



**REGULACIÓN DE LA  
ACTIVIDAD ECONÓMICA EN  
EL ÁMBITO  
INTERNACIONAL Y  
LIBERTAD DE  
ESTABLECIMIENTO**

**Cuestiones societarias, fiscales, de Derecho de la  
competencia, Derecho privado y arbitraje**

Ponencias presentadas al Seminario  
Español de Derecho Internacional  
Privado, que tuvo lugar en Barcelona, del  
18 al 20 de octubre de 2017

Universidad Autónoma de Barcelona



**Editores:**

**Rafael ARENAS GARCÍA  
José Antonio FERNÁNDEZ AMOR  
Carlos GÓRRIZ LÓPEZ**

**Autores:**

**Juan CALVO VÉRGEZ  
María CAMPO COMBA  
Rodolfo CANCINO GÓMEZ  
Anabela Susana DE SOUSA GONÇALVES  
Ana María FERNÁNDEZ GÓMEZ DEL CASTILLO  
Sorily FIGUERA VARGAS  
Ana GONZÁLEZ MARTÍN  
Xabier ORBEGOZO MIGUEL  
Antonio José RAMOS HERRERA  
Eduardo REYES TORRES  
Jessica SCHMIDT**

## ÍNDICE

SCHMIDT, Jessica: “Cross-border mobility of companies in the EU: status quo and reform proposals” .....	5
DE SOUSA GONÇALVES, Anabela Susana: “The influence of the European Union freedom of establishment over the personal Law of commercial companies” .....	15
CAMPO COMBA, María: “Profesionales domiciliados fuera de la UE dirigiendo sus actividades comerciales o profesionales a algún Estado miembro y el caso de los consumidores ‘de vacaciones por la UE’: aplicación de una ley extranjera vs aplicación de las Directivas europeas de consumo” .....	31
ORBEGOZO MIGUEL, Xabier: “Brexit y Derecho Internacional Privado: acuerdos de elección de foro y reactivación de las antisuit injunctions” .....	53
CANCINO GÓMEZ, Rodolfo: “La contratación pública en México desde la perspectiva internacional” .....	85
FIGUERA VARGAS, Sorily y REYES TORRES, Eduardo: “El arbitraje de inversión en el marco del Acuerdo comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador: un enfoque desde los derechos humanos” .....	97
RAMOS HERRERA, Antonio José y CALVO VÉRGEZ, Juan: “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los supuestos de restricción del Derecho a la Libertad de establecimiento de las sociedades en materia fiscal” .....	110
FERNÁNDEZ GÓMEZ DEL CASTILLO, Ana María y GONZÁLEZ MARTÍN, Ana: “Cuestiones fiscales sobre la determinación del establecimiento permanente en el Comercio electrónico” .....	123

## CROSS-BORDER MOBILITY OF COMPANIES IN THE EU: STATUS QUO AND REFORM PROPOSALS

Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M.\*

*The contribution first provides an overview of the status quo of cross-border mobility of companies in the EU in October 2017. Then it takes a closer look on the need for reforms regarding cross-border mergers. After that it focuses on the need for legislation with respect to cross-border divisions and cross-border conversions. Following this, it deals with the closely connected issue of international company law. Finally, it addresses the question of the precise legislative implementation of the reforms advocated.*

I. The status quo.- II. Cross-border Mergers. 1. Achievement of the CBMD/title II chapter II CLD. 2. Recommendations for a revision of the CBMD/title II Chapter II CLD.- III. Cross-border divisions. 1. The need for an EU legal framework. 2. Key features of an EU directive on cross-border divisions.- IV. Cross-border transfers of seat (cross-border conversions). 1. The need for an EU legal framework. Key features of an EU directive on cross-border transfers of seat (conversions).- V. Legislative implementation.- Addendum

### I. The status quo

Currently, EU law provides a specific legal framework only for certain types of cross-border mergers, namely for limited liability companies in title II chapter II of the Company Law Directive (CLD)<sup>1</sup> (previously: the Cross-Border Mergers Directive – CBMD<sup>2</sup>), for UCITS in the UCITS Directive<sup>3</sup>, and there is the possibility to form an SE<sup>4</sup> or SCE<sup>5</sup> by way of a cross-border merger.

For cross-border divisions, there is no EU legal framework at all. Cross-border transfers of seat are only specifically regulated for SEs<sup>6</sup> and SCEs<sup>7</sup>.

---

\* Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M. holds the chair for civil law, German, European and international company and capital markets law at University of Bayreuth (Germany).

The contribution is the text version (with added by references) of the authors' presentation on 26 October 2017 at the XI Seminario de Derecho Internacional Privado in Barcelona. It reflects the legal situation on 26 October 2017; with respect to later developments see the addendum.

<sup>1</sup> Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, [2017] OJ L169/46.

<sup>2</sup> Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, [2005] OJ L310/1.

<sup>3</sup> Directive 2009/65/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS), [2009] OJ L302/32.

<sup>4</sup> Cf. Art. 2(1), 17 et seq. SE-Regulation (Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE), [2001] OJ L294/1).

<sup>5</sup> Cf. Art. 2(1), 19-34 SCE-Regulation (Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE), [2003] OJ L207/1).

<sup>6</sup> Cf. Art. 8 SE-Regulation (fn. 4).

<sup>7</sup> Cf. Art. 7 SCE-Regulation (fn. 5).

However, the Court of Justice has decided in the *SEVIC* case that cross-border mergers are protected by the freedom of establishment.<sup>8</sup> Hence, all legal entities within the meaning of Art. 54 TFEU – even those not covered by the CBMD – enjoy “freedom to merge”.<sup>9</sup>

Moreover, the Court has indicated in the *Cartesio* case<sup>10</sup> and then held explicitly in the *VALE* case<sup>11</sup> that cross-border transfers of seat in the sense of a cross-border conversion are also protected by freedom of establishment. This has been confirmed again in the

---

<sup>8</sup> CJEU, *SEVIC*, C-411/03, CLI:EU:C:2005:762.

<sup>9</sup> Cf. SCHMIDT, J., *Cross-border mergers and divisions, transfers of seat: Is there a need to legislate?*, PE 556.960, p. 10; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J., *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 6<sup>th</sup> ed., de Gruyter, Berlin, 2018, 7.101 with further references.

<sup>10</sup> CJEU, *Cartesio*, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, paras. 111-113.

<sup>11</sup> CJEU, *VALE*, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440, paras. 33 et seq.

Court's judgment of 25 October 2017 in the *Polbud* case.<sup>12</sup> So freedom of establishment also encompasses "freedom to convert".<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> CJEU, *Polbud*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804. See in detail on this case: BAYER, W./SCHMIDT, J., "Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften: Formwechsel durch isolierte Satzungssitzverlegung", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017, pp. 2225 et seq. See further: BARSAN, I., "Que reste-t-il du critère du siège social réel après l'arrêt Polbud?", *Europe* 2018, n° 3, pp. 6-13; BÄRWALDT, R./HOEFLING, S., "Grenzüberschreitender Formwechsel: Das Urteil des EuGH in der Rs. "Polbud" in der praktischen Anwendung", *Der Betrieb* 2017, pp. 3051-3056; BEHME, C., "Europäisches Umwandlungsrecht – Stand und Perspektiven", *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* n° 182, 2018, pp. 32-61; BIERMEYER, T./MEYER, M., "Cross-border Corporate Mobility in the EU: Empirical Findings 2017", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, pp- 1-36; BOCHMANN, C./CZIUPKA, J "Ausländische GmbH: Verweigerung der Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister vor ihrer Liquidation nach Umwandlung in eine Gesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit", *GmbH-Rundschau* 2017, pp. 1261-1268; COMBET, M., "Le renforcement du droit à transformation des sociétés dans le marché intérieur", *La Semaine juridique* 2017, pp. 2322-2327; CORBISIER, I., "L'arrêt Polbud de la C.J.U.E. ou le Luxembourg à la croisée des chemins : maintien d'un critère de rattachement appliqué de manière ambiguë ou choix franc d'un libéralisme rendu possible par la Cour de justice?", *Journal des Tribunaux Luxembourg* 2018, pp. 33-39; d'AVOUT "Vers l'itinérance inconditionnelle (ou nomadisme) des sociétés en Europe?", *Recueil Dalloz* 2017, pp. 2512-2518; DECK, F., "Isolierter grenzüberschreitender Formwechsel von Niederlassungsfreiheit umfasst – neue Gestaltungsmöglichkeiten für deutsche Gesellschaften (oder solche, die es werden wollen) trotz fortbestehenden Reformbedarfs im Gesellschaftskollisionsrecht", *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 2018, pp. 8-18; DE RAET, T., "Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 20.10.2017, Az. C-106/16 – Zum grenzüberschreitenden Formwechsel" *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 2018, pp. 7-8; FELDHAUS, H., "Das Erfordernis wirtschaftlicher Inlandstätigkeit beim grenzüberschreitenden (Herein-)Formwechsel nach "Polbud"", *Betriebs-Berater* 2017, pp. 2819-2825.; HÜBNER, L., "EUGH: Niederlassungsfreiheit erlaubt isolierte Verlegung des Satzungssitzes", *Kommentierte BGH-Rechtsprechung* 2017, 400167; HUSHAHN, J., "Der isolierte grenzüberschreitende Formwechsel – Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 25.10.2017 in der Rechtssache Polbud", *Rheinische Notar-Zeitschrift* 2018, pp. 23-25; KIENINGER, E., "Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl – Die Polbud-Entscheidung des EuGH", *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, pp. 3624-3627; KIENINGER, E., "Internationales Gesellschaftsrecht zwischen Polbud, Panama und Paradise", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2018, pp. 309-319; KINDLER, P., "Unternehmensmobilität nach „Polbud“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2018, pp. 1-7; KOPPENSTEINER, H., *Wirtschaftsrechtliche Blätter* 2018, pp. 181-186; KORCH, S./THELEN, K., "Von der Niederlassungsfreiheit zur Freiheit der Rechtsformwahl – Die praktischen Folgen der Polbud-Entscheidung des EuGH", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2018, pp. 248-254; KOVÁCS, K., "Der grenzüberschreitende (Herein-)Formwechsel in der Praxis nach dem Polbud-Urteil des EUGH", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2018, pp. 253-261; MEEUSEN, J., "Het Polbud-aarrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschapsmobiliteit op nieuwe wegen", *Rechtskundig Weekblad* 2017, p. 602; MÖRSDORF, O., "Nun also doch! – Die überraschende Umdeutung der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit durch den EuGH im Urteil Polbud", *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017, pp. 2381-2389.; NENTWIG, M., "Grenzüberschreitender Formwechsel setzt keine Verlegung des Verwaltungssitzes in den Zuzugstaat voraus", *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2017, p. 432; REUTER, S., "Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH, Urteil vom 25.10.2017 (C-106/16) – Zum grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes", *Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht* 2018, 133-137; SCHOLLMEYER, E., "Von der Niederlassungsfreiheit zur Rechtswahlfreiheit?", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2018, pp. 186-201; SOEGAARD, G., "Cross-boder Transfer and Change of Lex Societatis After Polbud, C-106/16: Old Companies Do Not Die ... They Simply Fade Away to Another Country", *European Company Law*, n° 15, 2018, 21-24; SPARFELD, S., "Grenzüberschreitender Formwechsel nach "Polbud"", *Die Wirtschaftsprüfung* 2018, pp. 55-60; STELMASZCZYK, P. "Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes – EuGH präzisiert den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, pp. 890-894; STIEGLER, S. "Die Polbud-Entscheidung und ihre Konsequenzen", *Die Aktiengesellschaft* 2017, pp. 846-852; TEICHMANN, C., "Der Fall „Polbud“: Formwechsel in die Briefkastengesellschaft", *GmbH-Rundschau* 2017, pp. R356-358; TEICHMANN, C./KNAIER, R., "Grenzüberschreitender Formwechsel nach „Polbud"", *GmbH-Rundschau* 2017, pp. 1314-1324; ULRICH,

In light of this, cross-border divisions – as a further type of “company transformation operation” – must be protected by freedom of establishment as well.<sup>14</sup> So legal entities within the meaning of Art. 54 TFEU also enjoy the “freedom to divide”.<sup>15</sup>

However, in all those areas where there is no clear and secure EU legal framework, the freedom to merge”, the “freedom to divide” and the “freedom to convert” are in practice largely illusory: The legal uncertainty and the high risk of failure deter most legal entities from even trying it.<sup>16</sup>

Another significant obstacle exacerbating the situation is the fact that there is still no EU legal act harmonising the rules on the law applicable to companies.<sup>17</sup> Basically, Member States still follow two different approaches: (i) according to the incorporation theory, the applicable law is determined by the place of registration; (ii) according to the real seat

---

S., „Polbud“ und was bisher geschah: Ein Überblick”, *GmbH-Rundschau* 2017, pp. R358-359; WACHTER, T., “Verstoß einer die Sitzverlegung von vorheriger Auflösung der Gesellschaft abhängig machende innerstaatlicher Regelung gegen die Niederlassungsfreiheit – Polbud”, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2017, pp. 1308-1314.

<sup>13</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 12; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.48; BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2227.

<sup>14</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J., “Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn“, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n° 173, 2009, p. 735 at 768; DRYGALA, T., *Lutter – Umwandlungsgesetz*, 5<sup>th</sup> edition, Dr. Otto Schmidt, Cologne, 2014, § 1, para. 20; DECHER, C., “Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie”, *Der Konzern* 2006, p. 805 at 810; DORALT, M., “Sevic: Traum und Wirklichkeit - die grenzüberschreitende Verschmelzung ist Realität“, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006, p. 572 at 576; HANSEN, L. “Merger, Moving and Division Across National Borders – When Case Law Breaks through Barriers and Overtakes Directives” *European Business Law Review* 2007, p. 181 at 195; HERRLER, S., “Ermöglichung grenzüberschreitender Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften durch Änderung des Umwandlungsgesetzes – Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie unter Vernachlässigung der primärrechtlichen Rahmenbedingungen” *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, p. 295 et seq.; KALLMEYER, H./KAPPES, S., “Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Spaltungen nach SEVIC Systems und der EU-Verschmelzungsrichtlinie”, *Die Aktiengesellschaft* 2006, p. 224 at 234 et seq.; KLEBA, R., “Die grenzüberschreitende Spaltung von Kapitalgesellschaften aus deutscher Sicht”, *Rheinische Notar-Zeitschrift* 2016, p. 273 at 275 et seq.; KRAUSE, N./KULPA, N. “Grenzüberschreitende Verschmelzungen – Vor dem Hintergrund der "Sevic"-Entscheidung und der Reform des deutschen Umwandlungsrechts”, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n° 171, 2007, p. 38 at 46 et seq.; LEIBLE, S./HOFFMANN, J., “Grenzüberschreitende Verschmelzungen im Binnenmarkt nach Sevic”, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2006, p. 161 at 165; MARSCH-BARNER, R., *Kallmeyer – Umwandlungsgesetz*, 6<sup>th</sup> edition, Dr. Otto Schmidt, Cologne, 2014, Vorbem. §§ 122a ff., para. 11; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.105; MEILICKE, W./RABBACK, D., “Die EuGH-Entscheidung in der Rechtssache Sevic und die Folgen für das deutsche Umwandlungsrecht nach Handels- und Steuerrecht” *GmbH-Rundschau* 2006, p. 123 at 126; PAPADOPOULOS, T., “EU Regulatory Approaches to Cross-border Mergers: Exercising the Right of Establishment”, *European Law Review*, n° 36, 2011, p. 71 at 83 et seq.; ROELOFS, E., *Grensoverschrijdende juridische splitsing kapitaalvennootschappen*, Kluwer, Deventer, 2014, p. 589; ROELOFS, E., “Cross-Border Division of SEs”, *European Company Law*, n° 7, 2010, p. 142 at 144; RÖNFELDT, T./WERLAUFF, E., “Merger as a Method of Establishment: on Cross-border Mergers, Transfer of Domicile and Divisions, Directly Applicable under the EC Treaty’s Freedom of Establishment”, *European Company Law*, n° 3, 2006, p. 125 at 127; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 11 et seq.; SIMON, S./RUBNER, D., *Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz*, Carl Heymanns, Cologne, 2009, Vor §§ 122a ff. para. 53; STORM, P., “Cross-border Mergers, the Rule of Reason and Employee Participation”, *European Company Law*, n° 3, 2006, p. 130 at 134; VOSSESTEIN, G., “Companies’ Freedom of Establishment after Sevic”, *European Company Law*, n° 3, 2006, p. 177 at 179.

<sup>15</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 12; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.105.

<sup>16</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 11 et seq.; BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2233; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.94, 7.102, 7.105 with further references.

<sup>17</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 33 et seq.; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.4.



theory, the applicable law is determined by the ‘real seat’ (that is the place where the centre of administration and control is located).<sup>18</sup>

## II. Cross-border Mergers

### 1. Achievements of the CBMD / title II chapter II CLD

The harmonised legal framework for cross-border mergers of limited liability companies originally established by the CBMD and now codified in title II chapter II CLD provides legal security and reduces transaction costs.<sup>19</sup> Since its implementation the number of cross-border mergers has increased significantly.<sup>20</sup>

But there are still a number of problems and difficulties which pose significant obstacles to cross-border mergers. They relate in particular to: (i) the limited scope of the directive, (ii) the protection of stakeholders, (iii) and procedural and practical hurdles.<sup>21</sup>

### 2. Recommendations for a revision of the CBMD / title II chapter II CLD

Hence, there is a clear need for a revision of the rules on cross-border mergers previously laid down in the CBMD and now codified in title II chapter II CLD.

As the author has elaborated in more detail elsewhere<sup>22</sup>, this should in particular address the following issues:

- Firstly, in line with the scope of the freedom of establishment, the scope of the CBMD should be extended to all legal entities within the meaning of Art. 54 TFEU.<sup>23</sup>
- Secondly, the rules on creditor protection should be further harmonised.<sup>24</sup> Sufficient protection can be guaranteed by an ex post protection system giving the creditors the right to obtain adequate safeguards from the company resulting from the merger.<sup>25</sup>
- Thirdly, the area of minority shareholder protection should be fully harmonised: Minority shareholders should be given an exit right against adequate compensation

---

<sup>18</sup> Cf. LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.4 et seq. with further references.

<sup>19</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 16; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.6.

<sup>20</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 16; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.6. See in detail: Bech-Bruun/Lexidale, *Study on the Application of the Cross-border Mergers Directive*, 2013 (<[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/mergers/131007\\_study-cross-border-merger-directive\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/mergers/131007_study-cross-border-merger-directive_en.pdf)>), Executive Summary 6; BAYER, W./HOFFMANN, T./SCHMIDT, J., “Verschmelzungen nach Inkrafttreten des 2. UmwÄndG“, *Der Konzern* 2012, pp. 225-237.

<sup>21</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 16.

<sup>22</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 16 et seq.

<sup>23</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 16 et seq.; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.111, 22.15. See also European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, para. 3.

<sup>24</sup> Cf. DRYGALA, T./V. BRESSENDORF, T., “Gegenwart und Zukunft grenzüberschreitender Verschmelzungen und Spaltungen” *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2016, p. 1161 at 1166 et seq.; PAPADOPOULOS, T., “The Magnitude of EU Fundamental Freedoms: Application of the Freedom of Establishment to the Cross-Border Mergers Directive“, *European Business Law Review* 2012, p. 517 at 536; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 17 et seq.; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.155. See also European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, para. 10.

<sup>25</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 17 et seq.; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.155.

and the right to get additional compensation in case of an inadequate share exchange ratio.<sup>26</sup>

- Fourthly, there should be certain exemptions from the requirement of a merger report.<sup>27</sup>

- Fifthly, the diverging rules on the accounting date and on valuation should be harmonised.<sup>28</sup>

- Furthermore, standard forms should be adopted for the relevant documentation and communication, in particular also the pre-merger certificate.<sup>29</sup> In addition, it should be considered to require all documentation and communication to be in one single language (preferably English).<sup>30</sup>

- Finally, the rules on employee protection are also in need of a reform.<sup>31</sup> However, due to the political sensitivity of this issue, it should be omitted from any short-term reform. Notwithstanding, a critical review of the employee protection regimes not only in the CBMD/CLD, but also in the closely connected SE Directive and SCE Directive, is imperative at least in the mid- to long-term.<sup>32</sup>

### **III. Cross-border divisions**

#### **1. The need for an EU legal framework**

The right to effect a cross-border division is protected as an inherent aspect of the freedom of establishment.<sup>33</sup> But without a clear and secure EU legal framework, this “freedom to divide” is largely illusory.<sup>34</sup> Hence, the need to enable legal entities to effectively exercise their “freedom to divide” demands the adoption of a special EU legal framework for cross-border divisions.<sup>35</sup>

Over and above, there are also sound economic reasons for establishing an EU legal framework for cross-border divisions.<sup>36</sup> Cross-border divisions offer legal entities a further attractive tool for cross-border reorganisations.<sup>37</sup> They are an important tool for

---

<sup>26</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 19 et seq.; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.149. In favour of a harmonisation of minority shareholder rights also: European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, para. 10.

<sup>27</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 22; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.73.

<sup>28</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 22 et seq.; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.42 et seq. See also European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, para. 10.

<sup>29</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 24; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.39, 22.104. In favour of a clearer definition of the standards for the legal documentation also: See also European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, para. 8.

<sup>30</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 24; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.39.

<sup>31</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 21; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.164.

<sup>32</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 21; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 22.164.

<sup>33</sup> See *supra* I.

<sup>34</sup> See *supra* I.

<sup>35</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 26. Calling for a legislative initiative on cross-border divisions also See also European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, paras. 13 ff.

<sup>36</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 26.

<sup>37</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 26.

changing and/or simplifying the organisation structure, for adapting to changing market conditions and for realising new market opportunities.<sup>38</sup>

Admittedly, such reorganisations could also be achieved by other means. But a division has the crucial advantage of a (partial) universal transfer of all assets and liabilities *uno acto* (without the need to obtain the consent of the creditors).<sup>39</sup>

Finally, the potential risks for creditors, minority shareholders and employees can be tackled by implementing an appropriate legal framework.<sup>40</sup>

## **2. Key features of an EU directive on cross-border divisions**

So what should be the key features of an EU directive on cross-border divisions?

Given that divisions can be characterised as the “mirror image” of mergers, they should generally be governed by rules reflecting those on mergers.<sup>41</sup>

This pertains in particular to the division procedure, but also to the rules on the protection of creditors, minority shareholders and employees and special rules for intra-group divisions.

Rules different from those on cross-border mergers should only apply where the specific characteristics of cross-border divisions require it.<sup>42</sup> The author has elaborated in more detail on this in her paper for the European Parliament.<sup>43</sup>

In line with the scope of the “freedom to divide”, the directive should cover all legal entities within the meaning of Art. 54 TFEU.<sup>44</sup>

In order to enable entities to enjoy a wide range of reorganisation options, the EU legal framework on cross-border divisions should cover all three types of division, i.e. split-up (Aufspaltung), spin-off (Abspaltung) and hive-down (Ausgliederung).<sup>45</sup>

## **IV. Cross-border transfers of seat (cross-border conversions)**

Last but not least, what about cross-border transfers of seat (cross-border conversions)?

### **1. The need for an EU legal framework**

The jurisprudence of the Court of Justice has firmly established that cross-border transfers of seat in the sense of a cross-border conversion are protected by freedom of establishment.<sup>46</sup> But without a clear and secure EU legal framework, this “freedom to convert” is also largely illusory in practice.<sup>47</sup> Hence, the need to enable legal entities to

---

<sup>38</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 26; cf. with respect to divisions in general: TEICHMANN, C., *Lutter – Umwandlungsgesetz*, 5<sup>th</sup> edition, Dr. Otto Schmidt, Cologne, 2014, § 123 para. 36.

<sup>39</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 26.

<sup>40</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 26.

<sup>41</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 27. See also European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, para. 18.

<sup>42</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 27.

<sup>43</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 27 et seq.

<sup>44</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 27. See also European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, para. 3.

<sup>45</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 27 et seq. See also European Parliament resolution of 13 June 2017 on cross-border mergers and divisions, P8\_TA(2017)0248, para. 18.

<sup>46</sup> See *supra* I.

<sup>47</sup> See *supra* I.

effectively exercise their “freedom to convert” requires the adoption of a special EU legal framework.<sup>48</sup>

Moreover, since cross-border conversions constitute an attractive tool for cross-border reorganisations, there are also well-founded economic arguments for establishing a special EU legal framework for them.<sup>49</sup> Cross-border conversions allow legal entities to switch to a company law regime which they view as better suited for their specific structure and needs.<sup>50</sup> This can not only help to reduce costs and improve efficiency, but can also be vital to attract investors and lenders.<sup>51</sup>

The other options currently available to “move” the registered office to another Member State – re-incorporation, the use of the CBMD/CLD or the SE – are not equivalent alternatives.<sup>52</sup> In fact, these complex and costly detours do not really give legal entities what they want: a conversion preserving their legal identity.<sup>53</sup>

Finally, an EU legislative framework is imperative to create a level playing field and to establish clear and harmonised standards with respect to the protection of minority shareholders, creditors and employees.<sup>54</sup>

## **2. Key features of an EU directive on cross-border transfers of seat (conversions)**

Turning now to the key features of an EU directive:

The effect of a cross-border transfer of seat (cross-border conversion) should be an identity-preserving conversion: A legal entity governed by the law of the Member State of origin is converted into a legal entity governed by the law of the host Member State, but it retains its legal identity.<sup>55</sup>

In line with the scope of the “freedom to convert”, the directive should cover all legal entities within the meaning of Art. 54 TFEU.<sup>56</sup>

---

<sup>48</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 32.

<sup>49</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 32.

<sup>50</sup> Cf. SEC(2007) 1707, 3.3.1.; EAVA 3/2012, p. 35; BEHME, C., *Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 286; HUSHAHN, J., “Grenzüberschreitende Formwechsel im EU/EWR-Raum - die identitätswahrende statutenwechselnde Verlegung des Satzungssitzes in der notariellen Praxis”, *Rheinische Notar-Zeitschrift* 2014, p. 137 at 138 et seq.; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 32; WELLER, M./LEUERING, D., “Sitzverlegungen von Gesellschaften in Europa: Rechtliche und praktische Probleme“, *Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht – Vorträge und Berichte*, n° 198, 2012, p. 15.

<sup>51</sup> Cf. SEC(2007) 1707, 3.3.1.; EAVA 3/2012, p. 35; BEHME, C., *Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 286; HUSHAHN, J., “Grenzüberschreitende Formwechsel im EU/EWR-Raum - die identitätswahrende statutenwechselnde Verlegung des Satzungssitzes in der notariellen Praxis”, *Rheinische Notar-Zeitschrift* 2014, p. 137 at 138 et seq.; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 32.

<sup>52</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 32 et seq.

<sup>53</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 32 et seq.

<sup>54</sup> Cf. ARBEITSKREIS EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT, “Thesen zum Erlass einer europäischen Sitzverlegungsrichtlinie”, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2011, p. 98; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 32 et seq. See further also BAERT, A., “Crossing Borders: Exploring the Need for a Fourteenth EU Company Law Directive on the Transfer of the Registered Office”, *European Business Law Review* 2015, p. 581 at 607 et seq.

<sup>55</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 32 et seq. Cf. also European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats, P7\_TA(2012)0019, recommendation 2(1).

<sup>56</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 33.

In the interest of legal certainty, it seems imperative to lay down a clear definition of the objective scope.<sup>57</sup> However, this is complicated by the fact that there is still no EU legal act harmonising the rules on the law applicable to companies. In light of this conundrum, the ideal solution would be to couple the adoption of an EU legal framework on cross-border conversions with a harmonisation of the rules on the law applicable to companies.<sup>58</sup> Preferably, the common standard should be the incorporation theory.<sup>59</sup> In fact, the jurisprudence of the CJEU (*Centros*<sup>60</sup> – *Überseering*<sup>61</sup> – *Inspire Art*<sup>62</sup>) has already de facto established the “home country principle” or “EU incorporation theory” with respect to inbound cases: If a company moves its head office to another Member State, that Member State has to recognise the company as a company governed by the law of the Member State of incorporation.<sup>63</sup> Hence, adopting the incorporation principle as the general rule with respect to the law applicable to companies is only logical.<sup>64</sup> Moreover, the incorporation theory has two important advantages: On the one hand, the registered office as the connecting factor can be determined easily; on the other hand, it provides founders with the freedom to choose the applicable law via their choice of the place of registration.<sup>65</sup>

But even in the absence of a general adoption of the incorporation principle, at least for the purposes of an EU legal framework for cross-border conversions, the decisive operation should generally be a “transfer of seat” in the sense of a transfer of the registered office.<sup>66</sup> The EU legal framework should not impose a requirement to also move the head office to the host Member State. The CJEU has confirmed in the *Polbud* case that the “freedom to convert” encompasses also the isolated transfer of the registered office.<sup>67</sup>

---

<sup>57</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 33.

<sup>58</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 34. As to the need for such harmonisation see also the references in fn. 78.

<sup>59</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 34.

<sup>60</sup> CJEU, *Centros*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126.

<sup>61</sup> CJEU, *Überseering*, C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632.

<sup>62</sup> CJEU, *Inspire Art*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512.

