendrá regulada por el RBI bis, aplicándose el *forum domicilii* en defecto de sumisión expresa (art. 4) y, asimismo, pudiéndose aplicar el foro en materia contractual (art. 7.1) si se entiende que el contrato no es ajeno a la actividad profesional de Juan o, en otro caso, el foro en materia de consumidores (arts. 17 y ss.). En ambos casos, Juan podrá demandar en Francia por el foro general y en España por ser el lugar de prestación del servicio (o por ser el lugar del domicilio el consumidor, *ex* art. 18), sin que tengan relevancia otros elementos como el lugar dónde se realiza el pago o dónde se verifican las condiciones estipuladas en el *smart contract*. Tampoco tendrá incidencia la inclusión de la tecnología *Blockchain* o *smart contract* en la determinación de la ley aplicable, pues esta utiliza conexiones fácilmente determinables como la residencia habitual de las partes<sup>29</sup>.

---

29 En concreto, será aplicable el art. 6 RRI si se considera a Juan consumidor o el art. 5 cuando se considere que el contrato no es ajeno a su actividad profesional. En ambos casos podrá pactar la ley aplicable con limitaciones y, en su defecto, se aplicará la ley de la residencia habitual del consumidor o pasajero.

### **3.1.3. Arrendamiento de vivienda vacacional.**

Imaginemos que Mary, domiciliada en Alemania, realiza un contrato con la plataforma HomeBnb para pasar sus vacaciones en Mallorca. Debido a la incertidumbre sobre la duración de sus vacaciones, pactan que su estancia tendrá una duración mínima de 5 días, prorrogándose el contrato diariamente mientras haya fondos en su monedero virtual hasta 20 días. En caso de que no haya suficiente saldo en el monedero se cortará el suministro de agua, gas y electricidad en el plazo de 24 horas y la cerradura digital no permitirá la entrada en el inmueble. El presente contrato, aunque se ayude de los *smart contract*, no requiere de la tecnología *Blockchain* para funcionar, dado que la empresa verifica de forma automática en su propia base de datos si existe saldo en el monedero virtual antes de que se ejecuten las consecuencias estipuladas. En el ámbito del DIPr tampoco tendrá incidencia alguna la utilización del *smart contract* en este tipo de contratos, dado que tanto la CJI como la ley aplicable se determinan atendiendo al territorio dónde se encuentra el bien inmueble (arts. 24.1 RBI bis y art. 4.1.c RRI), sin perjuicio de que quepa pacto en el ámbito de la ley aplicable.

### **3.1.4. Contrato de seguro.**

Octavio viaja constantemente debido a su trabajo, razón por la cual decide contratar con la empresa francesa *Flight-Free* un seguro que le indemnice de forma automática por los retrasos y las cancelaciones sufridas. Pactan que las cantidades debidas por estos conceptos sean las legalmente señaladas, incrementadas en un 20%, y se satisfagan de forma automática una vez se haya verificado el retraso o cancelación. En este escenario, la

tecnología *Blockchain* y los *smart contracts* permitirán verificar el cumplimiento de las condiciones y abonar las indemnizaciones automáticamente. En el plano del DIPr, la determinación de la jurisdicción se rige por unos foros específicos en materia de seguros, cuyos preceptos se centran mayoritariamente en la residencia de las partes involucradas<sup>30</sup>. En el plano de la ley aplicable se utiliza como criterio de conexión el lugar en el que se localiza el riesgo asegurado en el momento de la contratación, lo cual se traduce en este caso en el EM dónde el tomador del seguro tiene su residencia habitual (es decir, en España)<sup>31</sup>. Por tanto, tampoco en este caso la aplicación de la tecnología del *smart contract* repercutirá, *a priori*, sobre los foros y normas de conflicto aplicables, pues las conexiones previstas en estas normas constituyen criterios estables y previsibles que pueden ubicarse con relativa facilidad en un determinado espacio material, sin perjuicio de que cierta actividad relacionada con la contratación, como la validación de condiciones o la autoejecución de obligaciones, pueda realizarse a través del ciberespacio.