<sup>63</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J., “Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn“, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n° 173, 2009, p. 735 at 739; EIDENMÜLLER, H., “Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt: Entwicklungsperspektiven des europäischen Gesellschaftsrechts im Schnittfeld von Gemeinschaftsgesetzgeber und EuGH“ *JuristenZeitung* 2004, p. 24 at 25; GRUNDMANN, S., *European Company Law*, 2<sup>nd</sup> edition, Intersentia, Cambridge, 2011, para. 785; LEIBLE, S., “Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2004, p. 531 at 534; LEIBLE, S., “Warten auf die Sitzverlegungsrichtlinie“, *Festschrift für Günter H. Roth zum 70. Geburtstag*, Beck, Munich, 2011, p. 447 at 450; LEIBLE, S., *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, J. – Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, C.H.Beck, Munich, 2017, Syst. Darst. 2, para. 27; LEIBLE, S./HOFFMANN, J., “„Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2003, p. 925 at 926; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.64; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 34; STIEGLER, S., *Grenzüberschreitende Sitzverlegungen nach deutschem und europäischem Recht*, Carl Heymanns, Cologne, 2017, pp. 112 et seq.; WELLER, M., “Die „Wechselbalgtheorie““, *Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag*, C.H. Beck, Munich 2011, p. 583 at 587 et seq.; WELLER, M., “Wind of Change im Gesellschaftsrecht: Von den „closed“ zu den „framed open societies““, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2016, p. 54 at 63; WELLER, M., “Das autonome Unternehmenskollisionsrecht“ *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2017, p. 167 at 169.

<sup>64</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 34.

<sup>65</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J., “Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn“, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, n° 173, 2009, p. 735 at 739; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 34.

<sup>66</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 34.

<sup>67</sup> CJEU, *Polbud*, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804. Literatur: fn. 12.

Hence, a requirement to also transfer the head office would be in violation of EU primary law.<sup>68</sup>

The procedural framework for cross-border conversions should be based on the established and proven “European model for structural changes” – like in the CBMD.<sup>69</sup> There should be rules on the protection of creditors, minority shareholders and employees along the lines of those in the CBMD/CLD.<sup>70</sup> Finally, the cross-border conversion should be tax-neutral analogous to the tax-neutrality of a cross-border transfer of seat of an SE or SCE.<sup>71</sup>

## V. Legislative implementation

One option for legislative implementation would be to merely amend the CLD and adopt separate directives on cross-border divisions and on cross-border conversions. But in light of the many parallels between these three types of transformation operations, this seems to be a rather suboptimal solution.<sup>72</sup> It not only entails the existence of many actually superfluous and redundant provisions, but also a high risk of frictions.<sup>73</sup>

Instead, the title II of the CLD should be expanded into a real cross-border mobility directive, which not only covers cross-border mergers, but also cross-border divisions and cross-border conversions of all legal entities within the meaning of Art. 54 TFEU.<sup>74</sup> Ideally, title II of the CLD should be restructured so as to contain one “general part” with common rules for all three types of company transformation operations, and then sections with rules specific to cross-border mergers, cross-border divisions, and cross-border conversions, respectively.<sup>75</sup> The result would be an efficient, lean and consistent legal

---

<sup>68</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2233.

<sup>69</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 35.

<sup>70</sup> See in more detail: SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 36.

<sup>71</sup> See in more detail: SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 36. Cf. also European Parliament resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14th company law directive on the cross-border transfer of company seats, P7\_TA(2012)0019, recommendation 2(5); EAVA 3/2012, p. 12.

<sup>72</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 37; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.111.

<sup>73</sup> Cf. SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 37; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.111.

<sup>74</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2233 et seq.; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.111. See with respect to the expansion of the previous CBMD into a general cross-border mobility directive: SCHMIDT, J. (fn. 9), p.37; SCHMIDT, J., “Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften – Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, n° 116, 2017, p. 313 at 337; SCHMIDT, J., *Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, J. – Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, C.H.Beck, Munich, 2017, § 4a para. 27; cf. also BAYER, W./SCHMIDT, J., “BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2015/2016” *Betriebs-Berater* 2016, p. 1923 at 1924 and building upon the recommendations of the Reflection Group also already BAYER, W./SCHMIDT, J., “Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als “Formwechselfreiheit””, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2012, p. 1481 at 1492; BAYER, W./SCHMIDT, J., “BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2012”, *Betriebs-Berater* 2013, p. 3 at 15; SCHMIDT, J., “Neue Phase der Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts”, *GmbH-Rundschau* 2011, p. R177. In favour of this proposal of a general cross-border mobility directive: OPLUSTIL, K./SIKORA, P., “Grenzüberschreitende Verlegung des statutarischen Gesellschaftssitzes aus der Perspektive des Gründungsstaates: Vorlagefragen des polnischen Obersten Gerichts an den EuGH”, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht* 2017, p. 134 at 142; STIEGLER, S., “Kodifizierung des Europäischen Gesellschaftsrechts”, *Die Aktiengesellschaft* 2016, p. R48 at R50.

<sup>75</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2233; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.111; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 37; SCHMIDT, J., “Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften – Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, n° 116, 2017, p. 313 at 337.

framework encompassing all three of these very closely related company transformation operations in one single piece of legislation.<sup>76</sup> Such a real cross-border mobility directive would finally provide complete corporate mobility for all legal entities within the meaning of Art. 54 TFEU and thus open up enormous new economic opportunities within the internal market.<sup>77</sup>

Finally, to really “complete the picture”, the rules on the law applicable to companies should be harmonised by establishing the incorporation theory as the common standard.<sup>78</sup> Ideally, this should be done by another Rome-Regulation with conflict-of-law rules for companies.<sup>79</sup>

The EU Commission has announced a legislative initiative for the end of 2017. It is to be hoped that this will indeed bring major improvements for the cross-border mobility of companies along the lines outlined in this contribution.

### **Addendum:**

On 25 April 2018, the EU Commission has finally published the long awaited “Company Law Package”.<sup>80</sup> It provides for comprehensive amendments of the CLD, in particular with respect to cross-border mobility. The key features are: enhanced, simplified and

---

<sup>76</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2233; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.111; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 37; SCHMIDT, J., “Grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften – Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, n° 116, 2017, p. 313 at 337.

<sup>77</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2233; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.111; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 37.

<sup>78</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2234; BAYER, W./SCHMIDT, J., “Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als “Formwechselfreiheit””, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2012, p. 1481 at 1492; BAYER, W./SCHMIDT, J., “BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2012”, *Betriebs-Berater* 2013, p. 3 at 15; BAYER, W./SCHMIDT, J., “BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2015/2016” *Betriebs-Berater* 2016, p. 1923 at 1924; BAYER, W./SCHMIDT, J., “BB-Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsreport Europäisches Unternehmensrecht 2016/17”, *Betriebs-Berater* 2017, p. 2114 at 2118; HÜBNER, L., “Eine Rom-VO für das Internationale Gesellschaftsrecht”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2018, p. 149 at 185; KIENINGER, E., “Die weitere Kodifikation des europäischen IPR”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2017, p. 200 at 202 et seq.; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.112; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 38. See also ARENAS GARCÍA, R., “Contratos internacionales y fusiones transfronterizas”, *La Ley Unión Europea*, n° 39, 2016, p. 17. See further the study mandated by the Commission: GERNER-BEUERLE, C./MUCCIARELLI, F./SCHUSTER, E./SIEMS, M., *Study on the law applicable to companies*, LSE Enterprise, London, 2016, doi 10.2838/527231 (<<https://bookshop.europa.eu/en/study-on-the-law-applicable-to-companies-pbDS0216330/>>); and also EGPII, “Draft Rules on the Law Applicable to Companies and other Bodies”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2017, pp. 500 et seq.

<sup>79</sup> Cf. BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 12), p. 2225 at 2234; LUTTER, M./BAYER, W./SCHMIDT, J. (fn. 9), 7.112; SCHMIDT, J. (fn. 9), p. 38.

<sup>80</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law, COM(2018) 239; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, COM(2018) 241. See on these proposals in detail: KNAIER, R., “Crossing borders, digitally? Das „Company Law Package“ auf dem Prüfstand”, *GmbH-Rundschau* 2018, R148 et seq.; KNAIER, R., “Digital first, Bedenken second? Ein kritischer Blick auf den Kommissionsvorschlag betreffend den Einsatz digitaler Instrumente und Verfahren im Gesellschaftsrecht”, *GmbH-Rundschau* 2018, 560 et seq.; KNAIER, R., “Unionales Umwandlungsrecht. Die Zukunft der Unternehmensmobilität im Binnenmarkt”, *GmbH-Rundschau* 2018, 607 et seq.; SCHMIDT, J., “EU Company Law Package 2018: Mehr Digitalisierung und Mobilität von Gesellschaften”, *Der Konzern* 6/2018 and 7-8/2018.

streamlined rules for cross-border mergers (inter alia: harmonisation of protection of creditors and minority shareholders), a new EU framework for cross-border divisions along the lines of the rules on cross-border mergers (but only for cross-border divisions by formation of new companies) and a new EU framework for cross-border conversions along the lines of the rules on cross-border mergers (allowing – in line with the *Polbud* judgment – for the isolated transfer of the registered office). But unfortunately the proposals do not contain rules on the harmonisation of the law applicable to companies (*lex societatis*) and do not extend the scope of the new rules on cross-border mobility to partnerships.



## THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN UNION FREEDOM OF ESTABLISHMENT OVER THE PERSONAL LAW OF COMMERCIAL COMPANIES

**Anabela Susana de Sousa Gonçalves**

Professor of Law at the Law School of the University of Minho (Portugal)

**Abstract:** The general topic of this study is the influence of the European Union Court of Justice (ECJ) jurisprudence regarding the right of establishment over the personal law of commercial companies, including the cross-border transfer of corporate seats. Given that Each Member State is free to establish the connecting factor to determine the personal law of the companies, the question that arises is: How does the ECJ jurisprudence on freedom of establishment influence the personal status of such trading companies, which are constituted under the law of a Member State and have their registered offices, central administrations or principal places of business in the Union. In addition, what influence will this have over the national rules of transfer, especially ones which allow the preservation of the legal personality of the company? This study will analyze the influence of the ECJ case-laws over the national conflict-of-law rules of the member states that define the *lex societatis* and over the rules of Private International Law that govern the transfer of company to another state, taking the Portuguese and Spanish law as a reference.

**Keywords:** freedom of establishment; *lex societatis*; transfer of the company seat; Private International Law.

I. The Transfer of the company Seat to Another State. 1. The Portuguese Case. 2. The Spanish Law.- II. The EU Right of Establishment.- III. Repercussions of the ECJ Case-Law Over the Transfer of the Company Seat.- IV. Conclusion

### I. The Transfer of the Company Seat to Another State

The general theme of this study is the influence of the ECJ case-laws over the personal law of companies and over the cross-border transfer of corporate seats. The intention is to approach the topic from the perspective of private international law, taking into account the influence of the jurisprudence of the European Union Court of Justice (ECJ) regarding the right of establishment over the personal law of commercial companies.

In comparative law, there are several options regarding the determination of personal law of companies. The options are in accordance with the interests that the States want to safeguard in the definition of *lex societatis*: the interest of the legal person and its founders as well as the interest of the unity and stability of the personal statute, from which resulting related matters must be regulated by the same law to avoid regulatory antinomies inside the same legal order, and legal interests, in particular legal certainty and third-party protection<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> MACHADO, J. BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 344.

In Article 154, Section 1 of Swiss Federal Law on Private International Law, we find the incorporation theory (*gründungstheorie*), which means that the law under which the company was constituted will rule matters concerning its personal statute<sup>82</sup>. This connection is defined according to the company founders' freedom of choice and autonomy: when they choose the State, whose law will constitute the company, and agree to the legal requirements of the company's constitution, they choose the law applicable to the company's life.

The great advantage of incorporation criterion is that the founders of a company have the ability to choose which law is most advantageous to them. This is done by taking various reasons into consideration, such as less demanding legal formalism, less restrictive requirements of the company constitution, tax benefits, and the reputation of being associated with a certain law. Certain authors also consider that this option to provide legal security and to protect the rights of third parties, as it is easy to determine the *lex societatis*. It also has some advantages in terms of company management, because regardless of the statutory seat, place of central administration or place of main activity, the applicable law will always be that of the place of incorporation<sup>83</sup>. Therefore, a company of international activity can transfer the location of the statutory seat, central administration or main activity without changing the *lex societatis*. However, there also exists several critiques of the incorporation theory.<sup>84</sup>For one, the place of a company's incorporation may be dictated by several factors. Additionally, there may be a lack of effective connection between that law and the commercial company, meaning that the law of the place of incorporation may not have any connection to a company's life or activity. In some cases in which a company does not develop its activities within the country of the law of incorporation and thus no real connection exists, that law can be applied in regards to personal statute.<sup>85</sup>, This is often done without taking into account the interests of the State that hold a closer connection to the company, the legal business interests and the protection of third parties, such as the company's creditors. Thus, the place of incorporation criterion fails to consider the effects of the company's activities on third party interests and interests of the State which holds a closer connection to this company.

Another criterion adopted for the establishment of the companies' personal law involves the corporate seat. The corporate seat criterion can be translated into the enforcement of

---

<sup>82</sup> This is also be the criterion applied in the United Kingdom, AAVV, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, under the general editorship of Sir Lawrence Collins, 14<sup>th</sup> Ed., Vol. 2, Sweet & Maxwell, London, 2006, pp. 1335-1337; in the United States law, according to MCDUGAL III, L.L./ FELIX, R.L./WHITTEN, R.U., *American Conflicts Law*, 5th Ed., Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 827-830; in Ireland and the Netherlands, according to AAVV, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Eds. Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González, Editorial Comares, Granada, 2017, p. 839 and BUREAU, D./WATT, H. MUIR, *Droit international privé*, Partie spéciale, tome II, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, pp. 434-435.

<sup>83</sup> AAVV, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Eds. Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González, Editorial Comares, Granada, 2017, p. 839.

<sup>84</sup> Among others, see CORREIA, A. FERRER, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 85; DIAS, R., «Art. 3º» in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Coord. Jorge M. Coutinho de Abreu, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013, p. 73; MACHADO, J. BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Cit., pp. 345-346; VICENTE, D. MOURA, “Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais”, *Direito Internacional Privado, Ensaios*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 94.

<sup>85</sup> This is called the Delaware syndrome: CARY, William, “Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware”, 83 *Yale L.J.*, 1974, p. 663; FISCHER, Daniel R., “Race to the Bottom Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 76, No. 6, 1981, pp. 913-945.

the law of the statutory seat or the seat of the central administration (*place of the central administration, forum gestae administrationis, centre principal de direction et gestion des affaires, sitztheorie*).

The statutory seat criterion can be found in Article 1837 of the French Civil Code or in Article L.210-3 of French Commercial Code<sup>86 87</sup>. The statutory seat results from the company's constitutive contract or from the company's statutes. Although it is relatively easy to obtain by analysing the statutes, the enforcement of the law indicated in a company's statutes is not always evident to third parties. Again, the choice of a certain law can be determined based on several factors, such as tax benefits or a more favourable law for corporate existence. Thus, it may not correspond to the place of the company's life or where main decisions are made. In such cases, the statutory seat does not always have the closest connection to the company, thereby impairing the legitimate expectations of third parties and even favouring cases of fraud<sup>88</sup>.

Moreover, the criteria of the place of the central administration (*forum gestae administrationis*) to determine the personal law of the legal person can be found in Article 110 of the Belgian Code of International Law or in § 10 of the Austrian Private International Law Act<sup>89</sup>. This is also the criteria adopted by the Portuguese law in Article 3, Section 1, of the Code of Commercial Companies and in Article 33, Section 1, of the Civil Code (for other legal persons). According to those legal provisions, the personal law of a commercial company shall be the law of the State where its main and effective seat and thus, its central administration are located. This place of central administration will house the board of directors, the management board, and/or the supervisory board<sup>90</sup>. It will be the place where these boards and assembly members meet to make essential decisions regarding corporate life<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> In French literature there is a divergence regarding the criterion that results from the first part of both rules, since both establish that the company that has its seat in French territory is subject to French law, without clarifying whether this refers to the place of the central administration or to the statutory seat. MAYER, P./HEUZÉ, V., *Droit international privé*, 9e Ed., Montchrestien, Paris, 2007, p. 735, considers that the relevant seat for the purposes of French law is the statutory seat, stating that another interpretation arises from confusion in the analysis of the French in what concerns the situations of *fraud à la loi*. Cfr. taking also this interpretation BUREAU, D./WATT, H. MUIR, *Droit international privé*, Partie spéciale, tome II, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, p. 435. Other authors state that the criterion laid down by the French law is the central administration criterion, but there is a presumption that, unless otherwise proved, the place of the statutory seat corresponds to the central administration: AUDI, B., *Droit International Privé*, 4ème Ed., Economica, Paris, 2006, p. 872; BATIFFOL, H./LAGARDE, P., *Droit International Privé*, Tome I, 8ème Ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 338-339. However, it is clear from Article 1837, 2<sup>nd</sup> part, of the French Civil Code and of Article L. 210-3, 2<sup>nd</sup> part, of the French Commercial Code, that they both leave an opening to the application of the law of the statutory seat whenever there is no coincidence with the place of central administration.

<sup>87</sup> This is also the criterion adopted by Article 9, Section 1, paragraph c (iii) of the Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE).

<sup>88</sup> As pointed out by several authors, like e.g. VICENTE, D. MOURA, "Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais", Cit., p. 96.

<sup>89</sup> This is the criterion established in Article 7 of Regulation No 2157/2001, where the registered office of the European company is situated in the Member State of its central administration. This is also the criterion adopted in Germany: see KROPHOLLER, J., *Internationales Privatrecht*, 5<sup>a</sup> Ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, pp. 557-559.

<sup>90</sup> CORREIA, A. FERRER, *Lições de Direito Internacional Privado*, Cit., p. 86.

<sup>91</sup> See ABREU, J.M. COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial, Das Sociedades*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, p. 106; BATIFFOL, H./LAGARDE, P., *Droit International Privé*, Cit., pp. 335-337; BUREAU, D./WATT, H. MUIR, *Droit international privé, Partie spéciale*, Cit, p. 435, also understood as the place where the governing bodies make decisions regarding the life of society; COLLAÇO, I MAGALHÃES, *Direito Internacional Privado, Pessoas Coletivas*, Cit., 1971, p. 40; MACHADO, J. BAPTISTA, *Lições de Direito*

The place of the central administration has the closest connection to the company's life. Thus, it protects the principle of trust since, as a general rule, when the third party has minimum knowledge of the activity and structure of the company, the central administration is able to determine which law applies to matters in the company's personal statute. This criteria reflects the integration of a company into the economy of a state. Consequently, the central administration ensures the irrelevance of constitutional cases of companies abroad with the intention of circumventing the laws of its own location. This ensures respect for the law and legal provisions of regulation of company activities within its territories, particularly the provisions which protect company creditors. As Baptista Machado points out, the most important decisions are usually made at the place of central administration - decisions that may affect the life of the company and even the lives of those who interact with it<sup>92</sup>. However, it is true that, without access to information about the company's life, the central administration can be as difficult to determine as the statutory seat, in the same circumstances of lack of information. In addition, this criterion is difficult to apply to groups of companies that have subsidiaries directly administered abroad or in situations where the company's management has a certain delocalized nature, with managers located in different States and new technologies used for communication<sup>93</sup>. At least in the second case of delocalized administration, it seems that the principle of proximity will be applied with the help of location indicators of the decision-making process<sup>94</sup>. In comparison, when the company's decision-making bodies operate in different countries, it will be determined based on the place of the last decision<sup>95</sup>.

In some legal orders, it is possible to transfer the corporate seat of a commercial company to another State, while maintaining its legal personality. In this case, the transfer of the corporate seat to another State creates a succession of statutes which changes the law applicable to matters of the company's personal status, preserving its legal entity.

Therefore, it is possible that, with the transfer of the corporate seat to another State, the law of the first seat imposes the company's extinction, entailing the establishment of a new company under the law applicable to the new corporate seat.

---

*Internacional Privado*, Cit., p. 346; SANTOS, A. MARQUES DOS, *Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional privado e em Direito Internacional Público*, Almedina, Coimbra, 1985, pp. 65-66. Dário Moura Vicente, by reference to German authors and jurisprudence, distinguishes between the place where the fundamental decisions of the company are converted into acts of day-to-day management from the place where the company's will is formed, identifying the central administration with the first: VICENTE, D. MOURA, «Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais», Cit., p. 97. On this last distinction, v. PINHEIRO, L. LIMA, *Direito Internacional Privado, Direito de Conflitos Parte Especial*, Vol. II, 2012, Almedina, pp. 156-157.

<sup>92</sup> MACHADO, J. BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Cit., p. 346.

<sup>93</sup> Situations identified by PINHEIRO, L. LIMA, *Direito Internacional Privado, Direito de Conflitos Parte Especial*, Cit., pp. 158-159.

<sup>94</sup> Even in cases where is not possible to establish the place where the company's board of directors operate, usually it is possible to establish the place where the general assembly meets.

<sup>95</sup> With the same opinion, see PINHEIRO, L. LIMA, *Direito Internacional Privado, Direito de Conflitos Parte Especial*, Cit., p. 157; SANTOS, A. MARQUES DOS, *Direito Internacional Privado, Sumários*, Cit. pp. 125-125. If the main administration bodies of the company are located in different countries, LOUSSOUARN, Y/BOUREL, P./VAREILLES-SOMMIÈRES, P., *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> Ed., Dalloz, Paris, 2007, pp. 968-969, give the indication that the French jurisprudence gives priority to the place where the board of directors meets over the place where the general assembly meets. In the same direction see BATIFFOL, H./LAGARDE, P., *Droit International Privé*, Cit., p. 339, n. 6.

Now, it is easy to conclude that, when the company's real composition stays the same, the solution will not entail any advantages to the company, which is interested in maintaining its legal personality, even if there is a succession of laws applicable to on matters of the corporate statute.

Therefore, some national conflict-of-laws, like those of Portugal and Spain, allow for the possibility of a seat transfer from a commercial company to another State, all the while maintaining its legal personality so long as it is allowed by the laws of both the old and the new seat. The reverse movement of the transfer of seat of a commercial company from a foreign state with legal personality maintained is also authorised, as long as the laws of the old and of the new seat allow it.

### 1. The Portuguese Case

In the Portuguese conflict-of-law rule, the law that rules the personal statute of commercial companies is established in Article 3 of the Code of Commercial Companies. Article 3, Section 1 establishes the personal law of the commercial company to be the law of the place of the main and effective seat, otherwise known as the place of the central administration. The personal law of the commercial company includes matters related to the constitution as well as to the existence and extinction of the commercial company. Namely, matters related to the constitution include the operation and powers of the corporate bodies (where the acquisition of legal personality will be held according to personal law), the legal capacity defining the company's limits of action arising from this capacity, the representation by the company's bodies, the liability of the legal person, its bodies and its members of third parties, and finally, the ways of acquiring and losing partners and their rights and duties.

However, the Portuguese Code of Commercial Companies allows for a breach in the application of the law of the statutory seat. This rule is only relevant when the real seat and the statutory seat are located in different States. According to Article 3, Section 1, 2<sup>nd</sup> part, a commercial company with its statutory seat in Portugal cannot impose a non-Portuguese law on third parties. This means that in external relations (with third parties) and whenever the company has its statutory seat in Portugal, if the law at the place of central administration is a foreign law, this law cannot be invoked against third parties. It is possible to conclude that this rule will only be applied when the statutory seat is located in Portugal, maximising and favouring the application of the Portuguese law in these cases. Analysing the rule, a bilateralisation of it does not seem to be possible where the legislator chooses not to give the possibility of applying the same provision when the statutory seat is located in a foreign country<sup>96</sup>. In addition, in such cases, Portuguese law will only apply to external relations (with third parties), and not to the company's internal relations (between partners and between partners and the company). According to Rui Moura Ramos, this is a substantive rule of private international law, justified by the protection of appearance<sup>97</sup>. As a company's seats, according to its statutes, are located in a certain country, third parties interacting with that particular company may believe that

---

<sup>96</sup> Sharing the same opinion, see CORREIA, A. FERRER, "O Direito Internacional Privado português e o princípio da igualdade", *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 449, n. 78; RAMOS, R. MOURA, "Aspectos recentes do Direito Internacional Privado Português", *Das Relações Privadas Internacionais, Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 110; SANTOS, A. MARQUES DOS, *Direito Internacional Privado, Sumários*, Cit., p. 128. With a different opinion considering the bilateralization of the rule, PINHEIRO, L. LIMA, *Direito Internacional Privado, Direito de Conflitos Parte Especial*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 137-138.

<sup>97</sup> RAMOS, R. MOURA, "Aspectos recentes do Direito Internacional Privado Português", Cit., p. 110.

its center of administration is also located there and that the company's life is governed by the law of that country<sup>98</sup>. Therefore, the objective is to protect the third party's trust by applying the law of the statutory seat whenever it is located in Portugal. The protection of the party's trust is not necessary in internal relations since the parties have all the information about the company's life.

Article 3, Sections 2 to 5 of the Portuguese Code of Commercial Companies, addresses the possibility of transferring the corporate seat to another State while maintaining its legal personality, following the solution already established in Article 33, Section 3 of the Civil Code.

Sections 2 and 3 of Article 3 refer to the transfer of the company's real seat (place of the central administration) from a foreign country to Portugal. In this case, Article 3, Section 2 allows the company to maintain its legal personality, provided that the previous personal law authorises it. This is a cumulative connection that determines the simultaneous application of two laws – the previous personal law and the Portuguese law. However, the maintenance of the company's legal personality can only happen when both laws agree. This agreement between both laws avoids the creation of flawed situations, ensuring that the continuity of the legal personality is accepted by both laws that have the closest connection to that legal person. Furthermore, the relevance of the previous personal law is also justifiable because when the state of the previous seat imposes the consequences of dissolution and liquidation, it intends to protect the creditors of the legal person while also protecting the local legal commerce<sup>99</sup>. Additionally, the rule establishes further requirements: it must adjust the company's contract according to the Portuguese law (Article 3, Section 3, *in fine*), and a company's representative must proceed with the registration of its contract.

Article 3, Section 4 of the Code of Commercial Companies establishes similar terms regarding the transfer of the main and real seat (place of the central administration) of a commercial company in Portugal to another state while maintaining its legal personality: the company maintains its legal personality so long as the new personal law authorises it. To that effect, however, there are also additional requirements established in Section 5 of the rule: the contract of the company must be changed and strictly followed as established by the Portuguese law; and the decision of transfer has to be taken by 75% of the shared capital. In accordance with the same legal provision, the partners that did not vote in favour of the seat transfer may be exonerated from the company so long as a prior notice is given within a period of 60 days following the publicity of such a decision<sup>100</sup>.

## **2. The Spanish Law**

According to Article 9.11 of the Spanish Civil Code, the personal law of the legal person will govern the legal capacity, constitution, representation, functioning, transformation, dissolution and extinction of the legal person, and this law will be the law of its

---

<sup>98</sup> *Idem, ibidem*, p. 109-110.

<sup>99</sup> As MACHADO, J. BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Cit., p. 348, refers regarding Article 33, Section 3, of the Portuguese Civil Code that has the same solution of the Code of Commercial Companies.

<sup>100</sup> It should be noted that according to Article 240, Section 1 (a) of the Code of Commercial Companies, and regarding the limited liability companies, the shareholder can exonerate from the company when, against his express vote, the company rules in favour of the relocation of the seat abroad. About this shareholder's right, see SOARES, M.A. BENTO, "A transferência internacional da sede social no âmbito comunitário", *Temas Societários*, Eds J.M. Coutinho de Abreu, IDET, Colóquios, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 62-64; ABREU, J.M. COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 107.

nationality. Spanish authors explain that the concept of nationality within the context of this rule is not to be confused with that used in regards to a natural person. However, it does mean that it will be seen as a Spanish legal person to which Spanish law is applied<sup>101</sup>. To determine the situations in which Spanish law will be applicable to commercial companies, it is necessary to analyse the Spanish Law of Limited Liability Companies (*Ley de Sociedades de Capital*).

Spanish Law of Limited Liability Companies establishes the criteria of incorporation to determine the *lex societatis*<sup>102</sup>, which will be the *lex contractus* under which the company was created (according to Article 8). To avoid pseudo foreign corporations, Article 9, Section 2 allows the application of Spanish law when the main establishment or main activity is located in Spanish territory. The authors emphasise the exceptionality of this rule considering its application in situations of fraud, where all the elements of that company are connected to Spain<sup>103</sup>.

Article 93, Section 1 of the *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles* allows the transfer of the company seat from Spain to another country. According to the legal disposition and under Spanish law, the transfer abroad of the domicile of a registered company may only be carried out if the State where the company is transferred allows for the preservation of the legal personality of the company.

Article 94 consents to the reverse movement by establishing, in Section 1, that the transfer to Spanish territory of the domicile of a company incorporated under the law of another Member State shall not affect the legal personality of the company. Unless otherwise provided in treaties or international agreements in force with Spain, transfers must comply with Spanish requirements regarding the constitution of types of companies. In particular, foreign capital companies that transfer their social domicile to Spain from a third State must justify, with the report of an independent expert, that their net assets cover the amount of the capital required by Spanish law. According to Section 2, the transfer to Spain of the domicile of companies incorporated under the law of other States implies the preservation of their legal personality, so long as the previous personal law allows it.

In conclusion, the transfer of the social domicile to another country or from another country to Spain while maintaining a company's legal personality depends on the application of the previous and new law that should allow the continuity of the company, without forcing its extinction and liquidation in the first State and its new constitution in the second State<sup>104</sup>.

## II. The EU Right of Establishment

---

<sup>101</sup> AAVV, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Eds. Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Javier Carrascosa González, Editorial Comares, Granada, 2017, p. 841; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 4ª Ed., Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 2017, p. 338.

<sup>102</sup> AAVV, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Cit., p. 841; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, Cit., p. 340-341, emphasizing however the disagreement of the Spanish authors regarding the determination of the *lex societatis*; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 7ª Ed., Civitas Thomson Reuters, Granada, 2013, p. 346.

<sup>103</sup> AAVV, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Cit., p. 845; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, Cit., pp. 340-341.

<sup>104</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, Cit., pp. 346-347.

Commercial companies enjoy the freedoms of the European Union, specifically the right of establishment, provided for in Article 49, in accordance with the conditions of Article 54 of the Treaty of Functioning of the European Union (TFUE).

Article 49, Section 1 of the TFEU prohibits restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State, including restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries. Section 2 of the same provision also elaborates that freedom of establishment covers: the right to take up and pursue activities as self-employed persons and to set up and manage undertakings, particularly companies or firms adhering to conditions established for nationals in the country of establishment.

For the purposes of Article 49, the term “companies” has a broad meaning according to Article 54 of the TFEU, which reads as follows: “Companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Union shall, for the purposes of this Chapter, be treated in the same way as natural persons who are nationals of Member States”. *Companies* refer to enterprises governed by civil or commercial law, including cooperative societies, and other legal persons governed by public or private law, other than non-profit organizations.

Then, given that each member state is free to establish the connecting factor to determine the personal law of the companies, how does the ECJ jurisprudence on freedom of establishment influences the personal status of the trading companies constituted under the law of a Member State with a registered office, central administration, or principle place of business in the Union? In addition, what will influence national rules of transfer, especially ones that allow for the maintenance of the legal personality of the company?

### **III. Repercussions of the ECJ Case-Laws Over the Transfer of the Company Seat**

3.1. Although the ECJ has repeatedly stated in various judgments that European Union law neither defines the personal law of commercial companies nor requires a necessary connection for each State to govern a commercial company under its law, it is undeniable that the ECJ case-laws on freedom of establishment influence the personal law defined by the conflict-of-law rules of Member States, in the context of intra-European Union companies. Intra-European Union companies have the right to the freedom of establishment as stipulated in Article 49 of the TFEU. Furthermore, according to Article 54 of the Treaty, those companies should be constituted in accordance with the law of a Member State and have their registered office, central administration or principal place of business in another Member State. Therefore, it can be concluded that national conflict-of-law rules maintain their total application in all non-intra-European Union companies without any restrictions from ECJ case-laws.

In all other situations, the national conflict-of-law rules have to be shaped in accordance with the ECJ jurisprudence. As stated in the *Polbud Case*<sup>105</sup>, the definition of the connecting factor that determines the national law applicable to a company or firm falls within the powers of each Member State in accordance with Article 54 TFEU<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> *Polbud — Wykonawstwo sp. z o.o.*, Case C-106/16, 25.10.17, ECLI:EU:C:2017:804.

<sup>106</sup> *Idem, ibidem*, § 35.



3.2. From the ECJ case-laws *Centros*<sup>107</sup> and *Inspire Art*<sup>108</sup>, in cases of intra-European Union companies, the use of the mechanism of *fraud à la loi* is restricted because even if a Member State is closely connected to a company in its central activities, the establishment of the constitution of the company in another State to avoid application of the law of the connected member state is still a legitimate exercise based on the principle of freedom. Therefore, the establishment of the constitution of the company in a Member State is allowed if chosen by the company partners, for it can fall under state law most favourable to the company.

The *fraud à la loi* is ruled in several national legal orders<sup>109</sup> and implies the creation of a factual situation or a *de iure* situation, which serves as a foundation for the connection of the conflict-of-law rule, to avoid the application of the competent law and, thus, to achieve a result not allowed by the law applicable in the absence of fraud<sup>110</sup>. The disapproval of the cases of *fraud à la loi* is based on the principle of good-faith, and the consequence is the disregard for the artificially created factual, or *de iure*, situation as well as the application of the competent law. Certain cases of artificial internationalization of the legal person stand out as examples of *fraud à la loi*. One such case includes the artificial internationalization of a purely internal legal person, done so by the establishment of a statutory seat in another country whereas that seat is relevant in determining the personal law<sup>111</sup>.

*Centros* is another case of artificial creation of a *de iure* situation intended to avoid the application of the law which had relevant connections to the company, this case being under Danish law. According to the *Centros* judgement, creating a company in a Member State to avoid applying the law of another Member State with a close connection to that company, and in whose territory the company wants to develop all its activities, is considered a legitimate exercise of the principle of freedom of establishment<sup>112</sup>. The ECJ ruled that because a national of one Member State chooses to constitute a company in a Member State with less restrictive law and establishes branches or agencies in other Member States, it is neither an abuse of the right of establishment nor is it abusive or fraudulent behaviour. This includes the fact that the company does not exercise any activity in the Member State in which it has its statutory seat and that all of its activities are developed in the Member State in which the company has its branch<sup>113</sup>.

This is the case even if the company's main activity is developed by corporate branches and the company does not develop any activity in the State of constitution. In this context, companies may benefit from the most advantageous and favourable commercial company

---

<sup>107</sup> *Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Case C-212/97, 09.03.1999, CJ 1999, p. I-01459.

<sup>108</sup> *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, Case C-167/01, 30.09.2003, CJ 2003, pp. I-10155.

<sup>109</sup> Like in Article 21 of the Portuguese Civil Code.

<sup>110</sup> About the concept and sanction of the *fraud à la loi*, see AUDIT, B., *Droit International Privé*, 4<sup>e</sup> Ed. Economica, Paris, 2006, pp. 192-202; BATIFFOL, H./LAGARDE, P., *Traité de Droit International Privé*, Tome 1, 8<sup>e</sup> Ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 594-601; BUCHER, A./BONOMI A., *Droit International Privé*, 2<sup>e</sup> Ed., Helbing & Lichtenhahn, Zürich, 2004, pp. 105-106; BUREAU, D./WATT, H.M., *Droit International Privé*, Tome I, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, pp. 421-423; LOUSSOUARN, Y./BOUREL, P./VAREILLES-SOMMIERES, P., *Droit International Privé*, 9<sup>e</sup> Ed., Dalloz, Paris, 2007, pp. 362-369; MAYER, P./HEUZE, V., *Droit International Privé*, 9<sup>e</sup> Ed., Montchrestien, Paris, 2007, pp. 191-195.

<sup>111</sup> CORREIA, A. FERRER, *Lições de Direito Internacional Privado*, Cit., p. 423.

<sup>112</sup> *Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Cit., §26-27.

<sup>113</sup> *Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Cit., §29; *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*, Cit., § 95-98. This had already been stated in the ECJ decision *D. H. M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, Case 79/85, 10.06.1986, §16.

legislation within the territory of the European Union and in accordance with the principle of freedom of establishment. Of course, this is a source of competition between the European legal orders, which may bring about differences in approaches to company legislation among Member States. In the long run, this can create advantages that result from artificially created connections. In conclusion, the Member States cannot use the argument of *fraud à la loi* to restrict the freedom of establishment because the companies can freely be constituted and develop their main activities through any agency, branch or subsidiary in another Member State.

This also implies that under the concern of intra-European Union companies, Article 9, Section 2, of the Spanish Law of Limited Liability Companies will not be applicable if the company was constituted according to a law of a Member State, even if all the elements and activities of the company are related to Spain.

Aside from the *Polbud* case, the ECJ stated that if a company has decided to transfer its statutory seat to another Member State without transferring its real seat, for example, to enjoy more favorable legislation, it falls within the scope of Articles 49 and 54 of the TFEU and, therefore, does not constitute an abuse<sup>114</sup>. As a result, the Member State of origin cannot impose any conditions more restrictive than those that apply to the conversion of a company within the Member State itself to prevent or deter the concerned company from undertaking a cross-border conversion. Thus, the Court ruled that even though the original Member State allowed the transfer of a statutory seat to another Member State, it imposed the liquidation of the company. This implies the completion of current business, recovery of debts owed to the company, performance of its obligations, sale of its assets, satisfaction or security of its creditors, submission of a financial statement on the conduct of that process as well as the indication of where books and documents on the company in liquidation are to be deposited. Taking these facts into consideration, the Court concluded that the national legislation of the State of origin was liable to impede or to prevent the cross-border conversion by requiring the liquidation of the company, and thus, this was a restriction on the freedom of establishment<sup>115</sup>.

3.3. In addition, the judgements of *Centros* and *Inspire Art* also recognize the principle of mutual recognition of companies constituted by the law of a Member State, meaning that they would be recognized in the other Member State. This decision may imply an adaptation of the application of national conflict-of-law rules, like Article 3, Section 1 of the Portuguese Commercial Company Code, which establishes the application of law at the place of the central administration.

Therefore, the law of the place of incorporation shall be applied to the constitution of these companies and to related matters (the release of a minimal share capital or the liability of the administrators in cases without constitution requirements – matters decided in the *Centros* and *Inspire Art* cases), even if the real seat (place of the central administration) is located elsewhere. In such cases, it should be recognized that there is no transfer of a corporate seat because there is no succession of personal law. Therefore, the place of incorporation is relevant to the valid constitution of the company and related issues because these ECJ decisions have had an impact on the conflict-of-laws rules of Member States, such as Article 3 of the Portuguese Commercial Company Code, which

---

<sup>114</sup> *Polbud — Wykonawstwo sp. z o.o.*, Cit., § 41-43.

<sup>115</sup> *Idem, ibidem*, § 49-51. In the case the Court considered that the objective of protecting the interests of creditors, minority shareholders and employees could be achieved by a less restrictive measure than the mandatory liquidation, like the provision of bank guarantees or other equivalent guarantees: *idem, ibidem*, § 58-65.

does not establish the place of incorporation as *lex societatis*. Thus, the principle of freedom of establishment imposes the principle of mutual recognition in intra-European Union companies. As Marc Fallon argues, the principle of freedom of establishment limits the application of the criteria of a real seat (place of the central administration) in favor of the criteria of incorporation in intra-European Union companies<sup>116</sup>, at least in regards to the matters decided in the *Centros* and *Inspire Art* cases.

On these matters, and in relation to the national laws that consider the place of central administration as the personal law of the company, there is a sort of *depeçage* between the law of the place of incorporation and the law of the place of the real seat, forcing a segmentation of the corporate statute. The ambiguity in the boundaries between the areas of legal application of incorporation and of central administration leads to legal insecurity in these legal orders. Therefore, interest in the unity and stability of the personal statute in those national laws, like the Portuguese law, is lost. This can lead to regulatory antinomies between the laws applicable to different portions of the personal statute and a lack of uniformity in the valuation of the same cases inside the same legal order (which will be different if it is a intra-European Union company or not one).

For example, for the purposes of Article 3 of Commercial Company Code, with respect to these intra-European Union companies, on matters of constitution and related matters (such as the release of a minimal capital share), the law of the place of incorporation shall be applied when the company has a branch in Portugal, to guarantee the principle of freedom of establishment, even if the main activity is developed and its central administration is located in Portugal.<sup>117</sup>

As judged in the *Centros* and *Inspire Art* cases, the principle of freedom of establishment limits the application of the criteria of the place of central administration in intra-European Union companies and favours the criterion of incorporation<sup>118</sup>. However, on all matters not related to the recognition of a intra-European Union company, the national conflict-of-law rules reacquire their full scope of application and, in the case of Article 3 of the Portuguese Commercial Company Code, the law of the place of central administration shall be applied.

3.4. Another conclusion that results from ECJ jurisprudence, namely from the *Daily Mail*<sup>119</sup> and *Cartesio*<sup>120</sup> cases, is that Member States may require specific conditions for the transfer of seats (in this case, real seats) to outside their territories, so long as it is done without infringing on the principle of freedom of establishment. Meanwhile, the company will maintain its legal personality as well as certain qualities of the Member State whose

---

<sup>116</sup> FALLON, M., “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L’expérience de la Communauté Européenne”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, t. 253, 1995, p. 178.

<sup>117</sup> VICENTE, D. MOURA, “Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais”, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 104; *idem*, “Liberdades Comunitárias e Direito Internacional Privado”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69 III/IV, 2009, pp. 754-755.

<sup>118</sup> With the same opinion, see SOARES, M.A. BENTO, “A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia”, *Temas de Integração*, n.ºs 15 e 16, 2003, pp. 292 et ss. and p. 320; VICENTE, D. MOURA, “Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais”, *Cit.*, pp. 104-105; *idem*, “Liberdades Comunitárias e Direito Internacional Privado”, *Cit.*, p. 755.

<sup>119</sup> *The Queen v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, Ex Parte Daily Mail and General Trust PLC*, Case 81/87, 27.09.1988, ECR 1988-05483.

<sup>120</sup> *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Case C-210/06, 16.12.2008, ECR 2008 I-09641.

law governed its constitution prior (*Daily Mail* and *Cartesio cases*)<sup>121</sup>. Each Member State is therefore free to determine the connection required for the attribution and maintenance of the legal personality as well as the maintenance of the company according to its law.

The issue of the existence of an intra-European Union company precedes that of the exercise of the freedom of establishment. The *Cartesio* case clarifies that a certain State may require specific conditions for the relocation of a corporate seat without violating the right to freedom of establishment. This is only allowed in cases of the transfer of a corporate seat to one different than that of its incorporation while maintaining the statute of company of the State of the constitution<sup>122</sup>. This is so because the preservation of the link between the State of constitution upholding the quality of the Member State's company (whose law governed its incorporation) is at stake.

This is not a case covered by a conflict-of-law rule like Article 3 of Portuguese Commercial Companies Code because according to this rule, the relocation of the real seat outside Portugal implies a succession of statutes (a succession of *lex societatis*). This is the result of the personal law becoming the law of the new central administration. In such cases, even if the company was constituted in Portugal, the Portuguese law shall not be applied as *lex societatis* since the company is outside the jurisdiction of Portuguese law. This also seems to be the case in Article 93, Section 1 of the Spanish *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*.

3.5. However, the circumstance differs in the *Cartesio* decision, where a company wants to transfer its seat to another Member State different from the State of its constitution to have its corporate life governed by the law of the new seat and obtain a new *lex societatis*<sup>123</sup>. Because the issue at stake is not maintaining a connection with the old personal law, the ECJ decided that the previous *lex societatis* can neither restrict the transfer of the seat nor impose the dissolution or liquidation of the company<sup>124</sup>. This is a different situation because the company wants to transfer to another State, but the corporation is subject to the law of the new seat. It will not maintain a connection with the law at the place of the constitution. In contrast, there will be a succession of statutory laws: corporate life will be governed by the new personal law, and the previous *lex societatis* can neither prevent this succession of statutes nor can it settle conditions because that law will no longer be connected to the company.

With respect to this topic, Article 3, Section 4 and Section 5, allows a company to transfer its seat from Portugal to another country while maintaining its legal personality without imposing any restriction that hinders the transfer or affects the right of establishment, such as the liquidation or dissolution of the company. However, to keep that personality, the rule requires the agreement of the law of the new seat. This is also the solution of Article 93, Section 1, of the Spanish *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*. As stated previously, in cases of intra-European transfer and with respect to this last point, other Member States must recognize the legal personality of these companies.

---

<sup>121</sup> *The Queen v. HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, Ex Parte Daily Mail and General Trust PLC*, Cit., §24 e 25; *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Cit., § 109-110. This was restated by the ECJ in the decisions *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, Case C-371/10, 29.11.2011, §26 and *VALE Építési kft (Vale)*, Case C-378/10, de 12.07.2012, §28.

<sup>122</sup> *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Cit., § 124.

<sup>123</sup> *Idem, ibidem*, § 111.

<sup>124</sup> *Idem, ibidem*, § 113.

3.6. Another conclusion from the ECJ jurisprudence, namely the *Überseering* decision<sup>125</sup>, is that in the case of the seat transfer of a company from one Member State (law of the real seat) to another, the host State must recognize the legal capacity of the company and consequently its legal personality<sup>126</sup>, because it is not possible to have one without the other.

There is a restriction on the application of the law of the host State, as the new law of the personal statute (*lex societatis*) concerns matters of legal capacity and legal personality. Therefore, in cases of seat transfer, the host State has a duty of mutual recognition of the legal personality and the legal capacity of an intra-European Union company, which were already recognized by the previous personal law.

It can be concluded from the *Vale* decision that the exercise of freedom of establishment is favourable to the cross-border transfer of intra-European companies. This implies that the host State has the obligation of accepting the transfer of companies from another Member State. This is based on the principle of equivalence and on the principle of effectiveness. It was also found in this judgment that whenever there is a succession of personal laws, the host state can neither prevent nor hinder the transformation of a company governed by the law of another Member State into a company governed by its national law<sup>127</sup>. This implies that the host State has the obligation of accepting the transfer of companies from another Member State.

On this matter, the first part of Article 3, Section 2 of the Portuguese Commercial Companies Code is in accordance with ECJ case-law because it recognises the legal personality (and consequently the legal capacity) of a company that relocates its seat to Portugal.

However, it is possible to question whether or not the national law of the host State that imposes a change of the corporate statutes, according to its own law, respects the principle of freedom of establishment. This is, for example, one of the requirements of Article 3, Section 2, of the Commercial Companies Code, which imposes the change of the corporate statutes according to Portuguese law. According to the ECJ judgement in the *Vale* case, the answer seems positive. In this decision, the ECJ ruled that the cross border transfer, which imposes a change of applicable law to the corporate statute, implies that corporate life is then covered by the law of the host State and its range of influence<sup>128</sup>. Therefore, it judged that this State has “(...) the right to apply the rules of its national law about the internal modifications that rule the formation and functioning of a company”<sup>129</sup>. However, the application of national law must first and foremost respect the criterion of equivalence and the criterion of effectiveness<sup>130</sup>.

The principle of equivalence implies that cross-border operations are subject to the same conditions as internal operations<sup>131</sup>, like the national rules on internal modifications on the constitution and operation of a company. This seems to be the case in Article 3, Section 2 of the Commercial Companies Code because in modifying any company

---

<sup>125</sup> *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Case C-208/00, 05.11.2001, ECR 2002 I-09919.

<sup>126</sup> *Idem, ibidem*, §82.

<sup>127</sup> *VALE Építési kft*, Cit., § 59-61.

<sup>128</sup> *VALE Építési kft*, Cit., § 51.

<sup>129</sup> *Idem, ibidem*, §62, in the case, requirements of a balance sheet and an inventory of assets.

<sup>130</sup> *Idem, ibidem*, § 56.

<sup>131</sup> *Idem, ibidem*, § 56.

governed by national law, it must harmonise its corporate statute according to Portuguese law.

Likewise, the principle of effectiveness implies that the procedures concerning the transfer of the company to the host country, imposed by that country's law, cannot prevent the company from proving that the transfer was regularly held according to the law of the original Member State<sup>132</sup>. This requirement is not related to the harmonisation of the corporate statutes with Portuguese law as established by Article 3 of the Commercial Companies Code.

It does seem that the requirement of the commercial company to harmonise its corporate statutes according to the law of its host country (as happens in the Portuguese law) is not an obstacle to the principle of freedom of establishment. In fact, in the case seat relocation, for the purposes of Article 3, Section 2, there is a succession of different personal laws, and as a result, the corporate life will be governed by a different law, a new *lex societatis*. In the *Vale* decision, the ECJ states that, in the host Member State, a cross-border conversion leads to the incorporation of a company according to the law of the host Member State<sup>133</sup>. This indicates that in the case of a company's transfer to Portugal, the company is governed by Portuguese law (with respect for the limits abovementioned) and must adjust its corporate statutes according to this law<sup>134</sup>. This conclusion can also be applied to Article 94 of the Spanish *Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, which allows the transfer of a company to Spain without affecting the company's legal personality, if the previous personal law allows it, and with the requirement of adjusting corporate statutes to Spanish law. This seems to be the most suitable solution in accordance with the *Cartesio* and *Vale* decisions and the solution that best protects the interests of the host State.

#### **IV. Conclusion**

The ECJ case-laws on the right of establishment in commercial companies are not always clear and are often dissatisfying because they resort to situations which are not identical in justifying certain solutions. As an example, in the *Inspire Art* case, a reference is made to the *Daily Mail* case, where in the latter situation, it is possible to pinpoint a company seat transfer, but this does not exist in the first case. It seems that this absence of a clear definition of the differences between the situations decided by the ECJ has generated confusion and contrasting opinions among authors.

Although the ECJ has repeatedly stated in the various judgments that European Union law defines neither the personal law of commercial companies, nor the connection necessary for each State to consider a commercial company to be governed by its law, it seems undeniable that the ECJ jurisprudence on matters of freedom of establishment influences the personal law defined by the conflict-of-law rules of the Member States

---

<sup>132</sup> *Idem, ibidem*, §59-61.

<sup>133</sup> *Idem, ibidem*, § 51.

<sup>134</sup> As referred by Dário Moura Vicente, «Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais», Cit., p. 113, there is a relevant social interest that may justify an eventual restriction on principle of freedom of establishment related with the social costs implied in the existence and operation in national territory of companies entirely governed by a foreign legal order, meaning uncertainty about the applicable rules and the additional costs for obtaining information about those rules, that would be a superior cost than the ones resulting from the adjustment of the corporate statutes to the law of the host State.

within the context of intra-European Union companies. This requires some adaptations of the national conflict-of-law rules concerning the intra-European Union companies. Nevertheless, it must be recognised that these ECJ case laws enhances the transferring mobility of companies from a Member State to another Member State while maintaining their legal personality, even if the *lex societatis* changes. This approach safeguards the interest of society in preserving the continuity across borders. It is also easier for companies or company partners to take advantage of the most favourable laws of the Member States without being considered fraudulent. This legislative competition between the legal orders of the Member States favoured by the principle of freedom of establishment may result in a convergence in approaches to company legislations by Member States, which would be a positive outcome.





## **PROFESIONALES DOMICILIADOS FUERA DE LA UE DIRIGIENDO SUS ACTIVIDADES COMERCIALES O PROFESIONALES A ALGÚN ESTADO MIEMBRO Y EL CASO DE LOS CONSUMIDORES ‘DE VACACIONES POR LA UE’: APLICACIÓN DE UNA LEY EXTRANJERA VS. APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONSUMO**

**María Campo Comba\***

**Resumen:** El art. 6 Roma I que determina la ley aplicable a los contratos de consumo no asegura en todos los casos la aplicación de las Directivas europeas en materia de contratos de consumo, incluso cuando dicha aplicación resulta necesaria. Por tanto, es necesario reflexionar sobre las posibilidades de determinación del ámbito de aplicación de dichas Directivas, con el objetivo de buscar la técnica más adecuada de derecho internacional privado (DIPr.) que asegure los valores de DIPr. actual a la vez que la protección al consumidor y el buen funcionamiento del mercado interior. Tras dicha valoración, este estudio plantea pequeñas propuestas a corto plazo con el objetivo de coordinar la regulación existente.

**Palabras clave:** Reglamento Roma I– Directivas europeas en materia de consumo– normas con incidencia en la ley aplicable– leyes de policía – disposiciones imperativas internas.

I. INTRODUCCIÓN.- II. SITUACIÓN ACTUAL EN REFERENCIA A LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONSUMO Y EL REGLAMENTO ROMA I: NECESIDAD DE ADAPTACIÓN AL MERCADO INTERIOR. 1. El art. 6 Roma I y los consumidores ‘de vacaciones por la UE’. 2 La existencia de normas con incidencia en las Directivas europeas de consumo y su discutida necesidad.- III. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONSUMO EN SITUACIONES EXTRACOMUNITARIAS. 1. Determinación mediante el método de DIPr. Tradicional seguido por el Reglamento Roma I. 2. Determinación mediante el método de DIPr. Unilateral a través de las propias Directivas. 3 Reflexión.- IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I EN MATERIA DE CONSUMO. V. CONCLUSIÓN

### **I. INTRODUCCIÓN**

En el contexto de la Unión Europea (UE), el caso en el que un consumidor francés celebra un contrato con un profesional alemán (situación intracomunitaria, siempre y cuando el resto de los elementos del caso se sitúen también en la UE) es diferente al caso de un consumidor francés celebrando un contrato con un profesional mexicano (situación extracomunitaria). Sin embargo, el Derecho internacional privado (DIPr.) de la UE no siempre reconoce dicha distinción: el Reglamento Roma I<sup>1</sup> contiene una norma de

---

\*Candidata a Título de Doctorado en Derecho en la Universidad de Groninga (Países Bajos).

conflicto especial para determinar la ley aplicable a los contratos de consumo (art. 6 Roma I) y no diferencia entre las dos situaciones citadas. Además, debido a su ámbito de aplicación limitado, el art. 6 Roma I contiene ciertas lagunas que pueden llevar a la aplicación de la ley de un tercer Estado a ciertos contratos de consumo con consumidores residentes en algún Estado miembro y que el mercado interno intenta proteger. En dichos casos, la aplicación de la protección ofrecida por las Directivas europeas en materia de consumo es evitada.

Las inconsistencias existentes se comprenden mejor una vez aceptado que el Derecho de la UE y el DIPr. tienen diferentes puntos de partida y objetivos. Mientras que las Directivas europeas de consumo persiguen el buen funcionamiento del mercado interior y establecer un estándar de protección al consumidor común entre los Estados miembros, el actual DIPr. se basa en diferentes valores. El sistema tradicional de DIPr. ideado por Savigny consiste en resolver un conflicto de leyes llevando la relación jurídica ‘a casa’, con una norma de conflicto neutra que encuentra el ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con la relación jurídica en cuestión.<sup>2</sup> La ley aplicable resultante sería la misma independientemente del foro donde se conociera el caso, debido a la norma de conflicto multilateral con factores de conexión neutros, lo cual fomentaría la seguridad jurídica de las partes.<sup>3</sup> El DIPr. de la UE y el Reglamento Roma I siguen este sistema, aunque otros valores y principios han sido añadidos: a fin de proteger importantes valores sociales de derecho material, como la protección de las partes contractuales débiles, las normas de conflicto refieren a la ley de país que debiera tener el interés más fuerte en la aplicación de su ley (por ejemplo, el art. 6 Roma I refiere a la ley del país de residencia habitual de consumidor, ley con la que dicho consumidor será más familiar); también, el principio de la autonomía de la voluntad es generalmente aceptado, especialmente en el área de derecho de contratos, lo que significa que otro factor de conexión es la libre elección de las partes (la cual, en algunos casos, como en el de partes contractuales débiles, debe ser limitada para evitar abuso).<sup>4</sup>

Sin embargo, valores referentes al mercado interior de la UE no están suficientemente reflejados en el Reglamento.<sup>5</sup> Puede ser que, en algunos casos especiales, las normas de

---

<sup>1</sup> Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) OJ L 177/6.

<sup>2</sup> AGUILAR GRIEDER, H. "Desafíos Y Tendencias En El Actual Derecho Internacional Privado Europeo de Los Contratos", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 23, 2004, pp. 23-48, 34-35; VON SAVIGNY, F. K., *Private International Law. A Treatise on the Conflict of Laws, And the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time (Translated by William Guthrie)*, T & T Clark, 1869, pp. 34-37.

<sup>3</sup> Alguna literatura en referencia a métodos de DIPr.: JUENGER, F.K., *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993; BATIFFOL, H. y LAGARDE, P., *Droit International Privé* 7ª edición, Librerie générale de droit et jurisprudence, París, 1981; NUSSBAUM, A., *Principles of Private International Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1943; AUDIT, B., *Droit International Privé*, 6ª edición, Economica, París, 2010; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7-32.

<sup>4</sup> DE BOER, T.M., "Facultative Choice of Law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1996, p. 279.

<sup>5</sup> Es cierto que el Reglamento Roma I, con el objetivo de adaptarse a las necesidades del mercado interior, incluye el art. 3.4 Roma I como un límite a la autonomía de la voluntad de las partes: "Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo." Sin embargo, dicho precepto no parece suficiente, ya que no puede ser utilizado para justificar la aplicación de las disposiciones imperativas de las Directivas europeas de consume cuando no todos los elementos están en la UE. El art.

conflicto de Roma I deban tener en cuenta los objetivos del mercado interior para asegurar la coordinación entre los instrumentos de DIPr. y Derecho de la UE, y así designar correctamente la ley aplicable a los contratos de consumo cuando la protección garantizada por las Directivas europeas de consumo está en juego.

En este contexto, para poner en evidencia dicha necesidad de coordinación y adaptación, este estudio se centra en un solo aspecto de la norma de conflicto que da lugar a una laguna en la protección a ciertos consumidores, que quedan fuera del alcance del art. 6 Roma I y cuyos contratos pasarán a regirse por las normas generales, pudiendo ser aplicable una ley de un tercer Estado y evitando así la aplicación de la protección garantizada por las Directivas europeas sobre contratos de consumo. Es el caso de los consumidores ‘de vacaciones por la UE’: una empresa establecida fuera de la UE, que dirige algunas de sus actividades a un Estado miembro. Un consumidor de vacaciones en dicho Estado miembro, pero con residencia habitual en otro, celebra un contrato con esa empresa. Si el contrato contiene una cláusula de elección de ley a favor de la ley de un tercer Estado, ésta sería la aplicable al contrato, ya que el contrato no entra en el ámbito de aplicación del art. 6 Roma I (aplicable cuando el profesional dirige sus actividades profesionales al estado de residencia del consumidor) y por tanto las normas de conflicto generales del Reglamento Roma I resultarían aplicables (art. 3 Roma I: libre elección de ley de las partes).