### **3.2. Contratos que utilizan la tecnología del *smart contract* y tienen incidencia en la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable.**

En este segundo bloque analizamos aquellos contratos en los que la tecnología del *smart contract* tiene incidencia (mayor o menor según la tipología) sobre el foro en materia contractual y, en menor medida, sobre el foro general del domicilio del demandado y la determinación de la ley aplicable. Ello se debe a que este

---

30 *Vid.* arts. 10 a 16 RBI bis, si bien excluyendo los arts. 12 y 13 relativos a los seguros de responsabilidad.

31 En este sentido, *vid.* el art. 7.6 del RRI y el art. 2.d) de la Directiva 88/357/CEE, de 22 de junio de 1988.

tipo de contratos se autoejecutan en el ciberespacio, por lo que no resulta sencillo determinar el lugar en el que se autoejecuta la obligación que sirve de base a la demanda. Dicho esto, en primer lugar, vamos a referirnos a las cuestiones sobre jurisdicción. A tal efecto, hemos propuesto una triple categorización atendiendo al grado de incidencia de los *smart contracts* sobre la aplicación del foro en materia contractual del art. 7.1 RBI bis.

***3.2.1. Contratos ejecutados en el ciberespacio, si bien la obligación que sirve de base a la demanda no está automatizada a través de los smart contracts.***

*Supuesto:* La empresa sueca Spotify realiza un contrato con la empresa española *Radio FM (RFM)* consistente en las siguientes obligaciones: a) Spotify elabora semanalmente una lista con las 40 canciones más descargadas del momento y las transmite a RFM; b) Spotify permite el acceso de RFM a su plataforma virtual para poder emitir esas 40 canciones durante el fin de semana en el orden que desee; c) Spotify realiza labores de mantenimiento digital para que estas canciones puedan reproducirse con total fluidez. Por su parte, RFM se compromete a pagar el precio de forma automática en bitcoins en dos momentos: a) en el momento de transmisión de la lista musical actualizada, momento que se pagará una cantidad fija por los servicios de mantenimiento y utilización de la plataforma Spotify. b) A las 00.00h del lunes se abonará el precio total por las canciones reproducidas, el cual se calcula sumando el precio individual de cada canción atendiendo al precio medio de las tres grandes empresas de distribución musical, reducido en un 25%. Las partes utilizan *Blockchain* para autoejecutar el pago en bitcoins y las condiciones estipuladas se verifican a través de varios oráculos.

En primer lugar, si entendemos que la actividad de Spotify consiste en mantener el servicio de reproducción en línea en condiciones óptimas para que las canciones puedan ser reproducidas adecuadamente por la empresa española, podría calificarse dicha relación contractual como una prestación de servicios, pues Spotify llevaría a cabo una determinada actividad a cambio de una remuneración<sup>32</sup>, cuya calificación sería válida tanto respecto del RBI bis como del RRI<sup>33</sup>. En caso de que alguna de las empresas incumpliera sus obligaciones contractuales, cabe preguntarse ante que tribunales podrían interponer la demanda. Pues bien, en defecto de sumisión expresa y tácita, podrían acudir al *forum domicilii* (art. 4), si bien la cuestión esencial radica en determinar cómo y cuándo puede aplicarse el foro en materia contractual. En este caso habrá que acudir al art. 7.1.b) RBI bis para determinar cuál es y dónde se ubica la obligación que sirve de base a la demanda, pues estamos ante un contrato que utiliza los *smart contracts* para verificar las condiciones contractuales y autoejecutar el pago, pero cuya obligación que sirve de base a la demanda (el servicio digital de mantenimiento y reproducción) no se presta de forma automática a través de los *smart contracts*. En puridad, este tipo de contratos se asemejan a los contratos electrónicos tradicionales y se reproducen sus mismos problemas. A tal efecto, siguiendo la doctrina autorizada, podemos ubicar el cumplimiento de la prestación del servicio en el lugar dónde está establecido la parte que presta el servicio, en atención a criterios de proximidad y previsibilidad<sup>34</sup>. En este caso, si Spotify reclama

---

32 En dicho caso, podría subsumirse en el contrato de prestación de servicios, pues una de las partes llevaría a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración. En este sentido, *vid.*: Auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013, C-469/12, *Kirjaci Lager & Umschlagbetrieb*, EU:C:2013:788, ap. 26 y STJUE de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, EU:C:2009:257, ap. 29.