Es decir, se daría el caso de una empresa domiciliada fuera de la UE, que dirige alguna de sus actividades a la UE y que, sin embargo, cuando lo hace, no está obligada a garantizar la mínima protección al consumidor europeo requerida por las Directivas europeas de consumo, ya que dicho consumidor está de vacaciones en dicho Estado miembro, mientras que su residencia habitual está en otro Estado miembro. Por tanto, es un problema en el ámbito de aplicación territorial del art. 6 Roma I, que, siendo un instrumento de DIPr., no tiene en cuenta la existencia del mercado interior europeo en este caso.

Varias cuestiones surgen de esta (aparentemente) simple problemática:

En primer lugar, ¿debiera el DIPr. de la UE, y, en este caso, el Reglamento Roma I, adaptarse mejor a las necesidades del mercado interior? ¿Es necesario que el Reglamento Roma I deje de lado la “neutralidad” que caracteriza a nuestro sistema de DIPr. en favor de la protección de consumidor europeo frente a empresas no europeas? Desde el punto de vista de nuestro DIPr., las normas de conflicto son preferentemente de naturaleza multilateral (o bilateral), designando la ley aplicable independientemente de que ésta sea la ley del foro o una ley extranjera; es decir, promueven la igualdad entre diferentes sistemas jurídicos. Sin embargo, en algunas ocasiones, debido a la importancia de las cuestiones en juego, es necesario que la norma de conflicto sea de carácter unilateral, designando los casos en el que el derecho doméstico es necesariamente aplicable, e ignorando la aplicación del derecho extranjero. El art. 6 Roma I es de carácter multilateral, como la mayoría de las normas de DIPr. de la UE, si bien es cierto que el factor de conexión favorece a la aplicación de la ley que se supone tiene más interés en ser aplicable (residencia habitual del consumidor), y limita la autonomía de la voluntad permitiendo solamente elegir una ley que no perjudique al consumidor en comparación con la ley del estado de su residencia habitual. ¿Podría el art. 6 Roma I tomar cierto carácter unilateral e imponer la aplicación de la protección de las Directivas europeas en materia de contratos de consumo en determinados casos sin tener en cuenta la aplicación del derecho

---

3.4 Roma I ha sido cuestionado, ya que parece no cumplir su función de coordinación con el Derecho de la UE al no cubrir ninguna situación extracomunitaria. AGUILAR GRIEDER (n 1) 34–35.

extranjero? ¿O deberían las normas imperativas de las Directivas europeas en materia de consumo ser consideradas leyes de policía y ser aplicables independientemente de la ley objetivamente aplicable en virtud del art. 9 Roma I?

En segundo lugar, hay Directivas europeas de consumo que contienen una norma que determina la aplicación de sus normas cuando las partes eligen la ley de un tercer Estado como aplicable y la situación está estrechamente vinculada con el territorio de la UE. ¿Favorecen estas normas la protección del consumidor? ¿Son necesarias? Las inconsistencias que crea la existencia de este tipo de normas requiere que, o bien se regulen de manera consistente, o bien dejen de existir y sea Roma I el que determine la aplicación de la correspondiente Directiva europea.

Finalmente, independientemente de las diferencias entre puntos de partida y objetivos de Derecho de la UE y el DIPr., lo fundamental es la seguridad jurídica y el respeto a las expectativas legítimas de las partes contractuales, y por tanto el DIPr. de la UE debe encontrar un balance entre los principios y técnicas tradicionales de DIPr. y los principios y objetivos de Derecho de la UE.

Por tanto, partiendo de caso del consumidor ‘de vacaciones por la UE’, este artículo analizará, en primer lugar, la situación actual en referencia a la coordinación entre las Directivas europeas en materia de contratos de consumo y el art. 6 Roma I. En segundo lugar, las posibilidades de determinación del ámbito de aplicación de las Directivas europeas en materia de contratos de consumo serán examinadas, con el objetivo de buscar la técnica más adecuada de DIPr. que asegure los valores y objetivos perseguidos por el DIPr. actual a la vez que la protección al consumidor y el buen funcionamiento de mercado interior. Finalmente, pequeñas propuestas a corto plazo son sugeridas en este sentido, con el objetivo de adaptar y coordinar la regulación existente.

## **II. SITUACIÓN ACTUAL EN REFERENCIA A LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONSUMO Y EL REGLAMENTO ROMA I: NECESIDAD DE ADAPTACIÓN AL MERCADO INTERIOR**

### **1. El art. 6 Roma I y los consumidores ‘de vacaciones por la UE’**

El art. 6 Roma I es la norma de conflicto especial que determina la ley aplicable a los contratos de consumo. En ausencia de elección de ley por las partes, la ley del estado de residencia del consumidor será aplicable al contrato, y, en caso de elección de ley aplicable, ésta se ve limitada: la elección de ley solo será efectiva con la condición de que la ley elegida por las partes ofrezca la misma o mayor protección al consumidor que las normas imperativas de la ley de su país de residencia. El art. 6 Roma I es aplicable a consumidores residentes tanto dentro como fuera de la UE (ámbito de aplicación universal), siempre que el contrato de consumo esté dentro de su ámbito de aplicación material y territorial. En cuanto a su ámbito de aplicación material, el consumidor debe ser una persona física actuando fuera de su actividad comercial o profesional, mientras que el profesional debe de actuar en ejercicio de su actividad profesional o comercial, el contrato encontrarse dentro del ámbito de estas actividades y no debe de encontrarse dentro de las excepciones mencionadas en el art. 6.4 Roma I. En cuanto al ámbito territorial, con el objetivo de asegurar la protección ofrecida al consumidor por la ley de su país de residencia solamente en casos en los que el profesional o el contrato tengan una conexión suficiente con dicho país, el precepto resulta aplicable cuando el profesional ejerce su actividad comercial o profesional en el país de residencia del consumidor, o por cualquier medio dirige dichas actividades a ese país (o a varios países, incluyendo ese).

Sin embargo, el ámbito de aplicación material y territorial del art. 6 Roma I es limitado en comparación con el ámbito de aplicación que las Directivas europeas de consumo intentan cubrir. En especial, una de las inconsistencias respecto al ámbito de aplicación del art. 6 Roma I en comparación con la intención de las Directivas europeas de consumo se refiere al caso de los consumidores que se desplazan en la UE.<sup>6</sup> Es decir, un consumidor residente en un Estado miembro A, que se desplaza por un breve periodo de tiempo al Estado miembro B, donde contrata con un profesional domiciliado en un tercer Estado que dirige sus actividades a dicho Estado miembro B. El art. 6 Roma I es aplicable cuando el profesional ejercita o dirige sus actividades al país de residencia del consumidor; sin embargo, en este caso, el profesional dirige sus actividades al Estado miembro A y el consumidor tiene su residencia habitual en el Estado miembro B, por lo que dicha situación está fuera de su ámbito de aplicación. El ejemplo más caro lo constituye la situación a la que nos referimos como el caso de los consumidores ‘de vacaciones por la UE’: imaginemos una empresa domiciliada en Marruecos, que dirige algunas de sus actividades al sur de España, organizando tours turísticos junto con algunas ofertas de venta de productos de estilo árabe. Un turista con residencia habitual en Alemania, de vacaciones en Andalucía, decide tomar parte de uno de estos recorridos, en el cual después del tour compra algunos muebles de estilo árabe en el evento de venta. Si el contrato contiene una cláusula de elección de ley a favor de la ley marroquí, ésta sería la ley aplicable a su contrato, ya que queda fuera de la protección del art. 6 Roma I: este artículo es aplicable cuando el profesional dirige sus actividades al país de residencia del consumidor, y en este caso el profesional dirige actividades a España y el consumidor reside en Alemania. De acuerdo con el art. 3 Roma I, la ley aplicable sería la ley marroquí, quedando por tanto el consumidor alemán, operando dentro del mercado de la UE, fuera de la protección de las Directivas europeas de consumo.

Cuando el contrato de consumo no entra dentro de las características del art. 6 Roma I, la ley aplicable es designada por las normas de conflicto generales: arts. 3 y 4 Roma I. Puede decirse que el consumidor excluido es tratado de la misma manera que un profesional, sin ningún tipo de protección.<sup>7</sup> Según el art. 3 Roma I, las partes son libres de elegir la ley aplicable a su contrato, mientras que, en caso de que no haya elección de ley, el art. 4 Roma I designará generalmente como aplicable la ley del país de establecimiento del profesional.<sup>8</sup>

La laguna del caso de los consumidores ‘de vacaciones por la UE’ pone en evidencia la falta de coordinación existente entre las normas de conflicto de Roma I (en especial, el art. 6 Roma I sobre ley aplicable a los contratos de consumo) y las necesidades del mercado interior (en este caso, la aplicación de las Directivas europeas de consumo).

## **2. La existencia de normas con incidencia en la ley aplicable en las Directivas europeas de consumo y su discutida necesidad**

Las Directivas europeas de consumo tienen como objetivo cubrir más situaciones que aquellas cubiertas por el art. 6 Roma I. De hecho, varias Directivas contienen una denominada «norma con incidencia en la ley aplicable» que asegura la aplicación de su protección al consumidor. Un ejemplo es el art. 6.2 de la Directiva sobre las cláusulas

---

<sup>6</sup> LEIBLE, S., "Article 6 Rome I and Conflict of Laws in EU Directives", *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 4, nº 1/2, 2015, pp. 39-43, 42.

<sup>7</sup> VAN BOCHOVE, L.M., "Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law", *Erasmus Law Review*, nº 3, 2014, pp. 147-156, 151.

<sup>8</sup> Por ejemplo, en el caso de ser un contrato de compraventa, el art. 4(1)(a) prevé la ley del país de residencia habitual del vendedor como aplicable, o en el caso de tratarse de una prestación de servicios, el art. 4(1)(b) prevé la ley del país de residencia habitual del prestador de servicios como aplicable.

abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>9</sup>: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”. Las normas con incidencia en la ley aplicable establecen la aplicación de la protección de la Directiva respectiva cuando hay una elección de ley de un Estado fuera de la UE y la situación está estrechamente relacionada con la UE. El art. 6.2 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos, el art. 12.2 de la Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios destinados a consumidores<sup>10</sup>, el art. 7.2 de la Directiva sobre venta de bienes al consumo<sup>11</sup> y el art. 22.4 de la Directiva relativa a los bienes de consumo<sup>12</sup> disponen la aplicación de la protección de la Directiva respectiva cuando el contrato se encuentra estrechamente vinculado con la UE y las partes eligen la ley de un Estado tercero como aplicable al contrato. Además, el art. 12.2 de la Directiva relativa al régimen de propiedad a tiempo compartido<sup>13</sup> asegura la aplicación de la protección garantizada por la misma Directiva independientemente de que la ley de un tercer Estado aplicable sea resultado de la elección de las partes o de la operación del resto de normas de conflicto en ausencia de elección de ley.

Si el consumidor ‘de vacaciones por la UE’ se encuentra bajo el ámbito de aplicación material de alguna de estas Directivas, en el caso de que las normas con incidencia en la ley aplicable prevalecieran sobre Roma I, entonces la Directiva respectiva resultaría aplicable, ya que la mayoría de los elementos de la situación (a excepción del estado de establecimiento del profesional) están situados en la UE y entendemos que se podría considerar un contrato estrechamente vinculado con la UE. Es decir, de acuerdo con el art. 6 Roma I la protección de la Directiva no sería aplicable al consumidor alemán del ejemplo del aparado interior, por el hecho de que el contrato de consumo tiene lugar en un Estado miembro que no es su residencia habitual al que el profesional no europeo dirige sus actividades; sin embargo, de acuerdo con las normas con incidencia en la ley aplicable, la Directiva debiera aplicarse a esta situación por estar estrechamente vinculada con la UE.

Según el art. 23 Roma I, “...el presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de la aplicación de disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales”. Sin embargo, es objeto de debate la consideración de las normas con incidencia en la ley aplicable como normas de conflicto y, por tanto, su prevalencia sobre las normas de conflicto del Reglamento Roma I. En mi opinión, este tipo de normas debieran entenderse como normas que, más que resolver un conflicto de leyes, declaran la naturaleza imperativa de

---

<sup>9</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [1993] OJ L95/29.

<sup>10</sup> Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE [2002] OJ L271/16.

<sup>11</sup> Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [1999] OJ L171/12.

<sup>12</sup> Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo [2008] OJ L133/66.

<sup>13</sup> Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio [2009] OJ L33/10.

las disposiciones de la Directiva respectiva.<sup>14</sup> Por tanto, debieran ser interpretadas como normas facilitando la labor de determinar el nivel de ‘imperatividad’ de las normas del instrumento, definiendo, en general, las disposiciones de las Directivas como disposiciones imperativas a nivel de la UE.<sup>15</sup>

Actualmente, se cuestiona la necesidad de dichas normas con incidencia en la ley aplicable para asegurar la aplicación de la normativa de protección al consumidor de carácter mandatorio prevista en las Directivas.<sup>16</sup> Este tipo de normas fueron introducidas como resultado de las deficiencias del Convenio de Roma<sup>17</sup>, por las cuales el legislador europeo se vio obligado a incluir normas con incidencia en la ley aplicable para asegurar que la protección de las Directivas europeas de consumo no fuera evitada en situaciones que éstas intentaban cubrir. El Convenio de Roma fue publicado en 1980 y entró en vigor en 1991, y no se tardó en descubrir que su art. 5 sobre ley aplicable a contratos de consumo no cubría todos los casos necesarios. Los casos de ‘Gran Canaria’, celebrados en los tribunales alemanes, en los cuales ciertas normas de protección al consumidor previstas en Directivas no resultaron aplicables debido al estrecho ámbito de aplicación del Convenio de Roma, probaron las lagunas presentes en el art. 5 Convenio de Roma.<sup>18</sup> Por ejemplo, en la primera generación de casos, turistas alemanes de vacaciones en las Islas Canarias fueron abordados en alemán para comprar enseres domésticos por una empresa alemana actuando en España a través de un agente. Dichos bienes debían ser entregados a los turistas alemanes en su domicilio una vez en Alemania. El contrato contenía una elección de ley a favor de la ley española, que en ese momento no había traspuesto en su ley nacional la Directiva 85/577/CEE sobre la venta a domicilio. Dicha Directiva contenía el derecho a cancelar el contrato. Dichos contratos de consumo no caían dentro del ámbito de aplicación del art. 5 Convenio de Roma, y por tanto las disposiciones imperativas del derecho alemán (que transponen los derechos exigidos por la Directiva) no podían ser aplicadas. La ley española resultaba aplicable por el art. 3 Convenio de Roma que recoge el principio de autonomía de voluntad de las partes, y, ya que la ley española no había traspuesto la Directiva, el derecho a la cancelación del contrato no fue garantizado.<sup>19</sup> En la segunda generación de casos, se produjo una situación similar pero como resultado de la elección de la ley de la Isla de Man.

Para suplir los efectos de estas lagunas, el legislador europeo introdujo, desde la década de los noventa, normas con incidencia en la ley aplicable en determinadas Directivas. Sin embargo, esta solución resultó criticada por la mayoría de la doctrina debido a las inconsistencias creadas con el sistema de DIPr. vigente, así como diferentes

---

<sup>14</sup> En este sentido, ver apartado II.2.

<sup>15</sup> Con una opinión similar: KUIPERS, J.J., *EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, pp. 221–223. En desacuerdo, considerando las normas con incidencia en la ley aplicable como normas de conflict unilaterales: FRANCO, S., "The Scope of Secondary Community Law in the Light of the Methods of Private International Law- or the Other Way Around?", *Yearbook of Private International Law*, vol. 8, Sellier European Law Publishers & Swiss Institute of Comparative Law, 2006, pp. 344–348.

<sup>16</sup> LEIBLE (n 5).

<sup>17</sup> Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Diario Oficial n° C 027 de 26/01/1998 p. 0034 – 0046.

<sup>18</sup> FRANCO (n 13) pp. 340,341; WILDERSPIN, M., "Article 6: Consumer Contracts", en: MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Rome I Regulation*, vol. 2, Sellier European law publishers, 2017, p. 484; BASEDOW, J., "Consumer Contracts and Insurance Contracts in a Future Rome I-Regulation", en: MEEUSEN, J., PERTEGÁS M. y STRAETMANS, G. (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union: Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Antwerp, 2004, pp. 276–278.

<sup>19</sup> FRANCO (n 13) pp. 340,341; WILDERSPIN (n 15) p. 484; BASEDOW (n 15) pp. 276–278.

interpretaciones derivadas de su abstracta redacción. La conversión del Convenio de Roma en el Reglamento Roma I era la oportunidad perfecta para coordinar las diferentes Directivas europeas de consumo con el nuevo Reglamento; sin embargo, tras valorar numerosas propuestas, la redacción final del Reglamento Roma I no cumplió las expectativas en este sentido.<sup>20</sup> El art. 6 y art. 3.4 Roma I, aun cubriendo más situaciones que el Convenio de Roma, todavía resultan insuficientes para asegurar la aplicación de las Directivas europeas de consumo en algunos casos (por ejemplo, el caso de los consumidores europeos de vacaciones por la UE). Además, el art. 23 Roma I da prioridad a las normas de conflicto en materias concretas sobre las normas de conflicto de Roma I. Por tanto, existe debate sobre la posible prioridad de las normas con incidencia en la ley aplicable. Por otro lado, las Directivas más recientes (Directiva (UE) 2011/83 sobre derechos de los consumidores<sup>21</sup> y la nueva Directiva (UE) 2015/2302 relativa a los viajes combinados<sup>22</sup>) no contienen ese tipo de norma, sino que refieren el problema de la ley aplicable al Reglamento Roma I. Como resultado, la situación actual es al menos caótica.

Por ello, se puede considerar que estas normas hacen más mal que bien. En primer lugar, su redacción es muy general, y no determina qué ley nacional debiera ser aplicada (la Directiva implementada en la ley del Estado miembro del país de residencia del consumidor, en la ley del foro, etc.) y el requerimiento de ‘vinculación estrecha’ es difícil de interpretar.<sup>23</sup> Como resultado, la implementación de dichas normas con incidencia en la ley aplicable en los ordenamientos de los diferentes Estados miembros crea diferentes interpretaciones y añade más incertidumbre al sistema; los Estados miembros implementan en su ordenamiento diferentes redacciones de las normas, tomando incluso a veces un enfoque unilateral exigiendo la aplicación de la ley doméstica, creando así una especie de sistema de conflicto de leyes intracomunitario paralelo al existente.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "The Rome I Regulation: Much Ado about Nothing?" *The European Legal Forum*, nº 2, 2008, pp. 61-80, 61.

<sup>21</sup> Directiva (UE) 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [2011] OJ L304/64.

<sup>22</sup> Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo [2015] OJ L326/1.

<sup>23</sup> Max Planck Institute for Foreign Private and Private International 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)" *RabelsZ Bd.71*, 2007, pp. 13–14.

<sup>24</sup> Por ejemplo, el art. 12.2 de la Directiva relativa a la comercialización a distancia de servicios destinados a consumidores establece que: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el consumidor no pierda la protección concedida en virtud de la presente Directiva por haberse elegido como aplicable al contrato la legislación de un tercer país, si el contrato tiene un vínculo estrecho con el territorio de uno o más Estados miembros”. Sin embargo, la transposición en el ordenamiento jurídico italiano de esta disposición establece la aplicación de la ley italiana a todos los casos en los que las partes hayan elegido como aplicable otra ley. Además, el Código de Consumo italiano (que contiene tanto derecho material de consume como derecho internacional privado), disponía que si las partes han elegido han elegido otra ley que no sea la italiana como aplicable, el consumidor todavía disfrutaría de la protección mínima que establece el código de consumo italiano. Por tanto, en vez de asegurar la aplicación del derecho imperativo europeo, esta norma toma un enfoque unilateral asegurando la aplicación del derecho italiano en vez de cualquier ley extranjera (independientemente de si es la ley de otro Estado Miembro). Para una explicación más detallada de la implementación de las ‘normas con incidencia en la ley aplicable’, ver, por ejemplo, RAGNO, F., "The Law Applicable to Consumer Contracts Under the Rome I Regulation", en: FERRARI, F. y LEIBL, S. (eds.), *Rome I Regulation*, Sellier european law publishers, Munich, 2009, 159–161. También, en referencia a una comparación entre las implementaciones de varios Estados



En segundo lugar, las normas con incidencia en la ley aplicable son extrañas al actual sistema de DIPr. La introducción del enfoque unilateral de dichas normas, que determina el alcance del instrumento sin referir a la posible aplicación de una ley extranjera, choca con el actual método multilateral seguido por el Reglamento Roma I. Además, si el Reglamento Roma I trata de unificar las normas de conflicto de los diferentes Estados miembros en materia contractual, las normas con incidencia en la ley aplicable perturban este objetivo. El consumidor se ve ciertamente mejor protegido dentro de un sistema coherente que garantiza la seguridad jurídica, y por tanto la existente unificación de las normas de conflicto en materia contractual en el Reglamento Roma I es preferida. Asimismo, ésta parece ser la línea seguida por el legislador europeo en los últimos años, ya que las Directivas europeas de consumo adoptadas recientemente (Directiva (UE) 2011/83 sobre derechos de los consumidores y la Directiva (UE) 2015/2302 relativa a los viajes combinados) refieren la cuestión de ley aplicable a las normas de conflicto del Reglamento Roma I.<sup>25</sup>

Por otra parte, si se prescinde de las normas con incidencia en la ley aplicable, todavía se tiene que determinar cómo puede el Reglamento Roma I adaptarse debidamente a las necesidades del mercado interno en referencia a la protección de los consumidores.

### **III. DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONSUMO EN SITUACIONES EXTRACOMUNITARIAS**

Desde el punto de vista del DIPr., la existencia de un nuevo ordenamiento jurídico como el del Derecho de la UE ha dado lugar al planteamiento de preguntas básicas de DIPr., que en nuestro caso específico se traducen en: ¿cuándo debieran ser aplicables las Directivas europeas de consumo? ¿Deberían las normas sobre ley aplicable a obligaciones contractuales existentes en la UE –el Reglamento Roma I- determinar su aplicabilidad? ¿Deberían por el contrario ser las Directivas propias las que determinen su propio ámbito de aplicación? El debate se remonta a la eterna discusión entre un método multilateral (o bilateral) de DIPr. o un enfoque unilateral de DIPr. El método multilateral consiste en designar la ley aplicable a una transacción internacional a través de factores de conexión objetivos basándose en la relación jurídica abstracta, independientemente de que la ley designada sea la ley del foro o una ley extranjera, y la mayoría de las normas de conflicto en el DIPr. de la UE siguen este enfoque. Por otro lado, un enfoque unilateral de DIPr. consiste en determinar el alcance espacial de la ley del foro para determinar su aplicación, sin referirse a la posible aplicación de una ley extranjera (de manera similar a las normas con incidencia en la ley aplicable).

---

miembros, ver: FALLON, M. y FRANCO, S., "Towards Internationally Mandatory Directives for Consumer Contracts?", en: *Private Law in the International Arena – From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification: Liber amicorum Kurt Siehr*, Cambridge University Press, 2000, pp. 165–171; KUIPERS (n 13) p. 188.

<sup>25</sup> El considerando no. 10 de la Directiva (UE) 2011/83 sobre los derechos de los consumidores dispone que: "La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)". Además, para aclarar cualquier posible duda, el considerando no. 58 dice que: "El consumidor no debe ser desposeído de la protección que le otorga la presente Directiva. Si la ley aplicable al contrato es la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento (CE) no 593/2008, para determinar si el consumidor conserva la protección que ofrece la presente Directiva". Siguiendo la misma línea, la nueva Directiva (UE) 2015/2302 relativa a los viajes combinados dispone en su considerando 49 que "(...) se entiende sin perjuicio de (...) las normas de la Unión en materia de Derecho internacional privado, en particular el Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo".

A fin de cumplir la finalidad de las Directivas en materia de consumo, los estándares mínimos dispuestos en las mismas deben ser asegurados no solo en situaciones exclusivamente relacionadas con la UE, pero también en casos en los que el profesional está domiciliado en un tercer Estado, por ejemplo. Si la ley aplicable al contrato de consumo no es la ley de un Estado miembro, la protección de la directiva no está asegurada. Por tanto, es necesario determinar cuándo las Directivas europeas de consumo son aplicables en situaciones no exclusivamente intracomunitarias (i.e. situaciones extracomunitarias).

La UE ha utilizado varios métodos con el fin de determinar la aplicación internacional de las Directivas europeas de consumo en situaciones extracomunitarias, en las cuales la aplicación eventual de una ley extranjera puede arruinar los objetivos de una Directiva de protección al consumidor. En primer lugar, la primera generación de Directivas europeas de consumo redactadas durante la década de los ochenta no contenía ningún tipo de norma con incidencia en la ley aplicable; desde el punto de vista del DIPr. este método no crearía especial problema a día de hoy, ya que los conflictos de leyes serían entonces resueltos por las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma I. En segundo lugar, la segunda generación de Directivas en materia de consumo comenzó a introducir las normas con incidencia en la ley aplicable, con el requisito de la vinculación estrecha con la UE y cuando las partes eligieran la ley de un tercer Estado como aplicable a su contrato. Además, la Directiva 2008/122/EC relativa al régimen de propiedad a tiempo compartido incluye una norma más rígida y específica, en la que determina la ley del foro como aplicable cuando la situación está estrechamente vinculada con el territorio de la UE, la ley aplicable es la ley de un tercer Estado y los bienes inmuebles están situados en la UE o el profesional dirigió sus actividades al territorio de la UE (art.12.2). Los dos últimos métodos, que vienen como reacción a las lagunas en protección al consumidor en las normas de conflicto del Convenio de Roma, son los que interfieren con el sistema de normas de conflicto del Reglamento Roma I. Finalmente, el método más reciente utilizado por la UE en referencia a la aplicación internacional de las Directivas en materia de contratos de consumo es referirse a las normas de conflicto del Reglamento Roma I, lo cual desde el punto de vista del DIPr. evita confusiones. Sin embargo, también es necesario averiguar cuál método podría respetar el sistema de DIPr., y por tanto asegurar la seguridad jurídica, y, a la vez, garantizar la aplicación de la protección requerida por las Directivas cuando sea necesario.

Como es sabido, las normas de conflicto tienen el objetivo de determinar la ley aplicable en una situación internacional. La determinación de la ley aplicable a una situación transfronteriza ha sido resuelta a lo largo de la historia, en términos muy generales, a través de la aplicación de dos teorías: unilateralismo y multilateralismo. La existencia de normas con incidencia en la ley aplicable en las Directivas europeas de consumo, así como en otros instrumentos de derecho secundario de la UE, ha sido entendida de varias maneras desde el punto de vista del DIPr. Por una parte, aquellos que defienden un enfoque más unilateral del DIPr. han defendido que todos los instrumentos sectoriales de la UE, y por tanto las Directivas en derecho de consumidores, determinan, explícita o implícitamente, su propio ámbito de aplicación, y reclaman un retorno a un enfoque más unilateral. Por otro lado, aquellos que defienden la persistencia de un enfoque multilateral niegan lo anterior e intentan adaptar las normas con incidencia en la ley aplicable dentro del sistema multilateral del Reglamento Roma I. Por tanto, la cuestión sería cómo y dónde la aplicabilidad de los instrumentos sectoriales de la UE, y por tanto las Directivas europeas de consumo, es determinada: bien a través de los mecanismos tradicionales seguidos por las normas de conflicto del Reglamento Roma I, o bien a través de los

mismos instrumentos, dependiendo de su naturaleza y objetivos, tal y como se hacía en el pasado antes de la prevalencia del multilateralismo.

A continuación, la necesidad de un cambio de perspectiva en nuestro actual método de DIPr. es analizada, valorando si tal cambio favorecería las necesidades del mercado interior y ofrecería a su vez, en nuestro caso, una mejor protección a consumidores.

### **1. Determinación mediante el método de DIPr. tradicional seguido por el Reglamento Roma I**

Si las normas con incidencia en la ley aplicable son entendidas a la luz del método tradicional de DIPr. e integradas dentro del Reglamento Roma I, no debieran ser consideradas normas de conflicto, sino simplemente mecanismos para garantizar la aplicación de las normas imperativas de las Directivas sectoriales. Normas de conflicto y normas con incidencia en la ley aplicable cumplen por tanto dos funciones diferentes: las normas de conflicto pretenden determinar la ley aplicable en una situación internacional, mientras que normas con incidencia en la ley aplicable tienen como objetivo asegurar que la protección imperativa de un instrumento no es burlada.<sup>26</sup> Según Fallon y Francq, una ‘norma de aplicabilidad tiene como objetivo solo definir el ámbito de aplicación espacial de una serie de normas materiales, cuyo carácter imperativo exige que sean aplicadas independientemente de la ley designada por la norma de conflicto’ (traducción de la autora).<sup>27</sup> Según Symeonides, ‘normas de localización son normas que expresamente definen el alcance espacial de una ley en orden a asegurar su aplicabilidad en determinados casos multi-estatales’ (traducción de la autora).<sup>28</sup>

Si bien las normas con incidencia en la ley aplicable constituyen una incursión unilateral, no debieran ser consideradas como normas de conflicto unilaterales en sí; funcionan de manera similar a las leyes de policía, intentando asegurar la imperatividad de determinadas normas materiales. De hecho, la cuestión de si este tipo de normas contenidas en las Directivas debieran ser clasificadas como leyes de policía ha sido objeto de debate. Algunos autores han defendido que las normas con incidencia en la ley aplicable podrían determinar el carácter de leyes de policía de las normas materiales contenidas en la Directiva.<sup>29</sup> Si fueran clasificadas como tal, la normativa contenida en la Directiva dada sería aplicable a través del art. 9 Roma I (que asegura la aplicación de las leyes de policía independientemente de la ley aplicable al contrato), y no a través del art. 23 Roma I. Por tanto, esta sería una manera de coordinar la existencia de las normas con incidencia en la ley aplicable con el sistema actual del Reglamento Roma I y asegurar la aplicación de la protección establecida por las Directivas. Sin embargo, las leyes de policía no debieran ser utilizadas como un mecanismo de escape, ya que, según la definición del art. 9 Roma I, son normas cuya aplicación un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica.<sup>30</sup>

En este sentido, existe controversia sobre si esta definición debiera seguir una interpretación estricta, y por tanto excluir normas que protegen la parte contractual débil,

---

<sup>26</sup> KUIPERS (n 13) 221–223.

<sup>27</sup> FALLON y FRANCQ (n 21) 156.

<sup>28</sup> SYMEONIDES, S.C., *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, Nueva York, 2014, p. 294.

<sup>29</sup> FALLON y FRANCQ (n 21) pp. 156–157.

<sup>30</sup> Art. 9.1 Roma I: “Una ley de policía es 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”.

especialmente normas de protección al consumidor, en nuestro caso, o por otro lado una interpretación más abierta de la definición debiera ser considerada e incluir normas que protegen intereses individuales pero que indirectamente persiguen intereses de carácter público.

Distinguir si una norma tiene como objetivo principal la protección de una parte débil o también sirve a la vez intereses públicos es difícil. De hecho, todas las disposiciones protegiendo una parte contractual débil podría ser entendida como también persiguiendo la protección de un interés superior.<sup>31</sup> El art. 9 Roma I no ofrece una definición de intereses públicos, pero simplemente explica que incluyen la organización política, social y económica de un estado.

En referencia a la inclusión en la definición del art. 9 de ciertas disposiciones de protección al consumidor, un análisis de derecho comparado nos muestra que ni doctrina ni jurisprudencia comparten un punto de vista común entre los Estados miembros.<sup>32</sup> Por un lado, la doctrina y jurisprudencia de algunos países, concretamente Alemania, interpretan el concepto de leyes de policía de una manera especialmente estricta. Así, la doctrina alemana distingue entre *Eingriffsnormen* (normas que persiguen objetivos de interés público, como la protección de la competencia), y *Parteischutzvorschriften* (que persiguen el equilibrio entre las partes de un contrato, como las normas de protección al consumidor). Solamente las primeras son consideradas leyes de policía. Los tribunales alemanes siguen esta interpretación. Por ejemplo, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo federal alemán) en una decisión del 13 de diciembre de 2005, dispuso claramente que las disposiciones sobre la protección de la parte contractual débil no caen dentro de la categoría de leyes de policía, incluso si a la vez defienden, de manera indirecta, intereses públicos.<sup>33</sup> Por tanto, una disposición puede tener como objetivo la protección del consumidor o la protección de intereses públicos, y son mutuamente excluyentes.

Por otro lado, otros consideran que las disposiciones de protección de la parte contractual débil también pueden a la vez tener una relevancia esencial para la organización política, social o económica del país. La doctrina francesa distingue entre *lois de police de direction* (comparables a *Eingriffsnormen*) y *lois de police de protection* (equivalentes a *Parteischutzvorschriften*), y la gran mayoría está de acuerdo en que ambas pueden ser clasificadas como leyes de policía.<sup>34</sup> El informe Giuliano/Lagarde sobre el Convenio de Roma<sup>35</sup> también consideraba las normas de protección al consumidor dentro de la categoría de las normas imperativas del art. 7.2 Convenio de Roma (predecesor del art. 9 Roma I).

---

<sup>31</sup> KUIPERS (n 13) pp. 93, 94.

<sup>32</sup> BONOMI, A., "Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the law applicable to contracts", en: SARCEVIK, P., VOLKEN, P., y BONOMI, A. (eds.), *Yearbook of International Private Law*, vol. 10, Sellier European Law Publishers & Swiss Institute of Comparative Law, Alemania, 2008, pp. 285-300, 292.

<sup>33</sup> *Bundesgerichtshof*, 13 diciembre 2005- XI ZR 82/05, en: IPRax 2006, p. 272. Ver BONOMI (n 84) p. 292. También, GARCIMARTÍN ALFÉREZ (n 17) p. 77, que comparte este punto de vista y afirma sin ninguna duda que '*disposiciones como aquellas destinadas a proteger a la parte débil de contrato (consumidores, agentes, etc.) no están incluidas en este concepto*' (traducción de la autora).

<sup>34</sup> La función de protección de las leyes de policía también es reconocida por la jurisprudencia francesa, por ejemplo en el caso Agintis (Cour de Cassation 30 November 2007, 06-14006). Ver KUIPERS (n 13) p. 131.

<sup>35</sup> M. GIULIANO/P. LAGARDE, Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, DOCE C-327, de 11 de diciembre de 1992 (*Informe GIULIANO/LAGARDE*).

Por su parte, el TJUE dejó la puerta abierta a dicha interpretación extensiva en el caso *Ingmar*.<sup>36</sup> En *Ingmar*, el TJUE, aunque no trata explícitamente si las disposiciones protegiendo al agente comercial de la Directiva 86/653/ECC sobre agentes comerciales independientes<sup>37</sup> debieran ser consideradas como leyes de policía en el sentido de la definición de Roma I, sí da ciertas pautas para su determinación como tal. El este caso, el tribunal consideró que dichas disposiciones resultarían aplicables cuando la situación estuviese estrechamente vinculada con la Comunidad, independientemente de la ley elegida por las partes para gobernar su contrato.<sup>38</sup> Sin embargo, el tribunal no basó su decisión en relación al objetivo de la Directiva de proteger al agente comercial como parte contractual débil, sino que se refirió a motivos mayores de política económica. Esto es, el TJUE explica que el objetivo de las disposiciones de la Directiva en cuestión (arts. 17 y 18 que definen las circunstancias bajo las cuales un agente comercial, cuando el empresario termina el contrato, tiene derecho a reclamar indemnización por daños sufridos) es la protección de la libertad de establecimiento y evitar la competencia desleal dentro del mercado interior.<sup>39</sup> Siguiendo este razonamiento, podemos decir que una disposición que solamente protege la parte débil no sería considerada ley de policía, pero sí podría serlo si a su vez persigue intereses políticos, sociales o económicos superiores que justifiquen la prioridad de dicha disposición en un plano internacional.<sup>40</sup>

Por tanto, consideramos que el art. 9 Roma I también puede ser utilizado para aplicar disposiciones dirigidas a la protección de la parte débil, siempre y cuando la aplicación de las mismas sea considerada esencial para la salvaguarda de un interés público esencial para el Estado miembro en cuestión. Sin embargo, en mi opinión, la determinación como interés público sí debiera ser definida estrictamente para no fomentar la consideración como ley de policía cualquier norma que el estado del foro desee aplicar.

Es cierto que la clasificación de una norma como ley de policía es cuestión de la ley doméstica: cada país decide cuáles son sus leyes de policía. Sin embargo, cuando las normas domésticas son normas que implementan los estándares de las Directivas de la UE, una interpretación acorde con los objetivos de la misma Directiva debiera ser seguida. Es decir, lo que es crucial para la UE debiera ser determinado por la UE.<sup>41</sup> En orden a preservar lo máximo posible la autonomía de la voluntad, la diferencia entre normas imperativas y leyes de policía debe mantenerse clara. Si la normativa contenida en las Directivas europeas de consumo fuera interpretada de manera sistemática como ley de policía, la autonomía de la voluntad estaría completamente excluida, y por tanto serían aplicables en todos los casos, sin importar que la ley aplicable fuera resultado de la elección de las partes o de la operación del resto de normas de conflicto en ausencia de elección de ley. Sin embargo, la mayor parte de las normas con incidencia en la ley aplicable contenidas en las Directivas relativas a contratos de consumo indican que las disposiciones de la Directiva no pueden ser evitadas cuando las partes han elegido una ley de un país tercero como aplicable y hay una vinculación estrecha con la UE. Esto

---

<sup>36</sup> STJCE de 9 de noviembre de 2000, asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*

<sup>37</sup> 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 [1986] OJ L382/17.

<sup>38</sup> *Ingmar*, §25.

<sup>39</sup> *Ingmar*, §23-24. En ese sentido, la STJCE de 30 de abril de 1998, asunto C-215/1997, *Barbara Bellone v. Yokohama SpA*, ya había considerado en su párrafo 17 que, en referencia al Considerando nº2 de la Directiva sobre agentes comerciales, que los objetivos referidos de protección del mercado interior, libertad de establecimiento y evasión de la competencia desleal, eran los objetivos perseguidos por la misma.

<sup>40</sup> KUIPERS (n 13) p. 200.

<sup>41</sup> KUIPERS (n 13) pp. 203,204.

puede significar que las normas son imperativas en el sentido del art. 6.2 Roma I y el art. 3.4 Roma I (o, como las define este último precepto, “disposiciones de Derecho comunitario (...) que no pueden excluirse mediante acuerdo”) y no leyes de policía que se aplicarían en todo caso. La única excepción es la Directiva 2008/122/EC relativa al régimen de propiedad a tiempo compartido: mientras que las normas con incidencia en la ley aplicable de las otras Directivas indican que sus disposiciones no pueden ser evitadas a causa de la elección de la ley de un Estado tercero, el art. 12.2 de la Directiva 2008/122/EC relativa al régimen de propiedad a tiempo compartido dispone que el consumidor no puede ser privado de la protección de la Directiva independientemente de la ley aplicable, sea esta el resultado de la elección de las partes o no. Por tanto, las normas de esta Directiva (concretamente, la legislación doméstica que las implementa) sí podrían ser interpretadas como leyes de policía.

Como consecuencia, no todas las normas europeas de protección al consumidor pueden ser clasificadas como leyes de policía, ya que no todas son cruciales para la salvaguarda de los intereses públicos de la UE y son aplicables independientemente de la ley aplicable, pero, por el contrario, se trata de normas que no deben ser evitadas como resultado de la elección de una ley de un tercer Estado cuando la situación está estrechamente vinculada con la UE.

Siguiendo esta interpretación, algunas de las normas contenidas en las Directivas europeas de consumo sí debieran considerarse leyes de policía y, por tanto, ser aplicables independientemente de la ley aplicable designada por las normas de conflicto, a través del art. 9 Roma I. Sin embargo, la mayoría son normas imperativas que no pueden ser derogadas por la ley elegida por las partes (normas imperativas a nivel interno o europeo, pero no internacional). Por tanto, serán aplicables de acuerdo al art. 6 Roma I, y el 3.4 Roma I en su caso. Sin embargo, la prevalencia de lo dispuesto en las normas con incidencia en la ley aplicable sobre el Reglamento Roma I de acuerdo con el art. 23 Roma I es dudosa, ya que no debieran ser consideradas como normas de conflicto en sí.<sup>42</sup>

Siguiendo este enfoque, el Reglamento Roma I es respetado, y las ventajas derivadas de un sistema multilateral de DIPr. son resguardadas. Un enfoque multilateral requiere una elección entre diferentes ordenamientos jurídicos conectando la relación jurídica en cuestión con la ley de un país de acuerdo a criterios objetivos. Con este sistema, se promueve la igualdad entre la ley del foro y la ley extranjera, así como también predictibilidad y uniformidad de resultados. Un sistema completamente basado en normas de conflicto neutrales no es siempre suficiente para proteger ciertos valores esenciales para el orden doméstico, y por ello el Reglamento Roma I incluye, por ejemplo, normas de conflicto especiales que favorecen a la parte débil contractual, con factores de conexión especiales y límites a la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, este sistema no es capaz de diferenciar entre situaciones intracomunitarias y extracomunitarias. Bajo un sistema multilateral de DIPr., un contrato de consumo entre un consumidor holandés y un profesional alemán no es diferente de un contrato entre un consumidor holandés y un profesional brasileño. No obstante, desde el punto de vista del Derecho de la UE, éstas situaciones son completamente diferentes: cuando en la primera la aplicación de los estándares europeos está (en principio) asegurada, en la segunda hay una posibilidad de que dichos estándares sean evitados en situaciones en las que deben aplicar, interrumpiendo el buen funcionamiento del mercado interior. La UE no quiere que, como resultado de la operación de las normas de conflicto, se creen dificultades en el funcionamiento del mercado interior, mientras que el actual DIPr. de la UE no refleja

---

<sup>42</sup> *ibid* p. 224.

propriadamente ese deseo, tal y como refleja el caso de los consumidores “de vacaciones por la UE”.

## **2. Determinación mediante el método de DIPr. unilateral a través de las propias Directivas**

En contraste con el sistema multilateral de DIPr., que se centra en la relación jurídica para determinar la ley aplicable a la misma, un sistema unilateral se centra en el instrumento jurídico en sí, y defiende que cada instrumento define su propio ámbito de aplicación, y es cuando debe ser aplicado. La característica principal del unilateralismo consiste en la noción de que las leyes describen su propio ámbito de aplicación, que deriva del contenido y objetivos de sus normas. En relación, la segunda característica es que cada ordenamiento jurídico determinaría por sí mismo cuándo y hasta qué punto sus normas serían aplicables en situaciones internacionales. Por tanto, siguiendo un enfoque unilateral, cada Directiva europea de consumo determina su propio ámbito internacional de aplicación.

En el apartado anterior se ha explicado que solamente algunas Directivas contienen normas con incidencia en la ley aplicable específicas que imponen la aplicación de los estándares mínimos de la Directiva cuando la situación está estrechamente vinculada con el territorio de los Estados miembros y las partes han elegido la ley de un tercer Estado como aplicable al contrato. Sin embargo, siguiendo un enfoque unilateral, cada Directiva, incluso implícitamente, determina su ámbito de aplicación.<sup>43</sup> Incluso cuando una Directiva no contiene una norma con incidencia en la ley aplicable explícita, no significa que no determine su ámbito territorial de aplicación. Éste puede ser inferido de su naturaleza y objetivos, métodos de interpretación clásicos. En este sentido, todas las normas materiales de la Directiva debieran de tenerse en cuenta para determinar el ámbito que la Directiva pretende cubrir, así como también la exposición de motivos y los trabajos preparatorios, que pueden ser importantes para determinar la propuesta de la Directiva. De hecho, bajo esta línea de razonamiento, incluso cuando las Directivas contienen una norma con incidencia en la ley aplicable, debería de ser necesario tener en cuenta los objetivos y naturaleza del instrumento también. Por ejemplo, para determinar el término “vinculación estrecha”, sería necesario interpretar las disposiciones de la Directiva y determinar cuándo una situación específica podría ser considerada como estrechamente vinculada al territorio de la UE de acuerdo con los objetivos de la misma Directiva.<sup>44</sup>

Aquellos defendiendo un método unilateral de DIPr. en este ámbito también encuentran apoyo en el razonamiento del TJUE en el anteriormente mencionado caso Ingmar. El TJUE, con la intención de terminar la aplicación de la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes, interpretó la misma a la luz de su naturaleza y objetivos. Ya que el TJUE no se refiere al artículo 7 Convenio de Roma (art. 9 Roma I) en su interpretación (también sea dicho que el Convenio de Roma no resultaba aplicable debido al ámbito de aplicación temporal), se dice que el tribunal determina el ámbito internacional de aplicación de una Directiva que carece de una norma con incidencia en la ley aplicable específica basándose en la naturaleza y propuesta de la Directiva. Siguiendo esta línea, los criterios de aplicabilidad siempre estarían incluidos en el mismo instrumento, aunque no fuesen presentados como tal.<sup>45</sup>

La inclusión de criterios para la aplicación territorial en el mismo instrumento, y silencio sobre la posibilidad de aplicación de una ley extranjera, son características del método

---

<sup>43</sup> FRANCQ (n 13) p. 339.

<sup>44</sup> *ibid* pp. 346–348.

<sup>45</sup> *ibid* p. 348.

unilateral de DIPr. Si asumimos que la UE sigue un criterio unilateral, las Directivas siempre determinarían su ámbito de aplicación de acuerdo con sus objetivos y naturaleza, mientras guardan silencio acerca de la aplicación de otro instrumento extranjero.

La existencia de normas con incidencia en la ley aplicable específicas estaría entonces justificada como normas que ayudan a definir el ámbito de aplicación que la Directiva pretende cubrir, así como también estaría justificado en razonamiento seguido por el TJUE en el caso Ingmar. Ya que el art. 23 Roma I determina que las disposiciones de Roma I son sin perjuicio de la aplicación de disposiciones de derecho comunitario que establecen normas de conflicto en casos particulares, las “normas de conflicto” unilaterales establecidas por las Directivas, implícitas o explícitas, prevalecerían sobre las normas de conflicto de Roma I.

En caso de aceptar la prevalencia de un método unilateral de DIPr. en la determinación del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de protección al consumidor, ¿podrían los objetivos de la UE ser alcanzados con mayor facilidad? El pensamiento unilateralista moderno está basado en el cumplimiento de los objetivos de regular necesidades sociales y económicas de la sociedad, y no alcanzar neutralidad o una idea de “justicia”, y por ello limita su propio ámbito de aplicación.<sup>46</sup> El Derecho de la UE está al servicio de las necesidades sociales y económicas de la UE necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior.<sup>47</sup> La UE tiene como objetivo establecer el mercado interior, y para alcanzar dicho objetivo es necesario regular las actividades económicas que afectan al mercado. Por tanto, el Derecho de la UE es creado para alcanzar el desarrollo económico ideal en el mercado, teniendo en cuenta el respeto a ciertos valores sociales. De la misma manera, las Directivas europeas de consumo persiguen objetivos económicos y sociales necesarios para el funcionamiento del mercado interior. El legislador europeo, cuando hace uso de las normas con incidencia en la ley aplicable, está asegurándose de que dichos objetivos no son perjudicados. Como resultado, el uso de un enfoque unilateral de DIPr. podría verse como una manera más práctica de asegurar el cumplimiento de los objetivos de las Directivas europeas de consumo.<sup>48</sup>

A priori, este enfoque resulta más atractivo, incluso como un sistema de DIPr. general para el Derecho de la UE, pero varios puntos deben de tenerse en cuenta:

---

<sup>46</sup> En contraste, el sistema multilateral difiere en su concepción del derecho. La mayoría de los pensadores multilaterales mantienen que las normas de derecho son neutrales y universales, ya que son el resultado de la racionalidad. Jürgen Basedow y otros (eds), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 4650.

<sup>47</sup> El art. 3.3 TUE explica los objetivos de la UE, tanto económicos como sociales: “3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.”

<sup>48</sup> Francq, en FRANCQ, S., *L'Applicabilité Du Droit Communautaire Dérivé Au Regard Des Méthodes Du Droit International Privé*, Bruylant, Bruselas, 2005, explica en detalle los beneficios de tomar un enfoque unilateral para determinar la aplicación de las Directivas sectoriales europeas de protección de la parte débil, y defiende un enfoque en el cual las teorías sobre enfoques unilateral y multilateral conviven en DIPr., con un nuevo énfasis en el enfoque unilateralista.



La mayor crítica del unilateralismo se refiere al conflicto creado cuando dos o más ordenamientos jurídicos reclaman su aplicación a la situación, o cuando ninguno lo hace. Aunque cada teoría unilateral individual difiera en la solución a esta problemática, esta es reconocido como el problema más complicado del sistema unilateral y ninguna solución definitiva ha sido generalmente aceptada.<sup>49</sup>

Por otro lado, como consecuencia de que el enfoque unilateral solo permite la aplicación de una ley extranjera una vez que se determina que la situación no está cubierta por el ámbito de aplicación de la ley del foro, se considera un enfoque centrado en el foro. Sería incongruente mantener que el Derecho de la UE depende de sus propios criterios de aplicación e imponer su aplicación, y al mismo tiempo ignorar que un derecho extranjero pueda hacer lo mismo. Uno de los principios principales de DIPr. en nuestro actual sistema de DIPr. es el tratamiento igualitario entre la ley del foro y la ley extranjera, el cual no es respetado por el sistema unilateral. El legislador europeo no es el único legislador, y por tanto no debiera imponer como regla general la aplicación de su ley sobre la ley extranjera.<sup>50</sup>

También se debe añadir que la seguridad jurídica no se vería beneficiada por este enfoque: en vez de definirse las circunstancias bajo las cuales la ley de un Estado miembro es aplicable y bajo las cuales una ley extranjera es aplicable, las normas de conflicto unilaterales solamente determinarían cuándo el derecho de la UE sería aplicable; además, el ejercicio de buscar y determinar los objetivos del instrumento legal en cuestión es una tarea costosa que añade incertidumbre al proceso de determinar la ley aplicable.<sup>51</sup>

En resumen, las ventajas de seguir un enfoque unilateral en referencia al derecho de la UE en general son una protección más práctica y mejor de los objetivos europeos. Sin embargo, podría resultar en un sistema proteccionista que impone la aplicación de su propio derecho sobre el extranjero, algo contradictorio al sistema de DIPr actual. En mi opinión, un enfoque unilateral en general debiera ser rechazado, aunque puede discutirse si, en determinados sectores y casos específicos, se podría considerar no como un sistema general de DIPr pero como excepción al sistema multilateral.

### **3. Reflexión**

Ambos métodos –multilateral y unilateral- tienen sus ventajas y desventajas, y la mayoría de los sistemas actuales de DIPr. combinan ambos. En el caso de DIPr. de la UE, y específicamente el Reglamento Roma I, tiene como base el sistema multilateral, pero también incluye otras doctrinas y principios, como la doctrina de las leyes de policía (de enfoque unilateral), o el principio de protección de partes débiles. La puridad metodológica en un sistema moderno de DIPr. debe ser rechazada. En este sentido, varios factores pueden tenerse en cuenta para entender en qué situaciones en las que la introducción de un enfoque unilateral puede ser justificado en nuestro sistema de DIPr. actual: cuando diferentes ordenamientos jurídicos comparten valores similares comunes o iguales, como es el caso de los Estados miembros de la UE, las normas de conflicto debieran promocionar la igualdad entre estos diferentes sistemas legales a través de normas de conflicto neutras (sistema multilateral); sin embargo, cuando dichos ordenamientos jurídicos no comparten valores legales similares, e intereses importantes están en juego (normas imperativas), las normas que determinan la ley aplicable a situaciones internacionales no debieran ser tan neutras. Es decir, la interrelación entre los

---

<sup>49</sup> BASEDOW y otros (n 45) pp. 46,47.

<sup>50</sup> KUIPERS (n 13) p. 215.

<sup>51</sup> *ibid* pp. 215–216.

países implicados, y la naturaleza imperativa de las normas aplicables, son factores que deben tenerse en cuenta a la hora de construir un sistema de DIPr.<sup>52</sup>

En nuestro caso específico, estamos hablando de normas imperativas de la UE comunes a todos los Estados miembros (al menos, el estándar mínimo requerido por las Directivas es compartido). Por tanto, se hace necesario diferenciar entre situaciones intracomunitarias y extracomunitarias. En el caso de conflicto de leyes intracomunitario, el uso de normas de conflicto multilaterales debe de ser promovido en referencia a contratos de consumo, ya que los valores legales son compartidos. Sin embargo, en el caso de conflicto de leyes extracomunitario, el conjunto de Estados miembros podría ser entendido como un ordenamiento jurídico singular en lo que respecta a la aplicación de las Directivas europeas de consumo, y que por tanto necesita asegurar la aplicación de las normas imperativas de la UE ante la aplicación de una ley extranjera cuando sea necesario. Es decir, el uso de un método unilateral en este caso específico podría ser justificado.

#### **IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DEL REGLAMENTO ROMA I EN MATERIA DE CONSUMO**

Finalmente, teniendo en cuenta las cuestiones anteriormente debatidas, algunas mejoras a corto plazo en vistas a coordinar el Reglamento Roma I y la aplicación de las Directivas europeas de consumo son propuestas:

En primer lugar, las normas con incidencia en la ley aplicable esparcidas por las algunas de las Directivas en materia de consumo son más perjudiciales que beneficiosas debido a la incertidumbre acerca su funcionamiento. Por tanto, se debiera de considerar su eliminación, y determinar la aplicabilidad de las Directivas a través del Reglamento Roma I (sujeto a ciertas mejoras).

En segundo lugar, el art. 6 Roma I podría introducir una incursión unilateral con el objetivo de asegurar la aplicación de la normativa contenida en Directivas europeas de consumo cuando es requerido, diferenciando entre contratos de consumo intracomunitarios y extracomunitarios. No parece lógico que un consumidor pierda la protección garantizada por las Directivas europeas por el simple hecho de que está de vacaciones en otro Estado miembro; se encuentra más en línea con la existencia del mercado interior el que, por ejemplo, un consumidor con residencia habitual en Holanda, pero de viaje en España, disfrute de la misma protección que un consumidor español en esa situación vis-a-vis un profesional no europeo, incluso cuando éste no dirige sus actividades a Holanda. La efectividad de las Directivas europeas de consumo se vería amenazada si un profesional domiciliado en un Estado no miembro pudiera dirigirse a consumidores europeos que están temporalmente de paso por otro Estado miembro sin estar sujeto a los requisitos europeos de protección al consumidor, evitándolos simplemente a través de una elección de ley de un país tercero.

En vez de resolver este problema a través de normas con incidencia en la ley aplicable contenidas en las mismas Directivas, una novedad podría ser incorporada en el Reglamento Roma I: en el caso de legislación implementando Directivas, los Estados miembros podrían ser vistos como una jurisdicción única; la UE sería vista como un

---

<sup>52</sup> TEN WOLDE, M.H., "The Relativity of Legal Positions in Cross-Border Situations: The Foundations of Private Interregional Law, Private Intra-Community Law and Private International Law," en: *A Commitment to Private International Law- Essays in Honour of Hans van Loon*, Intersentia, 2013, p. 576.

estado singular en este sentido.<sup>53</sup> Es cierto que hasta ahora el art. 6 Roma I contiene una norma de conflicto protectora que no discrimina o diferencia entre la ley del foro y la ley extranjera, y en nuestro caso, entre Derecho de la UE en materia de consumo o derecho extranjero. El art. 6 Roma I prevé la aplicación de la ley del país de residencia habitual del consumidor, y asegura la aplicación de las disposiciones imperativas de la misma, independientemente de que la residencia habitual del consumidor esté en un Estado miembro o un tercer Estado. A pesar de que introduce un factor de conexión protector hacia los consumidores, el art. 6 Roma I es una norma de conflicto multilateral, que no discrimina la aplicación de una ley extranjera, respetando las expectativas legítimas de las partes y la seguridad jurídica. Sin embargo, la solución propuesta consistiría en añadir un cierto enfoque unilateral a favor de la aplicación de las Directivas europeas de consumo: cuando un profesional dirija sus actividades a un Estado miembro, la aplicación de los estándares mínimos de las Directivas europeas deberían estar asegurados sin importar el Estado miembro en el que el consumidor reside. En mi opinión, esta pequeña excepción a la naturaleza multilateral de la norma estaría justificada. En primer lugar, la cuestión de conflicto de leyes específica derivada de la aplicación internacional de las Directivas europeas requiere una solución especial: no parece escandaloso el considerar la UE como una jurisdicción única en situaciones extracomunitarias cuando las disposiciones imperativas en juego son de origen comunitario. La situación “normas imperativas de la UE vs. Ley extranjera” podría ser tratada igual a “normas imperativas domésticas vs. Ley extranjera”, y por tanto la elección de ley de un tercer Estado no debiera resultar en la privación al consumidor europeo de la protección garantizada por las Directivas cuando el profesional dirige sus actividades al mercado interno. Dicha modificación significaría la adaptación del DIPr. a las necesidades específicas de la UE. Para la UE, un conflicto entre un consumidor alemán y un profesional español es considerado interno, mientras que un conflicto entre un consumidor alemán y un profesional marroquí es considerado internacional; desde el punto de vista de DIPr., ambos son internacionales. Tratando la UE como un estado singular en casos en los cuales la aplicación de las Directivas europeas está en juego, el Reglamento Roma I se adaptaría a las necesidades de la UE. Además, las expectativas legales de las partes serían mejor respetadas, ya que los consumidores “de vacaciones por la UE” estarían protegidos y, en referencia al profesional, puede esperarse que cuando dirige sus actividades al mercado interior europeo, las normas imperativas europeas resulten aplicables.