33 Véase, en este sentido, el considerando núm. 17 del Reglamento Roma I.

34 Como explica De Miguel Asensio, no existe una regla para ubicar el lugar de ejecución en la prestación de servicios en línea, si bien el autor se decanta por dar

el pago, se deberá aplicar la misma solución descrita, pues en este tipo de contratos el pago no se considera como obligación que sirva de base a la demanda<sup>35</sup>, salvo pacto en contra.

En cambio, si en el presente caso la actividad de Spotify no pudiera subsumirse en un contrato de prestación de servicios porque, por ejemplo, únicamente autorizara a la contraparte a explotar varios derechos de propiedad intelectual a cambio de una remuneración y no realizara una actividad prestacional, resultaría de aplicación el art. 7.1.a) RBI bis<sup>36</sup>. En dicho caso, se debería aplicar la jurisprudencia ya descrita del TJUE para ubicar el lugar que sirve de base a la demanda atendiendo a la *lex contractus*<sup>37</sup>. A tal efecto, cuando no se pueda ubicar el lugar de cumplimiento en base a dicha ley, no podrá resultar de aplicación el foro en materia contractual debido a la falta de previsibilidad<sup>38</sup>.

---

preferencia al lugar del establecimiento del prestador del servicio por razones de proximidad y previsibilidad. Sin embargo, también indica que para ciertos contratos en los que la prestación del servicio vaya referida a un determinado, esta regla podría variar. DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de Internet*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 2015, ap. 1047 (digital).

35 *Vid.*: STJUE de 25 de febrero de 2010, *Car Trim*, C-381/08, EU:C:2010:90, ap. 50.

36 STJUE de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco Privatstiftung*, EU:C:2009:257, ap. 29, 30 y 40.

37 *Vid. supra*, apartado 3 y notas 20 y 21. Sin embargo, cuando la obligación reclamada sea el pago y este se efectúe a través de *smart contracts*, seguiremos las reglas explicadas en el apartado 3.2.2.

38 A tal efecto, *vid. supra*, nota 21.

### **3.2.2. Contratos en los que la obligación que sirve de base a la demanda se autoejecuta en el ciberespacio a través de smart contracts.**

*Supuesto:* La empresa alemana Mygames, dedicada a la venta al por mayor de videojuegos, realiza un contrato marco con la empresa española IGN dedicada al análisis y venta de juegos digitales, mediante la cual la primera se obliga a vender todos aquellos videojuegos que salgan en el mercado que obtengan una puntuación mínima de 80 puntos en la página web de Metacritic. A tal efecto, acuerdan lo siguiente: a) la entrega de los juegos digitales se efectuará de forma automática, enviado los códigos de descarga al email de IGN, transcurridas 72h desde su lanzamiento; b) cada envío constará de 50 copias digitales; c) el precio de venta será el establecido de forma oficial rebajado en un 35%; d) el pago se abonará en bitcoins y se efectuará de forma automática una vez recibido el título. Los oráculos de software permitirán verificar todas estas condiciones y ejecutar de forma automática las obligantes contraídas.

El presente contrato puede calificarse como una compraventa de mercancías<sup>39</sup>, por lo que se aplicará el art. 7.1.b) RBI bis para determinar la obligación que sirve de base a la demanda. A tal efecto, la entrega de las mercancías (el software, en este caso) se realiza de forma automática a través del ciberespacio gracias a la utilización de los *smart contracts* en el marco de la red distributiva *Blockchain*. Debido a la dificultad de ubicar el lugar de entrega de las mercancías en estos casos en los que la obligación se autoejecuta en el ciberespacio a través de *smart contracts*, entendemos que el

---

39 La adquisición del software es equivalente a la recepción de las mercancías en formato tangible. *Vid.*: CALVO CARAVAGA A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 17ª ed., Granada, Comares, 2017, p. 848. DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado...*, *op. cit.*, nota 34, ap. 1042.

foro del art. 7.1.b) RBI bis no puede aplicarse porque no resulta previsible para las partes<sup>40</sup> y porque debe aplicarse de forma restrictiva respecto del foro general del domicilio del demandado<sup>41</sup>. La misma solución cabe alcanzar cuando la obligación que se autoejecute a través de los *smart contracts* sea la prestación de un servicio digital (v.g. *streaming*, *e-learning*, etc.). Como excepción, cuando de las circunstancias concurrentes se derive de forma clara e inequívoca el lugar de ejecución del contrato (v.g. cuando se infiera de la redacción del contrato o de los hechos acaecidos), entendemos que se podrá aplicar el art. 7.1 RBI bis por resultar previsible para las partes y próximo con el objeto del litigio.

Respecto de los tipos contractuales no subsumibles en el art. 7.1.b) RBI bis debe aplicarse, naturalmente, el art. 7.1.a) RBI bis y la jurisprudencia que lo interpreta<sup>42</sup>. Cabe recordar que el TJUE no permite, para estos contratos, una interpretación autónoma para ubicar el lugar de cumplimiento de la obligación. Aun así, cabe reflexionar sobre esta cuestión y preguntarse si en el ámbito de los contratos autoejecutados por *smart contracts*, muchos de los cuales pueden resultar atípicos por las distintas legislaciones, no cabría introducir un inciso en el apartado 7.1.b) para determinar de forma autónoma dónde se puede entender cumplida la obligación que sirve de base a la demanda<sup>43</sup>. Esta solución, si bien requiere de un estudio más profundo, podría mejorar la previsibilidad al otorgar una respuesta unitaria en el seno de la Unión y tendría en cuenta el marcado carácter transfronterizo de

---

40 A tal efecto, véase: STJUE de 19 de febrero de 2002, C-256/00, *Besix*, ap. 48 y 49.

41 *Vid.*: STJUE de 23 de abril de 2009, C-533/07, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, EU:C:2009:257, ap. 37.

42 En este sentido, *vid. supra*, apartado 3 y notas 20 y 21.

43 Esta opción pasaría por presumir que la obligación se ha realizado en un lugar material suficientemente vinculado con el *smart contract* y previsible para las partes (v.g. lugar de residencia de la parte que debe realizar la prestación característica del contrato o de quien deba recibirla a cambio de un precio).



estos contratos, evitando que las partes tuvieran que acudir a las distintas legislaciones para determinar su aplicabilidad, las cuales en ocasiones pueden resultar confusas u obsoletas, evitando así posibles situaciones de inseguridad jurídica.

### **3.2.3. Operaciones realizadas íntegramente en la red Blockchain.**

Cuando las transacciones se realicen íntegramente en una red distribuida como Blockchain (v.g. compraventa o inversión de criptomonedas) puede resultar difícil aplicar los foros preexistentes del RBI bis debido al (casi) anonimato de las partes y a la deslocalización de estas redes, las cuales están compuestas por cientos de miles o millones de ordenadores interconectados de distintos países. En estos casos, cabe plantearse si resultaría aconsejable, *de lege ferenda*, incluir un criterio para determinar dónde se debe entender cumplida la obligación que sirve de base a la demanda cuando ésta se autoejecuta en el ciberespacio a través de *smart contracts* en el marco de una red distributiva como *Blockchain*<sup>44</sup> o, directamente, crear un foro *ex novo* para estos casos<sup>45</sup>. Quizás esta última opción sería aconsejable para evitar

---

44 A tal efecto, las operaciones típicas que se realizan actualmente en la red Blockchain no pueden subsumirse en el concepto de contrato de mercancías o prestación de servicios, por lo que resulta aplicable el art. 7.1.a) RBI bis y la jurisprudencia lo interpreta para determinar el lugar en el que se debe cumplir la obligación que sirve de base a la demanda. Sin embargo, por los motivos expuestos en el apartado 3.3.2, intensificados por las características de las redes distributivas, cabe replantearse este proceder. Este nuevo criterio podría basarse, p.ej., en el lugar más vinculado con la obligación que se reclama o con el domicilio de alguna de las partes del contrato. A tal efecto, se evitaría la aplicación de una ley completamente extraña al tribunal que conoce del asunto para determinar dónde se debe cumplir la obligación que se reclama.