Una norma similar a la sugerida por el Instituto Max Planck en sus comentarios al Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 podría ser introducida: “si un proveedor residente en un Estado no miembro dirige sus actividades profesionales a uno o más Estados miembros, la elección de ley de un Estado no miembro como la ley aplicable a un contrato dentro del ámbito de esas actividades no priva al consumidor que, al tiempo de la conclusión del contrato, tiene su residencia habitual en un Estado miembro de la protección provista en las Directivas relevantes; en este caso, las disposiciones de las Directivas relevantes se aplican como implementadas en la ley doméstica del Estado miembro en el cual el consumidor concluyó el contrato” (traducción de la autora).<sup>54</sup> Una norma afín, que asegure la aplicación de la protección de las Directivas europeas de consumo relevantes cuando un profesional de un tercer Estado dirige sus actividades al mercado europeo, debería de incluirse en el art. 6 Roma I, quizás seguidamente del art.

---

<sup>53</sup> En la misma línea: KUIPERS (n 13) p. 220.

<sup>54</sup> Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, ‘Comments on the European Commission’s Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernization’ (2004) 68 *RabelsZ* 1, 15.

6.3 Roma I.<sup>55</sup> La introducción de una norma similar parece la mejor manera de asegurar la aplicación de las normas imperativas de la UE en este sentido, ya que cumple la función de las normas con incidencia en la ley aplicable (es decir, asegurando que la aplicación de la normativa de la Directiva respectiva no es evitada a través de la elección de ley de un tercer Estado) pero al mismo tiempo no interrumpe el sistema de DIPr. de la UE con normas de conflicto dispersas en diferentes instrumentos, asegurando así la seguridad jurídica y respetando las expectativas legítimas de las partes. Los valores de DIPr. son respetados, solamente adapta las necesidades de la UE en términos de DIPr.: de la misma manera que la protección al consumidor dispuesta por el país de la residencia habitual de consumidor no puede ser evitada a través de la elección de ley de otro país, la protección dispuesta por la UE no puede ser evitada por una elección de ley de un tercer Estado cuando en consumidor tiene su residencia habitual en un Estado miembro.

Por ello, en comparación a otras soluciones posibles, ésta parece la más adecuada para la situación actual. Es cierto que se podrían considerar cambios más radicales, como la introducción de normas con incidencia en la ley aplicable como normas de conflicto unilaterales en todas las Directivas europeas, y coordinarlas con el Reglamento Roma I a través de la introducción de una lista (apéndice) de las Directivas cuyas normas de conflicto específicas prevalecen sobre el Reglamento a través del art. 23 Roma I.<sup>56</sup> Sería una manera de asegurar la aplicación de la protección al consumidor, quizás más ‘personalizada’ a cada situación requerida por cada Directiva respectiva. Es decir, introducción de un método unilateral de DIPr. en lo que respeta a la aplicación de las directivas europeas de consumo. Sin embargo, este método sería costoso en varios sentidos: primero, se estaría dejando al lado la facilidad y seguridad jurídica que conlleva la unificación de todas las normas de conflicto en materia de contratos en un solo instrumento, Roma I, teniendo que acudir a varios instrumentos para determinar la ley aplicable a un contrato de consumo; además, la lista de directivas del Reglamento Roma I tendría que ser actualizada con demasiada frecuencia, dada la incesante actividad del legislador europeo adoptando y modificando Directivas en materia de consumo. Aparte de eso, se debería resolver el problema de inconsistencia derivado de la implementación por los diferentes Estados miembros de dichas normas con incidencia en la ley aplicable. Por último, se corre el riesgo de que el legislador europeo imponga una excesiva aplicabilidad de las Directivas europeas.

Por tanto, dados los riesgos y esfuerzos que conllevaría esta última posible solución, considero la propuesta previa de añadir una norma a las normas contenidas en el art. 6 Roma I un mejor compromiso entre DIPr. y derecho de la UE, asegurando la aplicación de las Directivas relevantes cuando sea necesario y adaptando el DIPr. a las necesidades del mercado interior en material de contratos de consumo de una manera suficiente y no tan excesiva como el añadir normas de conflicto unilaterales a las Directivas de consumo.

---

<sup>55</sup> El art. 6.3 Roma I dispone: “Si no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4.” Por tanto, con la introducción de la nueva norma, en casos en los que el requisito territorial del art. 6.1 Roma I no es satisfecho, la elección de ley que resulta del art. 3 Roma I no debiera privar al consumidor de la protección garantizada por las Directivas europeas de consume relevantes, en el caso de que un profesional no europeo dirija sus actividades al mercado interior.

<sup>56</sup> De una manera similar a como lo hacía el art. 22 en la Propuesta de Reglamento Roma I (Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) COM/2005/0650 final), aunque éste no mencionaba Directivas en materia de consumo sino Directivas europeas en otras materias.

## V. CONCLUSIÓN

La situación actual es de descoordinación entre las Directivas europeas en materia de contratos de consumo y el art. 6 Roma I que determina la ley aplicable a los contratos de consumo. El ámbito de aplicación del art. 6 Roma I es limitado, ya que no todos los contratos de consumo merecen la protección de dicha norma de conflicto especial (e.g. un turista holandés de vacaciones en Barcelona y que activamente compra un souvenir en una tienda no puede esperar razonablemente que la ley holandesa resultase aplicable a dicha situación). Sin embargo, hay situaciones en las cuales es legítimamente esperable que la protección asegurada por las Directivas europeas de consumo resulte aplicable, y sin embargo el art. 6 Roma I no asegura dicha aplicación. Hemos puesto como ejemplo el caso de los turistas de un Estado miembro, que están de vacaciones en otro Estado miembro y allí se ven abordados por un empresario de un tercer Estado. Dicho contrato de consumo no estaría cubierto por el art. 6 Roma I, y por tanto la ley de un tercer Estado podría ser aplicable, y las disposiciones imperativas de protección mínima al consumidor establecidas por las Directivas europeas no resultarían aplicables. La única manera de asegurar su aplicación sería a través del art. 9 Roma I, que asegura la aplicación de las leyes de policía del foro (o en algunos casos del país de ejecución de las obligaciones del contrato). Sin embargo, en la mayoría de los casos, las disposiciones de protección al consumidor establecidas por las Directivas europeas no debieran ser consideradas como esenciales para la salvaguarda de intereses económicos, políticos o sociales de un estado. En su mayoría, son normas imperativas que no pueden ser derogadas por la ley elegida por las partes; es decir, normas imperativas a nivel interno o europeo, pero no internacional, y por tanto su aplicación no estaría asegurada a través del art. 9 Roma I. Por su parte, las Directivas de consumo también añaden confusión al proceso de determinación de la ley aplicable, ya que mientras algunas contienen normas con incidencia en la ley aplicable (sobre las cuales los diferentes autores no están de acuerdo sobre su naturaleza o función), otras guardan silencio y otras hacen referencia al Reglamento Roma I para la determinación de su aplicación.

Tras una descripción y reflexión de la utilización de los métodos unilateral y multilateral de DIPr. para la determinación de la ley aplicable en el DIPr. de la UE, hemos determinado que la puridad metodológica en un sistema moderno de DIPr. debe ser rechazada. Mientras el DIPr. de la UE, y específicamente el Reglamento Roma I, utilizan en su mayoría normas de conflicto multilaterales, también incluye otras doctrinas y principios (e.g. leyes de policía, protección de consumidores y trabajadores, etc.). La clave está en combinarlos de la mejor manera posible para alcanzar el resultado deseado. La existencia (o no) de valores legales comunes entre los países implicados, y la naturaleza imperativa de las normas aplicables, son factores que deben tenerse en cuenta a la hora de construir un sistema de DIPr. Esto es, el caso de conflicto de leyes intracomunitario, el uso de normas de conflicto multilaterales debe ser promovido en referencia a contratos de consumo, ya que los valores legales son compartidos. Sin embargo, en el caso de conflicto de leyes extracomunitario, el conjunto de Estados miembros podría ser entendido como un ordenamiento jurídico singular en lo que respecta a la aplicación de las Directivas europeas de consumo, y que por tanto necesita asegurar la aplicación de las normas imperativas de la UE ante la aplicación de una ley extranjera cuando sea necesario. Es decir, el uso de un método unilateral en este caso específico podría ser justificado.

Una solución exhaustiva requeriría un estudio detallado de los futuros objetivos en materia de consumo de la UE y la reflexión sobre un sistema de DIPr. adaptado a dichos objetivos, y respetando los principios que hacen que la disciplina de DIPr. funcione. Los

continuos cambios en el desarrollo del *acquis* comunitario dificultan tal estudio. Sin embargo, esta publicación propone una solución que, a corto plazo, resolvería al menos la incoordinación existente actualmente entre las Directivas europeas de consumo y el Reglamento Roma I. Por tanto, teniendo en cuenta todo lo anterior, la solución propuesta incluye la eliminación de las normas con incidencia en la ley aplicable de las Directivas europeas, dejando por tanto la determinación de la ley aplicable al Reglamento Roma I, y la introducción de una pequeña norma adicional en el art. 6 Roma I que asegura la aplicación de dichas Directivas. Dicha norma prevería la aplicación de la protección de las Directivas relevantes a un consumidor residente en un Estado miembro en el caso de que un profesional de un tercer Estado dirigiese sus actividades a uno o más Estados miembros y el contrato contenga una elección de ley de un Estado no miembro. La protección de la Directiva podría ser aplicada como implementada en la ley del Estado miembro donde se concluyó el contrato.

En conclusión, tratando a la UE como un estado singular en casos en los cuales la aplicación de las Directivas europeas de consumo está en juego, el Reglamento Roma I se adaptaría mejor a los objetivos de las mismas, en vistas al buen funcionamiento del mercado interior. La seguridad jurídica y las expectativas legales de las partes se verían incrementadas. Los consumidores operando dentro del mercado interior estarían protegidos y el profesional no europeo puede esperarse que, cuando dirige sus actividades al mercado interior europeo, las normas imperativas europeas resulten aplicables. Es decir, coordinación y compromiso entre DIPr. y derecho de la UE en materia de ley aplicable a contratos de consumo son alcanzados, asegurando la aplicación de las Directivas relevantes cuando sea necesario y adaptando el DIPr. a las necesidades del mercado interior en material de contratos de consumo.

## **BREXIT Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO Y REACTIVACIÓN DE LAS *ANTI SUIT INJUNCTIONS***

**Xabier Orbegozo Miguel**

Doctorando

Euskal Herriko Unibertsitatea – Universidad del País Vasco

Resumen: La materialización efectiva del Brexit va a conllevar múltiples y atomizadas consecuencias en diferentes ámbitos: sociales, políticas y desde luego jurídicas. El presente trabajo pretende reflexionar, desde la perspectiva internacionalprivatista, en torno a los posibles escenarios que previsiblemente regirán las relaciones entre el Reino Unido como tercer Estado y la nueva Unión Europea a 27. Asimismo, de las muchas derivadas que tiene el Brexit en esta rama del Derecho, pondremos de manifiesto las consecuencias que la decisión del pueblo británico puede tener para el atractivo del RU como centro de resolución de conflictos, aludiendo a la situación de los acuerdos de elección de foro en este nuevo contexto. Finalmente, y en conexión con esto último, aludiremos a la potencial reactivación de un instrumento procesal extraordinariamente relevante en el *common law* como son las *anti-suit injunctions* o medidas anti proceso.

Palabras clave: Brexit, Derecho internacional privado, Reglamento Bruselas I-bis, acuerdos de elección de foro, *anti-suit injunctions*.

I. Consideraciones introductorias.- II. Implicaciones del Brexit en el ámbito del Derecho Internacional Privado. 1. Situación de los Reglamentos – Roma I, Roma II y Bruselas I bis a la luz del borrador de Acuerdo de retirada. 2. El European Union Withdrawal Bill. 3. Revivir viejos textos – Bruselas 1968, Roma 1980 y Lugano I. A) Convenios de Bruselas y Roma. B) Convenio de Lugano 1988. 4. Lugano 2007. 5. Un nuevo Acuerdo. A) Modelo danés. B) Acuerdo a medida. 6. Convenios de La Haya. A) Convenio sobre acuerdos de elección de foro. B) El Proyecto sobre sentencias –Judgements Project- como alternativa. 7. Salida sin acuerdo –*hard Brexit* puro-. III. Acuerdos de elección de foro en la UE. 1. Acuerdos de elección de foro y Reglamento Bruselas I-bis. A) Respuesta a Gasser en RBI-bis. B) Subsistencia de las ‘torpedo actions’ en el nuevo sistema del Reglamento. C) vigencia hasta el 31 de diciembre de 2002. 2. Ratificación del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro por parte de la UE. A) Internacionalidad del caso. B) Validez material del acuerdo. C) Excepciones y orden público. D) Litispendencia. 3. Cláusulas de elección de foro en ausencia de acuerdo: *Hard Brexit*. A) Recurso al artículo 33 RBI-bis. B) Sumisión a tribunales extranjeros en la legislación española. C) Recurso al *rebus sic stantibus* o solicitud de daños derivados del incumplimiento del acuerdo. D) Acuerdos asimétricos. E) Cláusulas no exclusivas.- IV. Reactivación de las anti-suit injunctions. 1. Características generales de las anti-suit injunctions. 2. Medidas anti proceso y Reglamento Bruselas I-bis. 3. RU parte del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro. A) Posibilidad de adoptar anti suit injunctions en el sistema del Convenio. B) Reconocimiento de medidas anti proceso en el marco del Convenio. C) Aplicación uniforme del Convenio. D) Competencia del TJUE. 4. Medidas anti proceso en el contexto de un Brexit sin acuerdo.- V. Conclusiones.

### **I. Consideraciones introductorias**

Tras una primera consulta en el año 1975 la población del Reino Unido (en adelante RU) se vio nuevamente sometida –el 23 de junio de 2016- a un proceso en el que debían pronunciarse sobre la permanencia o no de dicho Estado en la Unión Europea (en adelante UE). Como es bien conocido el resultado de la consulta refrendó el abandono de la Unión con 17,4 millones de electores favorables que constituían un ajustado 51,9% de los votos. A pesar de las noticias que reflejaban la posibilidad de que pudiera llegar a realizarse un nuevo referéndum<sup>1</sup> o de las voces que afirman que la desanexión no llegará a producirse<sup>2</sup>, el escenario a día de hoy es de transición hacia una UE de 27 Estados con una relación aún por determinar con el RU como tercer Estado<sup>3</sup>. Todo ello además con un plazo límite establecido, incluido el periodo de transición, del 31 de diciembre de 2020<sup>4</sup>, un plazo breve habida cuenta del inmensamente complejo reto que supone para ambas partes. En este sentido cabe apuntar que, de acuerdo con el periodo transitorio pactado, nos encontramos ante el surgimiento de tres importantes acuerdos, el de transición, el de salida y el de post salida, siendo este último el más determinante en aras al establecimiento definitivo de las relaciones entre ambas partes.

Las consecuencias en el terreno de lo estrictamente político no se hicieron esperar, comenzando por la casi automática dimisión del primer ministro David Cameron, y siguen ocupando hasta la fecha titulares en medios de comunicación de todo el mundo. Recurrentes son las críticas que el Gobierno de Theresa May –primera ministra desde el 13 de julio de 2016- está recibiendo por su indefinición<sup>5</sup> y la escasez alarmante de noticias tranquilizadoras para los sectores afectados, en lo que parece una situación de absoluto estancamiento y enrocamiento en las posiciones de Londres y Bruselas.

Todo ello se ve además comprometido por la débil situación de la primera ministra tras las elecciones británicas del 8 de junio de 2017 que le situó con un Gobierno en minoría sujeto a acuerdos puntuales, cuestionado en su capacidad para llevar a buen puerto la ingente empresa que en términos de creación legislativa supondrá la salida de la Unión Europea<sup>6</sup>. Bien es cierto que dicha debilidad se ha visto algo aliviada recientemente, a la luz de la última votación<sup>7</sup> en torno a las enmiendas del European Union Withdrawal Bill<sup>8</sup>, que parecen dar un cierto respiro al partido en el Gobierno, en un momento en el que el parlamento vuelve a reclamar su peso en este proceso.

Especialmente significativas resultan en este punto algunas afirmaciones de la primera ministra en las primeras fases de la negociación<sup>9</sup>, en las que establecía una serie de líneas rojas en una drástica declaración de intenciones.

---

<sup>1</sup> Entre otras: <https://www.theguardian.com/politics/2018/jun/08/best-for-britain-recruits-mps-to-back-second-brexit-referendum> ; <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/labour-deputy-leader-tom-watson-brexit-referendum-second-referendum-sadiq-khan-a7969626.html> o

<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/sep/25/reversing-brexit-labour-conference-fringe-coalition>

<sup>2</sup><http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-latest-news-uk-leave-eu-euro-lord-michael-heseltine-tory-peer-conservative-single-currency-a7959836.html>

<sup>3</sup>

<sup>4</sup> Según establece el Artículo 121 del Borrador de Acuerdo de Retirada del Reino Unido publicado por la Comisión Europea el 28 de febrero de 2018: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft\\_withdrawal\\_agreement.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft_withdrawal_agreement.pdf)

<sup>5</sup><https://www.newstatesman.com/politics/uk/2017/09/why-governments-brexit-approach-so-inconsistent>

<sup>6</sup> Véase, entre otras referencias: <http://www.bbc.co.uk/news/election-2017-40233327>

<sup>7</sup> Resultado de la votación de enmiendas, todas ellas rechazadas con apoyo de votos no solo del Gobierno sino de parlamentarios laboristas: <https://brexitcentral.com/mps-voted-lords-amendments-eu-withdrawal-bill/>

<sup>8</sup> <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/europeanunionwithdrawal.html>

<sup>9</sup> Conferencia de su partido, octubre de 2016, recogida en DICKINSON, A., “Close the Door on Your Way Out, a Bystander’s Guide to Brexit” *Presentation to the Max Planck Institute, Hamburg*, 1 de marzo de 2017, p. 2.



*“A Great Repeal Bill to get rid of the European Communities Act – introduced in the next Parliamentary session.”*

*“Our laws made not in Brussels but in Westminster.”*

*“Our judges sitting not in Luxembourg but in courts across the land.”*

*“(…) let’s state one thing loud and clear: we are not leaving the European Union only to give up control of immigration all over again. And we are not leaving only to return to the jurisdiction of the European Court of Justice. That’s not going to happen.”*

Al margen de las derivadas políticas, los ejemplos de consecuencias prácticas son ya de sobra conocidos en relación con la libre circulación de capitales, bienes o trabajadores y, en general, con el mercado único que tanto ha beneficiado a ambas partes. En relación con el mercado único, declaraciones por parte de los representantes políticos de la UE o del RU –cuyo discurso, aunque algo más matizado recientemente, parece ofrecer pocas dudas sobre su deseo de abandonarlo- parecen indicar un cierto estancamiento en las negociaciones que obliga a plantearse la posibilidad de que no exista un acuerdo<sup>10</sup> para la salida que establezca un marco jurídico en el que dicho mercado interior pueda pervivir y desarrollarse como hasta ahora entre dos socios comerciales importantes.

La volatilidad en el valor de la libra esterlina o el *rating*<sup>11</sup> crediticio del Estado serían otros reflejos de las consecuencias que ya, en una fase tan inmadura del proceso, afectarían de manera directa a las personas. Pero existen, además de estas cuestiones macro, una serie de derivadas de menor calado, no por ello menores, como la preocupación del sector primario del RU, tremendamente desasosegado por un eventual endurecimiento de las condiciones de exportación<sup>12</sup> o las no menores consecuencias para el sector energético<sup>13</sup>, el sanitario<sup>14</sup> o incluso cuestiones tan elementales como el coste del *roaming*, recientemente eliminado entre Estados miembros por la entrada en vigor del Reglamento 2015/2120<sup>15</sup>.

En cualquier caso parece evidente que las posiciones maniqueas y enrocadas de Londres y Bruselas pueden conducir a una salida que perjudique los intereses de ambas partes.

En este sentido, el mantra, repetido en innumerables ocasiones por parte de diversos líderes europeos, de que un comercio libre entre la UE y el RU exige inexcusablemente la aceptación de la libre circulación de personas debe ser descartado por incierto. Los

---

<sup>10</sup> Son numerosos los documentos y declaraciones oficiales que apuntan a esta posibilidad como una posibilidad real. Véase el “Customs Bill: legislating for the UK’s future customs, VAT and excise regimes” en:

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/650459/customs\\_bill\\_white\\_paper\\_web.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/650459/customs_bill_white_paper_web.pdf) o declaraciones institucionales reflejadas en prensa como: “Donald Tusk raises prospect of 'no-deal' Brexit scenario” en <https://www.theguardian.com/politics/2017/oct/10/brexit-no-game-michel-barnier-ball-in-his-court>

<sup>11</sup> <https://www.ft.com/content/3ecfa8f2-9fdc-11e7-8cd4-932067fbf946>

<sup>12</sup> <https://www.theguardian.com/politics/2017/sep/26/northern-ireland-beef-farmers-call-for-five-year-brexit-transition> o <http://www.bbc.com/news/business-41570648>

<sup>13</sup> Por citar algunas consecuencias: exclusión del mercado interior de la energía, exclusión de la financiación comunitaria de infraestructuras energéticas de interés común o la exclusión del sistema de interconexiones transfronterizas para lograr el mercado único de la energía. Todo ello señalado en La afectación multisectorial del Brexit: ¿cuáles son las consecuencias jurídicas? Ana I. Mendoza Losana y Jesús Almarcha Jaime, Departamento de Gestión del Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo (Junio 2016), pp. 5-6.

<sup>14</sup> [https://www.huffingtonpost.co.uk/entry/leading-health-professionals-slam-brexit-dividend-and-demand-vote-on-eu-deal\\_uk\\_5b27cfa5e4b0783ae12bb320?ncid=fbklnkukhpmg00000001](https://www.huffingtonpost.co.uk/entry/leading-health-professionals-slam-brexit-dividend-and-demand-vote-on-eu-deal_uk_5b27cfa5e4b0783ae12bb320?ncid=fbklnkukhpmg00000001)

<sup>15</sup> Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.

acuerdos de libre comercio e inversiones, como el aprobado con Canadá<sup>16</sup>, dan fe de ello y son, sin lugar a dudas, una de las pocas estrategias que parece tener claras el titubeante Gobierno británico, que ya anunció su intención de concluir tratados con Argentina<sup>17</sup>, India, Brasil o EEUU, aunque declaraciones de la primera ministra apuntan hacia un RU miembro del TLCAN<sup>18</sup>, acuerdo este cuya pervivencia no parece muy segura con la presidencia de Donald Trump. Ello redundaría en cualquier caso en una nueva cesión de soberanía, puesto que la firma de estos tratados conlleva la aceptación de alguna autoridad, no británica, que vele por la interpretación uniforme del acuerdo, lo que resultaría a todas luces paradójico ante el anhelo británico por dejar de atenerse a la autoridad del TJUE.

Este es, como veremos a continuación, uno de los principales escollos en la negociación, dado el convencimiento de la clase política británica de los perniciosos efectos del Tribunal de Luxemburgo en el *common law*, cuando los datos no parecen arrojar la conclusión de que el Reino Unido tenga una relación particularmente tormentosa con dicho tribunal<sup>19</sup>. En términos objetivos, ni el Reino Unido ha acudido en más ocasiones al TJUE que otros Estados, ni la Comisión ha iniciado un número mayor de procedimientos contra actos legislativos británicos. Asimismo, el Reino Unido parece haber ganado más casos que otros Estados.

## II. Implicaciones del Brexit en el ámbito del Derecho internacional privado

En paralelo a la incesante proliferación de referencias en prensa a muchas de las heterogéneas consecuencias de la salida del RU de la UE, desde que se anunciara el resultado del referéndum la prospección jurídica en torno al futuro escenario derivado del Brexit ha sido objeto de numerosas aproximaciones doctrinales<sup>20</sup> centradas en el análisis de las innumerables derivadas que conllevaría la controvertida decisión del pueblo británico.

Desde la dimensión de estudio internacional privatista, la decisión supondrá que a partir del día 31 de diciembre de 2020 –agotado el periodo transitorio recogido en el Borrador de Acuerdo de Retirada del Reino Unido publicado por la Comisión Europea el 28 de

---

<sup>16</sup> Acuerdo Económico y Comercial Global UE-Canadá (CETA): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0470&from=ES>

<sup>17</sup> <https://www.excelsior.com.mx/global/inglaterra-plantea-un-acuerdo-de-libre-comercio-con-argentina-tras-brexit/1240550>

<sup>18</sup> Tratado de Libre Comercio de América del Norte, más conocido por sus siglas en inglés NAFTA (North American Free Trade Agreement), vigente desde el 1 de enero de 1994 entre Estados Unidos, Canadá y Méjico.

<sup>19</sup> Vid. NICOLAIDES, P., “Escape from the jurisdiction of the Court of Justice: A good reason to quit the European Union?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 25(1), 2018, pp. 7–21.

<sup>20</sup> Vid., entre otros: ARENAS GARCÍA, R., “Brexit y Derecho internacional privado”, *Diario La Ley*, N° 8798, 2016; ARENAS GARCÍA, R., “Brexit y Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: de lo deseable a lo posible”, *Diálogos Jurídicos*, 2018, núm. 3, pp. 17-48; HESS, B., “Back to the Past: BREXIT und das europäische internationale Privat- und Verfahrensrecht”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, n° 25, septiembre/octubre 2016, pp. 409-418; BRIGGS, A., “Secession from the European Union and Private International Law: the Cloud With a Silver Lining”, *Commercial Bar Association*, 24 de junio de 2017; CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J.M., “Brexit: the impact on judicial cooperation in civil matters having cross-border implications – a British perspective”, *European Papers: A Journal of Law and Integration*, vol. 3, n° 1, 2018, pp. 183-203; RÜHL, G., “Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters after Brexit: Which Way Forward?”, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, vol. 67, enero 2018, pp 99–128; FITCHEN, J., “The PIL consequences of Brexit”, *Dutch Journal of Private International Law (NIPR)*, n° 3 2017, pp. 411-432; DICKINSON, A., “Close the Door on Your Way Out A Bystander’s Guide to Brexit” *Presentation to the Max Planck Institute, Hamburg*, 1 de marzo de 2017; DICKINSON, A., “Back to the future: the UK’s EU exit and the conflict of laws”, *Journal of Private International Law*, 12:2, 2016, pp. 195-210.

febrero de 2018<sup>21</sup> - las normas europeas de DIPr ya no serán de aplicación en el RU. Nos estamos refiriendo, además de a las más recurrentes como los Reglamentos Bruselas I-bis, Bruselas II-bis o Roma I y Roma II a otra abundante batería de normas que vienen configurando el sistema de Derecho internacional privado de la UE en los últimos años. Concretamente podemos citar como los más relevantes instrumentos: Reglamento n° 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia<sup>22</sup>; Reglamento n° 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos<sup>23</sup>; Reglamento n° 1206/2001 sobre obtención de pruebas en materia civil o mercantil<sup>24</sup>; Reglamento n° 1393/2007 sobre notificación traslado en los Estados miembros de documento judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil<sup>25</sup>; Reglamento n° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía<sup>26</sup>, entre otros<sup>27</sup>, dejarán de estar vigentes en las relaciones jurídicas privadas con el RU, creando un contexto de inseguridad jurídica sin precedentes. Ante semejante incertidumbre la necesidad de proporcionar a los operadores jurídicos una respuesta tranquilizadora se erige en una de las prioridades en la negociación en curso<sup>28</sup>, no habiéndose clarificado sin embargo hasta la fecha cómo se pretende cumplir con dicho objetivo.

Este primer punto pretende ofrecer una visión general de las alternativas que se han venido proponiendo desde diferentes foros en aras al manteniendo de alguna suerte de instrumento de cooperación jurídica en materia civil entre los Veintisiete y un RU independiente. Nos encontramos ante un reto legislativo sin precedentes en un contexto que se erige en un verdadero “reino” del Derecho Internacional Privado<sup>29</sup>, dado que el recurso a técnicas de reglamentación adscritas a esta disciplina van a devenir

---

<sup>21</sup> Draft Withdrawal Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft\\_withdrawal\\_agreement.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft_withdrawal_agreement.pdf)

<sup>22</sup> Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia.

<sup>23</sup> Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

<sup>24</sup> Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

<sup>25</sup> Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo.

<sup>26</sup> Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía.

<sup>27</sup> Habría que citar, además: a. Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y b. Reglamento (CE) n° 1896/2006: creación de un proceso monitorio europeo.

<sup>28</sup> Así se desprende del *Joint Report from the Negotiators of the EU and the UK Government on Progress during Phase 1 of Negotiations under Art. 50 on the UK's Orderly Withdrawal from the EU* de 8 de diciembre de 2017 en el que se establece que “*On cooperation in civil and commercial matters there is a need to provide legal certainty and clarity. There is general consensus between both Parties that Union rules on conflict of laws should continue to apply to contracts before the withdrawal date and noncontractual obligations where an event causing damage occurred before the withdrawal date. There was also agreement to provide legal certainty as to the circumstances under which Union law on jurisdiction, recognition and enforcement of judgements will continue to apply, and that judicial cooperation procedures should be finalised*”

<sup>29</sup> ÁLVAREZ RUBIO, J. J., “Brexit y Gibraltar: La perspectiva de las Personas Jurídicas. Incidencia sobre la libertad de establecimiento y prestación de servicios”, *el Brexit y Gibraltar, un reto con oportunidades conjuntas*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2018.

imprescindibles para paliar la inevitable fragmentación de regímenes jurídicos que surgirá –inevitablemente- tras la efectiva desanexión.

### 1. Situación de los Reglamentos –Roma I, Roma II y Bruselas I-bis- a la luz del Borrador de acuerdo de retirada

El Borrador<sup>30</sup> al que nos referíamos someramente en párrafos precedentes es quizá la más relevante novedad en relación con el DIPr que haya visto la luz recientemente, si bien debe ser entendida como una mera hoja de ruta en la negociación en curso por parte de la UE.

No obstante sí que introduce algunas interesantes aportaciones a las que debemos referirnos en torno a la aplicabilidad de los Reglamentos sobre ley aplicable, competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones.

#### A) Roma I y Roma II

A este respecto el artículo 62 del texto indica que estas normas seguirán siendo de aplicación en el RU a contratos –Roma I- concluidos con anterioridad al 31 de diciembre de 2020 o a los daños –Roma II- igualmente acaecidos con anterioridad a dicha fecha. En cualquier caso, como se señalará en el siguiente punto, puede darse por segura la incorporación de estas normas en la legislación interna del RU.

#### B) Bruselas I-bis – competencia judicial internacional y reconocimiento/ejecución de resoluciones

En relación a la competencia judicial internacional cuestión el extenso artículo 63.1 del Borrador indica que el RBI-bis –así como los preceptos relativos a *jurisdiction* del resto de Reglamento con participación del RU<sup>31</sup> “*shall apply in respect of legal proceedings instituted before the end of the transition period*”. Es decir, mantiene su vigencia hasta la señalada fecha, previéndose un régimen especial en relación con los acuerdos de elección de foro al que nos referiremos a lo largo del presente trabajo.

En la misma línea –art. 63.3- las resoluciones adoptadas con anterioridad a la finalización del periodo transitorio serán reconocidas y ejecutadas en las mismas condiciones que lo hacen actualmente.

### 2. El European Union Withdrawal Bill<sup>32</sup>

La primera alternativa a la que debemos referirnos es el conocido comúnmente como Great Repeal Bill, leído por primera vez en la House of Commons el 13 de julio de 2017<sup>33</sup>, y llamado a incorporar en la legislación interna toda una batería de normas, replicando el *acquis communautaire*, que llenen el gigantesco vacío que dejarían los citados

<sup>30</sup> Draft Withdrawal Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community: [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft\\_withdrawal\\_agreement.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/draft_withdrawal_agreement.pdf)

<sup>31</sup> Concretamente cita los siguientes: Reglamento 2017/1001 sobre marca de la UE, Reglamento 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios, Reglamento 2100/94 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y Reglamento 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

<sup>32</sup> <https://services.parliament.uk/bills/2017-19/europeanunionwithdrawal.html>

<sup>33</sup> Última enmienda presentada en la tercera lectura del mismo el 16 de mayo de 2018: [https://hansard.parliament.uk/lords/2018-05-16/debates/98F7DF3F-ACE5-42E4-9FF6-F2BB1027EFA5/EuropeanUnion\(Withdrawal\)Bill](https://hansard.parliament.uk/lords/2018-05-16/debates/98F7DF3F-ACE5-42E4-9FF6-F2BB1027EFA5/EuropeanUnion(Withdrawal)Bill)

instrumentos europeos<sup>34</sup>. Según el Gobierno británico la legislación directamente aplicable será transformada en legislación interna, con efectos inmediatos tras la efectiva secesión<sup>35</sup>. Esta solución, al margen de la complejidad técnica que representa, plantea una serie de inconvenientes en relación con la categoría de normas que pretende incorporar, debiendo distinguirse entre aquellas de aplicación unilateral o las que requieren reciprocidad.

En este sentido es aceptada como factible la incorporación en la legislación británica de las normas equivalente a los reglamentos sobre ley aplicable, Roma I y Roma II<sup>36</sup>, dado el carácter unilateral de las mismas lo que las hace perfectamente aptas para ser adoptadas a través de este mecanismo<sup>37</sup>.

Muy diferente es la situación con las normas que exijan reciprocidad, siendo destacando el régimen de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones establecido por el Reglamento Bruselas I. No puede, en un análisis jurídico serio, afirmarse que esta sea una cuestión que el RU pueda solucionar de manera interna y no se trata, además, de una cuestión menor<sup>38</sup>.

Subsisten en cualquier caso algunos interrogantes, entre los cuales destaca el de la necesidad, en aras a una aplicación uniforme de las normas contenidas en dichos Reglamentos, de que los tribunales del RU de, al menos, tener en consideración la jurisprudencia del TJUE que inevitablemente irá matizando los Reglamentos. En caso contrario la evolución de un texto y la paralización del otro supondrían inevitablemente un factor de incertidumbre incompatible con la seguridad jurídica reforzada que exige el buen funcionamiento de la litigación internacional.

Resulta por lo tanto, particularmente para cuestiones que requieren reciprocidad, obligado ahondar en las alternativas a las que aludiremos a continuación, que van desde la vuelta a la aplicación de viejos convenios –Roma y Bruselas, predecesores de los Reglamentos homónimos-, la elaboración de un nuevo marco de relaciones –opción preferida por la doctrina- o incluso aún subsiste como opción real la posibilidad de que terminado el periodo transitorio no exista un acuerdo en relación con esta cuestión.

### 3. Revivir viejos textos –Bruselas 1968, Roma 1980 y Lugano I-

#### A) Convenios de Bruselas y Roma

El posible resurgimiento de estos instrumentos no ha sido descartado completamente –al menos desde un plano meramente teórico- por la doctrina<sup>39</sup> por lo que sigue siendo una

---

<sup>34</sup> UK Government, Department for Exiting the European Union, Legislating for the United Kingdom's Withdrawal from the European Union: <https://www.gov.uk/government/publications/the-repeal-bill-white-paper/legislating-for-the-united-kingdoms-withdrawal-from-the-european-union>

<sup>35</sup> UK Parliament, European Union (Withdrawal) Bill, Explanatory Notes, párrafos 78 y ss.

<sup>36</sup> Cuya incorporación parece confirmada en el documento “Providing a cross-border civil judicial cooperation framework, a future partnership paper”, de 22 de agosto de 2017, p. 6: “it is also our intention to incorporate into domestic law the Rome I and II instruments on choice of law and applicable law in contractual and non-contractual matters”.

<sup>37</sup> A este respecto existe cierta unanimidad en la doctrina, véase, entre otros: CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J.M., op. cit., p. 195; BRIGGS, A., “Secession...”, op. cit., p. 6.

<sup>38</sup> Relevancia que se pone de manifiesto, entre otros, en: “Brexit and Jurisdiction Clauses: Choice of Law Following the EU Referendum”, Informe del despacho Clifford Change de 27 de junio de 2016 (<https://www.cliffordchance.com/microsites/brexit-hub/briefings/brexit-and-jurisdiction-clauses-choice-of-english-law-following.html>); HOUSE OF LORDS, European Union Committee, “Brexit: justice for families, individuals and businesses?”, 20 de marzo de 2017 (<https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/134/134.pdf>) pp.21 y ss; CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J.M., op. cit., pp. 195-196.

<sup>39</sup> DICKINSON, A., “Back to...”, op. cit., pp. 201-208; BRIGGS, A., “Secession...”, op. cit., p. 3; FITCHEN, J., op. cit., p. 424; RÜHL, G., op. cit., p. 105;

opción más a valorar y a tener en cuenta en el estudio jurídico surgido en torno al Brexit. Bien es cierto que su aplicación no estaría exenta de problemas.

La primera cuestión a considerar sería la controversia en torno a la vigencia de dichos textos<sup>40</sup>, sobre la que no existe un consenso, aunque nos inclinamos a aceptar como más convincente –si bien se trata de una cuestión que requeriría un estudio pormenorizado de elementos de Derecho internacional público que excede los términos del presente trabajo– la tesis que apuesta por considerar que con la adopción de los Reglamentos Bruselas I y Roma I no se produjo una mera suspensión de los Convenios<sup>41</sup>. Muy al contrario parece razonable entender que en ningún caso se previó la posibilidad de resurgimiento de los mismos, reemplazando los nuevos textos a los anteriores para todos los miembros en común y limitando –ex art. 68 RBI– la aplicación en su caso a Aruba y territorios de ultramar de Francia.

Asimismo, en términos de mera obsolescencia en relación con los textos vigentes en la actualidad su puesta en funcionamiento supondría para los operadores jurídicos un verdadero quebradero de cabeza que en absoluto por lo que su vuelta a escena debe ser considerada cuando menos improbable<sup>42</sup>, si no directamente poco deseable<sup>43</sup>.

#### B) Convenio de Lugano 1988<sup>44</sup>

En este caso la solución es incluso más compleja, aunque la indicación del artículo 60<sup>45</sup> del Convenio puede dejar una puerta abierta por la cumplirse esta condición por parte del RU, la opinión del TJUE en relación a la competencia de la Unión para ratificar el Convenio de 2007 parece indicar la intención de este de sustituir al primero. Se trata, en cualquier caso, de un debate farragoso en el que quizá parece inoportuno detenerse dada manifiesta voluntad del Gobierno británico<sup>46</sup> de plantearse la entrada en el Convenio de Lugano en su versión de 2007 al que aludiremos a continuación.

#### 4. Lugano 2007<sup>47</sup>

Como señalábamos, atendiendo a lo dicho por el propio Gobierno británico<sup>48</sup> la adhesión del RU a la más reciente versión del Convenio de Lugano parece una alternativa muy a tener en cuenta.

En cuanto al recurrente problema de la vigencia, de acuerdo con el artículo 216 del TFUE “los acuerdos celebrados por la Unión vincularán a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros” lo que debe ser interpretado en el sentido de que el Reino Unido abandonaría, al abandonar la UE, su condición de Estado miembro del Convenio.

---

<sup>40</sup> ARENAS GARCIA, R., “Brexit y espacio...”, op. cit. p. 23; DICKINSON, “Back to...” op. cit., p. 204; RÜHL, G., op. cit., pp. 106 y ss.; HESS, B., “Back to the Past...”, op. cit., p. 417.

<sup>41</sup> ARENAS GARCÍA, R., “Brexit y espacio...”, op. cit., p. 23.

<sup>42</sup> BRIGGS, A., “Secesión...” op. cit., p. 3.

<sup>43</sup> RÜHL, G., op. cit., p. 105.

<sup>44</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-22955>

<sup>45</sup> Artículo 60.

Podrán ser partes en el presente Convenio:

a) Los Estados que, en el momento de la apertura a la firma del presente Convenio, fueren miembros de las Comunidades Europeas o de la Asociación Europea de Libre Cambio.

<sup>46</sup> Providing a cross-border civil judicial cooperation framework, a future partnership paper, párrafo 22, p. 6.

<sup>47</sup> Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007

<sup>48</sup> Providing a cross-border civil judicial cooperation framework, a future partnership paper, párrafo 22, p. 22.

Por tanto, el primer escollo vendría de la mano de determinar la manera en que podría volver a ser parte del mismo, pudiendo recurrirse a las siguientes alternativas:

a. ser miembro de la EFTA<sup>49</sup>, lo cual requeriría –ex art. 70 (1) (a) del Convenio de Lugano 2007 y art. 56 de la Convenio EFTA- aprobación del Consejo y, probablemente de la UE, en el caso de que se considerara la exigencia adicional de formar parte de la AEE<sup>50</sup>. La aceptación por parte de la UE es puesta en cuestión por algunos autores<sup>51</sup>.

b. ser miembro de la UE;

c. acceso como tercer Estado, siempre y cuando hubiera unanimidad entre las restantes partes contratantes. La probable oposición de Noruega<sup>52</sup> hace a día de hoy algo más compleja esta vía cuya idoneidad también es puesta en duda en el estado actual del texto. Aunque pueda pensarse que es mejor solución que la salida sin acuerdo, el Convenio no refleja las importantes novedades que, especialmente en materia de protección de acuerdos de elección de foro –solucionando parcialmente Gasser<sup>53</sup>-, ha introducido el RBI-bis, quedándose en la problemática, en este sentido, regulación del RBI.

Asimismo su ámbito de aplicación material se reduciría a cuestiones civiles y mercantiles, dejando fuera todas las cuestiones en materia de matrimonial y de responsabilidad parental –reguladas por el Reglamento 2201/2003- de tan significativa trascendencia práctica en atención a la litigiosidad que plantean los casos de dicha naturaleza. No obstante, la elaboración de un texto para regular dicha materia entre la UE y el RU no debería<sup>54</sup> suponer mayores problemas, debiendo en todo caso tenerse en cuenta que dicho Reglamento será sometido a una reforma en próximas fechas, por lo que resultaría prudente aguardar a que concluyera esa reforma antes de elaborar el acuerdo que corresponda con el RU.

Con todo, es una alternativa que agrada a parte de la doctrina que apuesta por la conveniencia de la opción de Lugano, siempre y cuando este fuera reformado para reflejar dichas novedades<sup>55</sup> o incluso se ha formulado la posibilidad de combinarlo con el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro al que aludiremos a continuación.

Existen no obstante autorizadas voces en la doctrina contrarios a esta alternativa, entre los que cabe destacar al profesor Burkhard Hess que dedica un artículo de manera monográfica a la cuestión<sup>56</sup> en el que esgrime, someramente, algunos inconvenientes de esta opción que la hacen a su parecer directamente inviable.

Subsiste –esta es la primera de las cuestiones a las que alude el profesor Hess- la cuestión del papel a desempeñar por el TJUE en el marco de este convenio. De acuerdo con el

---

<sup>49</sup> Siglas en inglés para la *European Free Trade Association*, formada por Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza. <http://www.efta.int/>

<sup>50</sup> De esta opinión: DICKINSON, “Back to the future...”, op. cit., p. 210.

<sup>51</sup> FITCHEN, J., op. cit., p. 431.

<sup>52</sup> <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/7677327/07/16/Tras-el-Brexit-la-EFTA-es-una-opcion-para-el-Reino-Unido-pero-Noruega-se-opone.html><https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/aug/24/brexit-eeb-britain-efta>

<sup>53</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 9 de diciembre de 2003, Gasser, C-116/02, EU:C:2003:657 citada.

<sup>54</sup> De esta opinión: ARENAS GARCÍA, R., “Brexit y espacio...”, op. cit., p. 25.

<sup>55</sup> AHMED, M. y BEAUMONT P., “Exclusive choice of court agreements: some issues on the Hague Convention on choice of court agreements and its relationship with the Brussels I recast especially anti-suit injunctions, concurrent proceedings and the implications of BREXIT”, *Journal of Private International Law*, vol. 13 2017, p. 3; House of Lords, European Union Committee, “Brexit: justice for families, individuals and businesses?” p. 37, párrafo 122.

<sup>56</sup> HESS, B. “Unsuitability of the Lugano Convention (2007) to Serve as a Bridge between the UK and the EU after Brexit” *Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law Research Paper Series* | N° 2 2018,

artículo 1 del protocolo II del Convenio “los tribunales que apliquen e interpreten el presente Convenio tendrán debidamente en cuenta los principios establecidos en las decisiones relevantes sobre la(s) disposición(es) de que se trate, la(s) disposición(es) similares del Convenio de Lugano de 1988, y los instrumentos a que se refiere el artículo 64, apartado 1, del presente Convenio, dictadas por los tribunales de los Estados vinculados por el presente Convenio y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.”

Por lo tanto la obligación quedaría reducida a la buena fe en la observancia de la jurisprudencia del TJUE, quedando una ventana abierta a los tribunales británicos a un eventual examen de la decisión del TJUE<sup>57</sup>. Yendo un paso más lejos, aludiendo a la práctica jurisprudencial del Tribunal Federal Suizo, el mismo profesor Hess refleja la constatable desviación de los criterios del TJUE en dicho Estado, quedando el papel de dicho tribunal absolutamente disuelto en la práctica. Todo ello derivado de la ausencia de obligaciones expresas ni sanciones por incumplimiento en el citado Protocolo II.

Por otro lado –segunda de las cuestiones a las que se refiere el profesor Hess- no puede pasarse por alto las enormes diferencias entre las culturas procesales del *civil law* y el *common law*. Prueba de ello pueden citarse, por ser además objeto de estudio en el presente trabajo, las *anti-suit injunctions*, vetadas en el sistema del RBI-bis. Es previsible, como veremos, que dichas figuras sean recuperadas en un escenario post-Brexit incluso sujeto a textos como el Convenio de Lugano dada la flexibilidad a la que nos referíamos en relación con la jurisprudencia del TJUE. La aplicación uniforme del texto por tanto resultaría, por los motivos expuestos, inviable con las distorsiones que ello conllevaría.

## 5. Un nuevo Acuerdo

La formulación de un nuevo Acuerdo requiere realizar una primera distinción entre dos escenarios, siendo la primera el desarrollo de un texto a imagen y semejanza del vigente actualmente con Dinamarca o la creación de un Acuerdo a medida.

### A) Modelo danés

Más allá de la complejidad que podría, en su caso, suponer la aceptación del acuerdo de manera unánime por parte de todos los socios europeos, la cuestión más espinosa y sin duda la más recurrente en este periodo de negociaciones será nuevamente la del papel del TJUE en este escenario de nuevo acuerdo UE-UK. Aunque el RU parece suavizar sus posturas respecto de dicho tribunal<sup>58</sup> este sigue siendo un notable escollo, fundamentalmente por las consecuencias políticas que se pueden derivar del mismo, cuando el mantra repetido hasta la saciedad por los “*brexiters*” ponía una clara línea roja en esta cuestión.

Es por ello que se ha planteado<sup>59</sup> la alternativa de un acuerdo al estilo del que vincula a la UE con Dinamarca<sup>60</sup> (en adelante Acuerdo UE-Dinamarca) en el que el TJUE, aunque

<sup>57</sup> De esta opinión: CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J.M., op. cit., p. 199.

<sup>58</sup> Policy Paper: Legislating for the United Kingdom’s withdrawal from the European Union, última actualización: 15 de mayo de 2017 (<https://www.gov.uk/government/publications/the-repeal-bill-white-paper/legislating-for-the-united-kingdoms-withdrawal-from-the-european-union>), epígrafe 2.16: “(...) the intention is not to fossilise the past decisions of the CJEU forever. As such, we propose that the Bill will provide that historic CJEU case law be given the same binding, or precedent, status in our courts as decisions of our own Supreme Court.”

<sup>59</sup> House of Lords, European Union Committee, “Brexit: justice for families, individuals and businesses?”, p. 33.

<sup>60</sup> Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y



presente, tiene un papel algo más matizado. De acuerdo con el Acuerdo UE-Dinamarca-art. 6- “(...) cuando los órganos jurisdiccionales de Dinamarca interpreten el presente Acuerdo, tendrán debidamente en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por lo que respecta a las disposiciones del Convenio de Bruselas, el Reglamento de Bruselas I y cualesquiera otras normas de desarrollo comunitarias.” “Tener debidamente” en cuenta podría ser políticamente más asumible que otras soluciones para los británicos y, existiendo un precedente, parece razonable pensar que podría ser aceptado por los Estados miembros de la UE.

En la misma línea existiría otro escollo técnico en el mismo artículo –en sentido opuesto-, ya que este remite a Dinamarca al TJUE para la interpretación –si bien no vinculante como se acaba de argumentar- del Reglamento en condición de Estado miembro, posición que no ostentaría en ningún caso el RU.

Por último, cualquier acuerdo que se vincule con los Reglamentos (Roma I o Bruselas I-bis) podría resultar problemática en relación a la posición del RU ante una eventual reforma de los mismos. Puede pensarse<sup>61</sup> que querrían tener voz en esa reforma y ello podría no ser tan fácilmente asumible para la UE por tratarse de un tercer Estado que expresamente ha querido abandonar la Unión y sus valores. La alternativa pasaría, una vez más, por un acuerdo similar al concluido con Dinamarca<sup>62</sup> en el que el RU decidiera su aceptación o no de las enmiendas que se produjeran a los textos, siempre y cuando existiera un mínimo compromiso –que podemos dar por sentado- con los citados valores europeos.

#### B) Acuerdo a medida

Son muchas las voces<sup>63</sup> que claman por un acuerdo a medida en el campo de la jurisdicción, reconocimiento y ejecución de resoluciones como la solución ideal a largo plazo en términos, fundamentalmente, de seguridad jurídica. Algunos, incluso, lo consideran la única opción realmente viable en la práctica<sup>64</sup> por cuanto que podría atajar de manera mucho más eficaz las divergencias a nivel de culturas procesales –*civil law* v. *common law*- a las que nos hemos referido en los párrafos precedentes.

Cuestiones como el papel del TJUE siguen siendo, sin embargo, el gran obstáculo a sortear dada la necesidad, en cualquier caso, de establecer un foro que pudiera dar una interpretación uniforme a ese nuevo texto.

En conexión con lo antedicho, una negociación como la que representa un nuevo texto se antoja enormemente ambiciosa en el corto periodo de tiempo con el que cuentan las partes para llegar a un acuerdo, lo que hace plantearse la posibilidad de, en su caso, prorrogar la aplicación de los Reglamentos durante ese periodo transitorio –aceptada por el RU en aras a llevar a cabo una transición lo menos traumática posible<sup>65</sup>, lo que nos lleva a

---

mercantil (DO L 299 de 16.11.2005, p. 62), modificado por el Acuerdo homónimo de 21 de septiembre de 2013 para expresar la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis al Reino de Dinamarca.

<sup>61</sup> De esta opinión RÜHL, G., op. cit., p. 121.

<sup>62</sup> Artículos 3.1 y 3.2 acuerdo UE – Dinamarca, cit.

<sup>63</sup> Así lo entienden: el propio Gobierno británico en “Providing a cross-border civil judicial cooperation framework, a future partnership paper”, p. 6: “The UK will therefore seek an agreement with the EU that allows for close and comprehensive cross-border civil judicial cooperation under the current EU framework”; CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J.M., op. cit. p. 197; HESS, B., “Unsuitability...” op. cit. p. 8; LEHMANN, M., y D’SOUZA, N., “What Brexit Means for the Interpretation and Drafting of Financial Contracts”, *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law (JIBFL)*, febrero 2017, p. 2.

<sup>64</sup> HESS, B. “Unsuitability...”, op. cit. p. 8.

<sup>65</sup> “Providing a Cross-Border Civil Judicial Cooperation Framework. A Future Partnership Paper”, párrafo 23.

prorrogar la jurisdicción del TJUE, con lo que ello conlleva. La flexibilidad del RU a este respecto será, como en muchos otros momentos de la negociación, determinante.

## 6. Convenios de La Haya

A pesar de la referencia genérica a los “Convenio de La Haya” el único Convenio vigente que puede ofrecer una solución significativa en determinados aspectos de DIPr es el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, ratificado por la UE y vigente desde el 1 de octubre de 2015. Sin perjuicio del análisis más exhaustivo que en páginas posteriores se haga del citado texto en relación con el objeto del presente trabajo conviene en este punto señalar los aspectos más relevantes en el escenario del DIPr post-Brexit.

### A) Convenio sobre acuerdos de elección de foro

El, por el momento, poco exitoso instrumento –en términos de ratificaciones- ha vuelto a la palestra por la posibilidad de que el RU pudiera articular a través del mismo una parte de sus futuras relaciones jurídicas con la UE, siquiera de forma transitoria hasta la aprobación del mucho más ambicioso Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias. Podría ser, además, como proponen algunos autores<sup>66</sup>, un convenio complementario al Convenio de Lugano, reforzando la eficacia de los acuerdos de elección de foro.

La apuesta del Gobierno británico por esta alternativa se plasmó en el documento “Providing a Cross-Border Civil Judicial Cooperation Framework. A Future Partnership Paper”, resultando una suerte de declaración de intenciones a la que no podemos otorgarle, en principio, mayor valor que eso. No obstante, la apuesta por la ratificación en RU del Convenio se antoja probable, más aún si tenemos en cuenta que depende exclusivamente de la voluntad de Estado, no requiriendo la aceptación del resto de miembros. La adopción de este instrumento proporcionaría a las relaciones comerciales entre ambos bloques un régimen que se asemejaría considerablemente al régimen del RBI-bis sin la contrapartida del sometimiento al TJUE. Es quizá por todo ello que desde la doctrina inglesa esta alternativa se da poco menos que por segura<sup>67</sup>.

Los beneficios de esta vía son significativos y no se limitarían a la simple efectividad de los acuerdos de elección de foro a favor de tribunales británicos –aunque en condiciones sustancialmente diferentes de las que establece el Reglamento-. A través del Convenio se garantizaría la circulación de resoluciones resultantes de dichos acuerdos entre tribunales británicos y de los Estados miembros. Por todo ello existe un cierto consenso al considerar que se trata de una opción no solo probable sino bastante deseable<sup>68</sup>.

#### a) Vigencia

La ratificación del Convenio, en cualquier caso, vendría de la mano de ciertas dudas respecto de si su vigencia se entendería extendida, sin interrupciones, para el RU, como miembro que es en la actualidad a través de la UE. Se trata de una interrogante con una consecuencia práctica evidente, en aplicación del artículo 16 del propio Convenio, que indica que se aplicará, para el Estado designado, a partir de su entrada en vigor en dicho Estado. Si, como entienden algunos autores<sup>69</sup>, la ratificación en nombre propio del mismo

---

<sup>66</sup> House of Lords, European Union Committee, “Brexit: justice for families, individuals and businesses?” p. 37, párrafo 123.; FITCHEN, J., op. cit., p. 430.

<sup>67</sup> AHMED, M., “BREXIT and English Jurisdiction Agreements: The Post-Referendum Legal Landscape”, *European Business Law Review*, nº 989, 2016, p. 7.

<sup>68</sup> BRIGGS, A., “Secesion...”, op. cit., p. 25.

<sup>69</sup> AHMED, M., “BREXIT and English...” op. cit., p.7.

no supone la interrupción de su vigencia el texto seguiría vigente sin plantear mayores incertidumbres para los potenciales litigantes en un potencial periodo transitorio.

Otros autores plantean<sup>70</sup> sin embargo la necesidad, en aras a que no se produzca una interrupción en la vigencia del texto, que la UE habilite al RU para poder ratificar en nombre propio el Convenio.

#### B) El Proyecto sobre sentencias –*Judgements Project*- como alternativa

Se trata de otro texto en el que se viene trabajando en el seno de la Conferencia de La Haya desde el año 1992, lo que da cuenta de la complejidad que entraña codificación uniforme de estas cuestiones a escala supranacional que sin embargo parece estar avanzando de manera esperanzadora en las últimas fechas, habiéndose publicado un borrador del texto el pasado mayo de 2018<sup>71</sup> (en adelante Borrador) y un estudio del Parlamento Europeo<sup>72</sup> sobre el proyecto, lo que denota el interés de la UE en el mismo y supone una demostración de que esta vez parece que estamos ante un intento serio de lograr ese gran texto internacional de *conflict of laws*.

Se trata, a diferencia del texto al que nos referíamos en el epígrafe anterior, de un proyecto notablemente más ambicioso por cuanto que no se limita a una realidad tan específica como los acuerdos de elección de foro, sino que extiende su ámbito de aplicación a aspectos generales de reconocimiento y ejecución de resoluciones en su ámbito de aplicación material, similar en gran medida al del Reglamento Bruselas I-bis aunque limitado<sup>73</sup>, por cuanto que parece haber renunciado a regular cuestiones de competencia judicial internacional como se preveía en los primeros borradores.

Aunque el artículo 1 del Borrador extiende su aplicación a cuestiones civiles y mercantiles incluye una amplia lista de excepciones, comprensibles en un texto que pretenda lograr un mínimo consenso a escala internacional<sup>74</sup>, en absoluto comparable con un reglamento como el RBI-bis que se sustenta en un mínimo común de los Estados miembros que permite legislar de manera evidentemente más valiente.

A pesar de dichas limitaciones se configura como una de las grandes propuestas armonizadoras del Derecho internacional privado a escala, potencialmente, mundial por lo que debe considerarse bienvenido, máxime en la situación a la que se refiere el presente trabajo, pudiendo suponer una solución muy satisfactoria para los intereses de un Reino Unido fuera de la Unión Europea –al menos en el concreto ámbito de la circulación de decisiones.

---

<sup>70</sup> ARENAS GARCÍA, R., “Brexit y espacio...” op. cit. pp. 22-23.

<sup>71</sup> <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf>

<sup>72</sup> [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604954/IPOL\\_STU\(2018\)604954\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604954/IPOL_STU(2018)604954_EN.pdf)

<sup>73</sup> Especialmente relevante en este sentido resulta el hecho de que las últimas versiones del borrador parecen haber apartado completamente la idea de regular cuestiones de competencia judicial internacional, centrándose exclusivamente en un texto que, en aras quizá a lograr un mayor consenso, recoge normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones entre Estados.

<sup>74</sup> Article 2 Exclusions from scope

1. This Convention shall not apply to the following matters – (a) the status and legal capacity of natural persons; (b) maintenance obligations; (c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships; (d) wills and succession; (e) insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters; (f) the carriage of passengers and goods; (g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage; (h) liability for nuclear damage; (i) the validity, nullity, or dissolution of legal persons or associations of natural or legal persons, and the validity of decisions of their organs; (j) the validity of entries in public registers; (k) defamation; [(l) privacy], except where the proceedings were brought for breach of contract between the parties;] [(m) intellectual property [and analogous matters];] [(n) activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties;] [(o) law enforcement activities, including the activities of law enforcement personnel in the exercise of official duties;] [(p) anti-trust (competition) matters].

Bien es cierto que no conviene dejarse llevar por el optimismo, ya que por avanzado que parezca estar el proceso de elaboración no se prevé la culminación de un texto definitivo a corto plazo.