45 La opción de crear un foro *ex novo* debe estudiarse detenidamente, rebasando el objeto del presente estudio. Únicamente cabe precisar aquí que este foro podría otorgar jurisdicción, por ejemplo, a los tribunales del Estado más

la denegación de justicia en los casos en que no fuera posible aplicar otros foros debido a las peculiares características de las transacciones realizadas íntegramente en la red *Blockchain*<sup>46</sup>.

### **3.2.4. La determinación de la ley aplicable.**

En cuanto a la determinación de la ley aplicable, en defecto de pacto (art. 3 RRI), será aplicable la ley del país donde el vendedor o el prestador del servicio tenga su residencia habitual, ex art. 4.1.a) y b) RRI. En caso de entenderse que no estamos ante alguno de los ocho contratos recogidos en el art. 4.1, será aplicable la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato (art. 4.2 RRI). Con carácter general, en el plano de la ley aplicable no se reproducen los problemas de deslocalización que acontecían en el marco de la determinación de la jurisdicción debido a que las conexiones utilizadas se basan en lugares fácilmente determinables que no dependen del lugar en el que se desarrolla la actividad contractual. Sin embargo, en ocasiones, también pueden producirse problemas de aplicación derivados de la falta

---

vinculado con las transacciones realizadas en la red *Blockchain* o, en caso de que pudiera determinarse, a los tribunales del Estado dónde la parte que realizara la prestación característica del contrato dirigiera su actividad principal, de forma similar a lo previsto en el art. 17.1.c) RBI bis. Ambas propuestas tendrían inconvenientes, dado que muchas operaciones realizadas en la red *Blockchain* no se dirigen a los destinatarios de un concreto Estado, sino a todos los usuarios de la cadena de bloques interesados (v.g. inversión y compraventa de criptomonedas). Además, en ocasiones resultará casi imposible determinar cuál es el Estado más vinculado con las transacciones realizadas, sobre todo cuando las operaciones se ejecutan íntegramente en la red *Blockchain*. Por consiguiente, la creación de un foro adaptado a estas nuevas necesidades digitales debería prever y superar estas dificultades.

46 Y ello sin perjuicio de poder acudir a una disposición nacional interna para evitar la denegación de justicia. *Vid.*: STJUE de 17 noviembre 2011, *Hypoteční banka*, C-327/10, EU:C:2011:74, ap. 51 y 55.

de determinación del domicilio de las partes, si bien éstos deberán ser objeto de análisis en otra ocasión debido a las limitaciones del presente estudio.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M., CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Litigación internacional en la Unión Europea II: La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I. Vol. II, Reglamento Roma I*, Navarra, Aranzadi, 2017.

CALVO CARAVACA A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 17<sup>a</sup> ed., Granada, Comares, 2017.

DE MIGUEL ASENSIO, P., *Derecho privado de Internet*, 5<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 2015.

ECHEBARRÍA SÁENZ, M., “Contratos electrónicos autoejecutables (Smart contract) y pagos con tecnología Blockchain”, *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, 2017, pp. 60-97

GARAU SOBRINO, F., “El Derecho Internacional privado que viene: el futuro ya está aquí”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, T. XVII, 2017, pp. 303-332.

LEGERÉN-MOLINA, A., “Los contratos inteligentes en España, La disciplina de los *smart contracts*”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, 2018, pp. 193-241.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., “*Smart contracts*” y *derecho Internacional privado*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

PRENAFETA RODRÍGUEZ, J., “Smart contracts: aproximación al concepto y problemática legal básica”, *Diario La Ley*, núm. 8824, 2016, pp. 1-4, p. 1.

RIBÓ LÓPEZ, A., “Artículo 7.1”, Blanco-Morales, P., Garau, F., Lorenzo, M.L., Montero, F.J. (Coords.), *Comentario al Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Navarra, Aranzadi, 2016, pp. 157-187.