#### 7. Salida sin acuerdo –*hard Brexit* puro-

En ausencia de instrumentos internacionales como los descritos, en la más pura versión del bautizado como *hard Brexit*, el Derecho de la UE dejaría de ser de aplicación entre los Veintisiete y el Reino Unido en cuestiones para las que se requiere reciprocidad, fundamentalmente afectado se vería el atractivo del RU como sede de resolución de conflictos por el mero hecho de que los tribunales británicos se verían en la tesitura de aplicar exclusivamente *common law* y que las resoluciones pronunciadas por los mismos perderían automáticamente su pasaporte europeo. Esta es una opción, sin embargo, que en absoluto puede ser descartada<sup>75</sup>.

Si bien en un primer momento la vuelta a las normas internas pudo haber sido percibido como una situación poco menos que catastrófica para el Reino Unido no faltan las voces que llaman a la calma y que consideran esta una “*ready, workable solution*”<sup>76</sup> ya que “*If (...) neither the opening of Lugano nor terms for a new bilateral treaty is on the table, the United Kingdom would do just fine*”<sup>77</sup>, aunque no puede obviarse la percepción más general en el sentido de considerar que plantea más inconvenientes que ventajas<sup>78</sup>.

Cabe, no obstante, detenerse en los argumentos esgrimidos por aquellos que tienen una percepción más positiva de la salida sin acuerdo:

- a) Existencia de convenios/tratados bilaterales. Existen en la actualidad tratados vigentes entre el RU y Austria, Bélgica, Francia, Alemania, Italia, los Países Bajos o incluso España<sup>79</sup> que permitirían, en su caso, un reconocimiento mutuo de decisiones. No obstante, al margen de las discrepancias<sup>80</sup> que pudieran surgir en cuanto a la vigencia de los mismos desde el estudio internacional publicista, se trata de acuerdos con Estados que, si bien representan un alto porcentaje de la población europea y que, además, se trata de las economías más boyantes, no puede considerarse un buen escenario –y a buen seguro así será percibido por los operadores jurídicos- para la litigación en Reino Unido.
- b) Jurisdicción más abierta para tribunales británicos. Sin las limitaciones del Reglamento autores como Briggs<sup>81</sup> apuestan como gran beneficio de la vuelta al Common Law por la posibilidad de llevar a demandados no británicos ante la jurisdicción británica en virtud de las normas de competencia internas, cuyo espectro de aplicación es notablemente más amplio que el actualmente vigente texto armonizado.
  - Asimismo, la situación de los acuerdos de elección de foro estaría regida por la norma interna, con las consecuencias a las que se aludirá en las próximas páginas.
  - Las normas de litispendencia del Reglamento tampoco serían de aplicación, con lo que no existiría obligación de suspensión del

<sup>75</sup> Vid. FITCHEN, J., op. cit., p. 422;

<sup>76</sup> House of Lords, European Union Committee, “Brexit: justice for families, individuals and businesses?” párrafo 46 pp. 19-20.

<sup>77</sup> BRIGGS, A., “Secesión...” op. cit., p. 25.

<sup>78</sup> House of Lords, European Union Committee, “Brexit: justice for families, individuals and businesses?”, pp. 19 y ss.

<sup>79</sup> Convenio entre España y Gran Bretaña sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales, de 27 de junio de 1929, Gaceta de Madrid, 10-IV-1930.

<sup>80</sup> Vid. BRIGGS, A., “Secesión...” op. cit., p. 16; RÜHL, G., op. cit., p. 115.

<sup>81</sup> BRIGGS, A., “Secesión...” op. cit., p. 20.

procedimiento en los términos de dicho texto. Esta cuestión también será tratada expresamente a continuación.

- c) En la misma línea, se recuperarían figuras de Derecho anglosajón tan icónicas como las medidas anti proceso (*anti-suit injunctions*) o el *forum non conveniens*.

Se resta importancia igualmente a las consecuencias de no poder reconocer/ejecutar una resolución británica fuera del RU, apoyándose en que en la práctica bastará a menudo con poder ejecutarla a nivel interno, dada la alta implantación de sedes, filiales o demás figuras afines de sociedades multinacionales en las islas. Es por ello que la situación de tener una deuda declarada por un tribunal británico no es una situación deseable para ninguna entidad con vocación internacional.

En cualquier caso, dado que los litigios o controversias en materia comercial o familiar seguirán siendo frecuentes, y esta es una realidad que ni la UE ni el RU pueden desconocer, esto exigirá la elaboración de normas siquiera unilaterales lo que nos sitúa en lo que ARENAS<sup>82</sup> ha descrito como “doble unilateralidad”. Resultarán especialmente relevantes las respuestas que, desde el RU y su *common law*, se den a situaciones de litispendencia o conexidad con procedimientos iniciados con anterioridad al Brexit. Si bien el Borrador de salida<sup>83</sup> soluciona parcialmente la cuestión en relación con los casos iniciados con anterioridad o con los acuerdos de elección de foro celebrados antes del 31 de diciembre de 2020, aún quedan supuestos de conexidad que plantearían algunos interrogantes. Por otro lado, en cuanto al reconocimiento y ejecución, el Borrador también parece contemplar que este pueda darse con respecto a resoluciones adoptadas con anterioridad a la fecha de salida.

Desde la perspectiva de la UE, en ausencia de acuerdo deberemos remitirnos a las normas que, respecto de terceros Estados, establezcan cada uno de los Estados, con las diferentes soluciones que de ello se pudiera derivar en cada caso. A este respecto resulta muy acertada la propuesta de ARENAS<sup>84</sup> que sugiere que debería considerarse una regulación armonizada de los Estados miembros, en virtud del artículo 81 TFUE.

### **III. Acuerdos de elección de foro en la UE**

En un Estado consagrado ya como el principal centro de resolución de conflictos en comercio internacional a través de acuerdos de elección de foro –siendo además mayoritariamente la ley inglesa la elegida en dichos acuerdos- este contexto de incertidumbre resulta, a pesar de los esfuerzos desdramatizadores de algunos autores<sup>85</sup>, un elemento distorsionador de las relaciones comerciales RU-UE cuyas consecuencias se prevén negativas por cuanto que las resoluciones dictadas en el RU no gozarán del estatus que les confiere su pertenencia al RBI-bis.

Tanto es así que desde la celebración del referéndum surgieron no pocas voces que proclamaban diferentes sedes dentro de la UE como potenciales nuevos *hubs* de resolución de conflictos en comercio internacional. Recientemente dichos pronósticos parecen materializarse con la creación inminente de sendas cortes comerciales internacionales llamadas a atraer los litigios que, previsiblemente, busquen la seguridad jurídica del espacio judicial europeo.

---

<sup>82</sup> ARENAS GARCÍA, R., “Brexit y espacio...”, op. cit. pp. 26 y ss.

<sup>83</sup> Vid. supra cita 21.

<sup>84</sup> ARENAS GARCÍA, R., “Brexit y espacio...”, op. cit., p.27.

<sup>85</sup> BRIGGS, A., “Secession...”, op. cit., pp. 16 y ss.; House of Lords, European Union Committee, “Brexit: justice for families, individuals and businesses?”, párrafo 46, pp. 19-20.

Concretamente el Gobierno belga acaba de publicar un proyecto de ley<sup>86</sup> destinado a la creación del *Brussels International Business Court*, una corte cuyo idioma de funcionamiento será el inglés y que se regirá por las flexibles reglas –si bien se trata de un órgano jurisdiccional estatal- de la Ley Modelo UNCITRAL. Se prevé su puesta en funcionamiento para el 1 de enero de 2020.

En la misma línea Estados como Alemania<sup>87</sup>, Francia<sup>88</sup> o Países Bajos<sup>89</sup> se encuentra en procesos de creación de organismos análogos, lo que parece ser prueba irrefutable de que el pronóstico en dichos Estados es el de la llegada de abundantes litigios que, en otro contexto, habrían sido resueltos ante tribunales británicos.

La cuestión de los acuerdos de elección de foro es, por tanto, crítica en el proceso de abandono del RU y ha generado un interés notable en la doctrina<sup>90</sup>, principalmente anglosajona, pero cuyas derivadas, dado que se trata de comercio internacional, no nos son ajenas al otro lado del canal de la Mancha.

Conviene señalar en este punto que las siguientes páginas pondrán el foco exclusivamente en la vertiente jurisdiccional de los acuerdos de elección de foro, dado que la alternativa, el arbitraje, no se verá previsiblemente afectado por el Brexit. Tratándose de cuestiones recogidas en el Convenio de Nueva York<sup>91</sup>, el arbitraje sería, de hecho, el gran beneficiado de todo este proceso, puesto que en la práctica seguirá permitiendo litigar en el RU con aplicación de la ley inglesa sin mayores inconvenientes.

### 1. Acuerdos de elección de foro y Reglamento Bruselas I-bis

Por el momento, y hasta la efectiva materialización del Brexit, la norma que regula los acuerdos de elección de foro en supuestos de relaciones comerciales entre el RU y el resto de Estados miembros es el Reglamento Bruselas I-bis.

En esta última versión del Reglamento, además, se introducen una serie de cambios entre los que destaca el reforzamiento de los acuerdos de elección de foro en los términos en los que se verá a continuación. Se trata de una cuestión cuya regulación anterior debía ser reformada, particularmente después de la sentencia del caso Gasser<sup>92</sup>, extensamente tratada en la doctrina<sup>93</sup>.

En dicho caso, que enfrentaba a una compañía italiana (MISAT) con una compañía austriaca (Gasser), la primera entablaría una demanda contra la segunda ante los tribunales italianos contraviniendo el acuerdo de elección de foro que existía a favor de los tribunales austriacos, consciente el demandante de la extraordinaria lentitud de los

---

<sup>86</sup> [www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3072/54K3072001.pdf](http://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3072/54K3072001.pdf)

<sup>87</sup> <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-frankfurt-gerichtsstandort-kammer-englischsprachig-handelssachen/>

<sup>88</sup> [http://www.justice.gouv.fr/publication/Rapport\\_chambres\\_internationales.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Rapport_chambres_internationales.pdf)

<sup>89</sup> <https://netherlands-commercial-court.com/>

<sup>90</sup> AHMED, M., op. cit.; AHMED, M. y BEAUMONT P., “Exclusive choice of court agreements: some issues on the Hague Convention on choice of court agreements and its relationship with the Brussels I recast especially anti-suit injunctions, concurrent proceedings and the implications of BREXIT”, *Journal of Private International Law*, vol. 13 2017; LORENTE MARTÍNEZ, I., “Brexit y cláusulas de sumisión en los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 9, N°2, octubre 2017, pp. 408-418.

<sup>91</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

<sup>92</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 9 de diciembre de 2003, Gasser, C-116/02, EU:C:2003:657.

<sup>93</sup> Vid., entre otros: MANCE, J., “Case Comment: Exclusive Jurisdiction Agreements and European Ideals”, *Law Quarterly Review* n° 120, 2004, p. 357; BRIGGS, A., “The Impact of Recent Judgments of the European Courton English Procedural Law and Practice”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, N° 11/2006; WILKE, F. M., “The impact of the Brussels I Recast in important “Brussels” case law”, *Journal of Private International Law*, 11:1, 2015, pp. 128-142.

procesos en Italia y buscando precisamente esa demora –de ahí la denominación de esta maniobra como “torpedo italiano”-, con el consiguiente incremento de gastos, y molestias, para el demandado. Después de entablada la primera acción Gasser trató de hacer valer el acuerdo ante los tribunales austriacos, encontrándose con la oposición del TJUE en aplicación del artículo 21 RBI cuya estrictamente cronológica regla de litispendencia consagraba el principio de *prior in tempore, potior in iure* que en este caso daba como resultado una solución manifiestamente desafortunada, si bien ajustada al texto del RBI vigente, inflexible respecto de esta cuestión.

#### A) Respuesta a Gasser en RBI-bis

Las consecuencias de la sentencia, en la que se frustraban las expectativas legítimas de las partes, por no hablar de la seguridad jurídica, fue tenida en cuenta por la propia Comisión Europea<sup>94</sup> a la en su propuesta de nuevo Reglamento –en línea con lo sugerido por el Parlamento Europeo en su Informe sobre la aplicación y revisión del RBI<sup>95</sup> o el Libro Verde sobre la revisión del RBI<sup>96</sup>- y concluyó con un nuevo texto en el que el reforzamiento de los acuerdos de elección de foro es uno de los objetivos fundamentales. Para lograr dicho objetivo el legislador optó por introducir el nuevo artículo 31.2, cuyo tenor literal establece la obligación, una vez presentada la demanda ante el tribunal designado por las partes, de suspender el procedimiento a todo tribunal diferente de este que estuviera conociendo del mismo asunto hasta que el tribunal designado decidiese sobre su competencia. Declarándose este competente los demás tribunales deberán abstenerse en dicho asunto. Mediante este precepto parece eliminarse, al menos a primera vista, el riesgo de que alguna de las partes pueda recurrir al citado “torpedo italiano”.

##### a) Examen de existencia y validez del acuerdo

En este punto podemos establecer diferentes aproximaciones en torno al nivel de exhaustividad con el que el tribunal no elegido, llamado a suspender el procedimiento, debe examinar la existencia y validez del acuerdo.

En los dos extremos estarían, por un lado, la intervención/supervisión total del tribunal no elegido y por otro lado la de inexistencia de control alguno, bastando la simple aseveración del hecho por parte del demandado ante el foro no elegido. Más en el plano teórico que en el práctico, algunos autores<sup>97</sup> sugieren la posibilidad de que el tribunal no elegido y al que primero se somete la controversia realizara una revisión referente a determinar si se dan los requisitos establecidos en el artículo 25 RBI. No existen a nuestro

---

<sup>94</sup>Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM (2010) 748, sección 1.2: “Ha de mejorarse la eficiencia de los acuerdos de elección de foro. Actualmente, el Reglamento obliga al órgano designado por las partes en un acuerdo de elección de foro a suspender el procedimiento si primero se somete el asunto a otro tribunal. Esta regla permite a los litigantes que actúan de mala fe retrasar la resolución del litigio en el foro designado sometiendo primero el asunto a un tribunal no competente. Esta posibilidad genera costes y retrasos adicionales y socava la seguridad jurídica y la previsibilidad en la solución de conflictos que se supone deberían favorecer los acuerdos de elección de foro.”

<sup>95</sup> Informe sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 2009/2140(INI), en sus epígrafes 12 y 13 señala la importancia de solucionar la problemática derivada de las acciones torpedo liberando “al tribunal designado en un acuerdo de elección de foro de su obligación de suspender el procedimiento con arreglo a la excepción de litispendencia”.

<sup>96</sup> Libro Verde sobre la revisión del reglamento (ce) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2009) 175 final, pp. 5-6.

<sup>97</sup> BERGSON, I., “The death of torpedo action? The practical operation of the Recast’s reforms to enhance the protection for exclusive jurisdiction agreements within the European Union”, *Journal of Private International Law*, 11:1, 2015, pp. 8-9.

juicio argumentos jurídicos suficientes para defender este criterio que descarta la literalidad del Reglamento en su considerando 22 y en el propio artículo 31.2.

Entre las dos posiciones comentadas, algunos autores<sup>98</sup> afirman que el mandato del considerando 22 del Reglamento debe entenderse en el sentido de privar al tribunal no designado de hacer ningún tipo de valoración sobre la validez de la cláusula, ni mucho menos pudiendo comprobar su adecuación a los requisitos del artículo 25. Sería admisible, no obstante, la necesidad de proporcionar al tribunal no elegido algo más que la simple aseveración de la existencia de la cláusula, requiriéndose al menos probar *prima facie* que se cumple lo establecido en el artículo 31.2, es decir, que se ha iniciado otro procedimiento entre las mismas partes ante otro tribunal en virtud de una cláusula de elección de foro. El informe Dickinson<sup>99</sup>, en esta línea, proponía un nuevo artículo 29.3 cuya redacción, no adoptada, aclararía notablemente la cuestión. Según dicho autor el nuevo precepto podría haber sido el siguiente:

*“The courts of Member State whose jurisdiction is contested on the ground that the parties have agreed that the court or courts of another Member State have exclusive jurisdiction under Article 23(1) shall, unless their own jurisdiction is based on Article 22 or Article 23, stay proceedings once the Member State court or courts which are claimed to have been chosen are seised of proceedings to determine, as their main object or as an incidental question, the existence, validity or effects of the choice of court agreement with respect to the dispute between the parties.*

*This paragraph shall apply regardless of which court was first seised.”*

El postulado defendido por dichos autores, y otros<sup>100</sup>, sería por tanto el de la mínima intervención del tribunal del Estado no designado por la cláusula bastando la presentación ante el tribunal no elegido de la más simple prueba documental de que la demanda ante el tribunal designado ha sido presentada y de la existencia de la cláusula. No obstante, como no es algo que establezca expresamente el Reglamento, queda, por ahora, abierto a la interpretación del TJUE.

#### B) Subsistencia de las "torpedo actions" en el nuevo sistema del Reglamento.

No obstante, ante la falta de determinación por parte del RBI-bis de lo exigible por parte del tribunal no elegido para declinar o suspender su competencia, nada impide, técnicamente<sup>101</sup>, que el tribunal no elegido rechace renunciar a su competencia por considerar que, dentro del nivel de intervención que finalmente ejerza, no existe evidencia suficiente del cumplimiento de lo establecido en el artículo 31.2. y emita una resolución que podría –no existe previsión de lo contrario en el Reglamento- circular dentro de la Unión, debiendo ser reconocida incluso en el Estado designado en la cláusula. Esta paradójica consecuencia, que puede extraerse de la sentencia del caso Gothaer<sup>102</sup>,

<sup>98</sup> DICKINSON, A. y LEIN, E., op. cit., p. 340.

<sup>99</sup> DICKINSON, A., “The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast) (“Brussels I bis” Regulation)”, *Sydney Law School Research Paper N° 11/58*, 2011.

<sup>100</sup> NUYTS, A., “La refonte du règlement Bruxelles I”, *Revue critique de droit international privé*, N°1 2013, p. 52; HEINZE, C., “Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation.” *Max Planck Law Research Paper N° 11/5* 2011, p. 591; HARTLEY, T.C., *Choice-of-court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 312 y ss.

<sup>101</sup> DICKINSON, A. y LEIN, E., op. cit. p.341.

<sup>102</sup> Sentencia del tribunal de justicia (Sala Tercera) de 15 de noviembre de 2012, Gothaer, EU:C:2012:719.



supondría en la práctica la subsistencia de la *torpedo action* al amparo del nuevo RBI-bis, así lo entiende parte de la doctrina europea<sup>103</sup>.

Convendría por tanto, en ausencia de una norma que esclarezca la cuestión –puesto que no es esperable una reforma del Reglamento a corto plazo- esperar a una resolución del TJUE que establezca un estándar autónomo y uniforme para todos los Estados miembros de cara a apreciar la existencia y validez del acuerdo por parte del tribunal no elegido. En cualquier caso, resulta esencial que dicha apreciación no presente la forma de una resolución relativa a la validez del acuerdo, dado que de la letra del RBI-bis se extrae, claramente, la idea de la exclusividad del tribunal elegido para resolver sobre su competencia. Cabe puntualizar a este respecto que el considerando 22 se refiere a la validez del acuerdo, no así a la existencia del mismo, por lo que este sería a nuestro entender<sup>104</sup> el margen de apreciación del tribunal no elegido, la mera determinación de la existencia del acuerdo.

### C) Vigencia hasta 31 de diciembre de 2020

A este respecto, como señalábamos, el Borrador de salida de 28 de febrero de 2018<sup>105</sup> introduce una aportación interesante, puesto que garantiza –recordemos que no se trata de una norma, sino un documento negociador- la vigencia de los acuerdos de elección de foro válidamente celebrados con anterioridad a la fecha efectiva de abandono de la UE. El citado artículo 25 será por tanto de aplicación a pesar de que el procedimiento se inicie con posterioridad a dicha fecha.

## 2. Ratificación del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro<sup>106</sup> por parte de la UE

Otra interesante novedad en torno al asunto objeto del presente estudio es ratificación por parte de la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, en vigor desde el 1 de octubre de 2015, pocos meses después que el RBI-bis con el que guarda una relación expresada por la propia Comisión Europea en la propuesta de RBI-bis<sup>107</sup> que en su apuesta por el reforzamiento de los acuerdos de elección de foro busca alinearse con lo establecido en el Convenio –aun no ratificado en el momento de elaboración del texto-. La coherencia entre ambas regulaciones no es, sin embargo, toda la que cabría esperar

---

<sup>103</sup> BERGSON, I., op. cit., p. 30, DICKINSON, A. y LEIN, E., op. cit., p. 341, DICKINSON, A., “The Proposal...”, op. cit., pp. 19-20.

<sup>104</sup> BERGSON, I., op. cit., p. 13.

<sup>105</sup> Vid. supra cita 21.

<sup>106</sup> Sobre este particular, entre otros: BORRÁS, A., “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: reunión de la Comisión Especial para la preparación de un convenio sobre cláusulas exclusivas de elección de foro (21 a 27 de abril de 2004)”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, n° 1, 2004, pp.565-572; WELLER, M., “Choice of court agreements under Brussels Ia and the Hague Convention: coherences and clashes”, *Journal of Private International Law*, 13:1, pp. 91-129; PERTEGÁS SENDER, M., “Nuevas reglas internacionales sobre las cláusulas de elección de foro en contratos internacionales: el Convenio de La Haya y el Reglamento Bruselas I Bis”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 111-126; PARRA RODRÍGUEZ, C., “La incidencia de la aceptación por parte de la Unión Europea del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro”, *La Ley Unión Europea*, n° 32, diciembre 2015.

<sup>107</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas, COM(2010) 748.

3.1.3. Eficacia reforzada de los acuerdos de elección de foro La propuesta incluye dos modificaciones destinadas a mejorar la eficacia de los acuerdos de elección de foro: (...) Ambas modificaciones corresponden a las soluciones establecidas en el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro de 2005, lo que facilitará la eventual adhesión de la Unión Europea a dicho Convenio.

teniendo en cuenta la citada afirmación de la Comisión y ha sido objeto de abundantes aportaciones doctrinales.

Dado que la ratificación por parte del RU parece altamente probable<sup>108</sup> procede hacer un breve análisis con cierto detenimiento de las diferencias más controvertidas entre el sistema actual del Reglamento y el proyectado al amparo del Convenio<sup>109</sup>. Nos referiremos concretamente a la noción de internacionalidad, la validez del acuerdo, las excepciones y orden público y, por último, la cuestión capital de la litispendencia.

#### A) Internacionalidad del caso

Podemos encontrar diferencias significativas, por un lado, en el elemento de internacionalidad o ámbito de aplicación territorial de la norma. Siendo ambos de aplicación a situaciones internacionales, el RBI-bis, a través del considerando nº 13 exige para apreciar dicha internacionalidad “una conexión entre los procedimientos a los que se aplique el presente Reglamento y el territorio de los Estados miembros” que, en la práctica se traduciría en la existencia de un acuerdo a favor de un tribunal de un Estado miembro, la invocación del acuerdo a favor de otro tribunal elegido ante un tribunal de la UE o el reconocimiento y ejecución de un resolución judicial dictada en base a dicho acuerdo<sup>110</sup>.

Para que la situación sea considerada internacional a efectos del Convenio solo se exige que las partes residan en diferentes Estados contratante o que, incluso residiendo en el mismo Estado, otro elemento relevante del caso esté conectado con un tercer Estado<sup>111</sup>, siempre y cuando el tribunal designado se encuentre en un Estado contratante.

#### B) Validez material del acuerdo.

Esta es una cuestión sobre la que el legislador europeo ha hecho un movimiento de armonización con el Convenio, introduciendo una norma de conflicto –considerando 20 RBI-bis- que remite a la legislación nacional de los Estados miembros para decidir sobre la validez material del acuerdo, de manera idéntica a lo recogido en los artículos 5.1 y 6.a del Convenio. Con esta norma se trata de mejorar la anterior regulación del RBI que en su artículo 23 no incorporaba una norma de conflicto en relación con la nulidad, siendo suficiente el cumplimiento de los requisitos formales para dotar de validez al acuerdo<sup>112</sup>.

#### C) Excepciones y orden público

---

<sup>108</sup> Como hemos defendido supra: II. 6, pp. 12-14.

<sup>109</sup> Sobre la relación entre el RBI-bis y el Convenio, entre otros: PERTEGÁS SENDER, M., op. cit.; WELLER, M., op. cit.; BEAUMONT, P. y YÜRSEL, B., “La reforma del Reglamento Bruselas I sobre acuerdos de sumisión y la preparación para la ratificación por parte de la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. IX, 2009, pp. 129-159; SALVADORI, M., “El Convenio sobre acuerdos de elección de foro y el Reglamento Bruselas I: autonomía de la voluntad y procedimientos paralelos”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. X, 2010, pp. 829-844; FORNER DELAYGUA, Q., “Changes to jurisdiction base don exclusive jurisdiction agreements under the Brussels I Regulation Recast”, *Journal of Private International Law*, 11:3, pp. 379-405.

<sup>110</sup> PERTEGÁS SENDER, M., op. cit., p.115.

<sup>111</sup> Sobre el artículo 4.2, en HARTLEY, T. y DOUGACHI, M., *Explanatory Report on the 2005 Hague Choice of Court Convention*, editado por la Oficina Permanente de la Conferencia, La Haya, 2005, p. 39, párrafo 41: “The jurisdictional rules of the Convention will apply either if the parties are not resident in the same State, or if some other element relevant to the dispute (other than the location of the chosen court) has a connection with some other State.”

<sup>112</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1976, Estasis Salotti, C-24/76, EU:C:1976:177, párrafo 7; Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 1999, Trasporti Castelletti, C-159/97, EU:C:1999:142, párrafo 19; Gasser, párrafo 50.

El Reglamento, vinculado siempre al principio de confianza mutua que rige el texto, establece únicamente un control de orden público ex post, en fase de reconocimiento de la decisión. En relación con la validez del acuerdo será únicamente el tribunal designado el que pueda valorarla, como se verá en el siguiente punto.

Las diferencias en este sentido entre ambos textos son notables, puesto que el Convenio, a través del artículo 6.2 permite un control previo del tribunal no elegido que podrá no suspender el procedimiento si se da alguno de los siguientes supuestos:

- a) el acuerdo sea nulo en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido;
- b) una de las partes careciera de la capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del tribunal al que se ha acudido;
- c) dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido;
- d) por causas excepcionales fuera del control de las partes, el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado; o
- e) el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio.

Esta cláusula que consagra un sistema de confianza mutua atenuada puede resultar comprensible en el marco de un convenio internacional, con vocación mundial<sup>113</sup>, lo que exige dotarlo de ciertas salvaguardas dado el potencialmente heterogéneo perfil de Estados que puedan ratificarlo. Aunque criticada por algunos<sup>114</sup> esta diferencia parece justificada por el contexto de aplicación de ambos textos.

#### D) Litispendencia

El Reglamento aborda esta cuestión a través del artículo 31.2 en combinación con el considerando 22 RBI-bis<sup>115</sup>. En aplicación del Convenio, el tribunal no designado –ex artículo 6- debe suspender el procedimiento o rechazar la demanda salvo que concurra alguno de las excepciones que incorpora el mismo precepto. He aquí la gran diferencia con la regulación contenida en el Reglamento. Como decíamos el texto europeo atribuye exclusivamente la capacidad para valorar la validez del acuerdo al tribunal designado, y, como hemos visto también, la excepción de orden público solo podía ser apreciada ex post.

El Convenio, sin embargo, deja la apreciación de estas cuestiones al tribunal no elegido –al que, obviamente, se ha acudido en primer término- sin delimitarse en ninguna otra disposición del texto el alcance de esta potestad. Aunque el Reglamento adolece de una cierta inconcreción que podría, como hemos visto<sup>116</sup>, generar una brecha en el sistema que daría potencialmente cabida a una *torpedo action*, el Convenio ni siquiera da una pauta para esta revisión de competencia por parte del tribunal no designado, -tampoco lo hace el informe explicativo<sup>117</sup>-. El silencio en el texto tiene como consecuencia fundamental la aceptación de procedimientos paralelos<sup>118</sup> y de otorgar un notable poder de control del tribunal no elegido, poder equiparable al del tribunal elegido, contrastando con la decidida apuesta por reforzar la competencia del tribunal elegido en el Reglamento.

### 3. Cláusulas de elección de foro en ausencia de acuerdo: *Hard Brexit*

<sup>113</sup> PERTEGÁS SENDER, M., op. cit., p.124.

<sup>114</sup> WELLER, M., op. cit., pp. 107-108.

<sup>115</sup> Vid. supra: II. 1. A), p. 18.

<sup>116</sup> Vid. supra: II. 1. B), pp. 18-19.

<sup>117</sup> HARTLEY, T. y DOUGACHI, M., *Explanatory Report...*, op. cit.

<sup>118</sup> AHMED, M. y BEAUMONT P., op. cit., p. 10.

En primer lugar, y sin perjuicio de las consideraciones que sobre el escenario de salida sin acuerdo se harán a continuación, una primera situación ha de ser abordada, la relativa al periodo inmediatamente posterior a la efectiva materialización del Brexit en el que pueda haber procedimientos en curso o a punto de iniciarse.

Parece haber un cierto consenso al considerar que aquellos supuestos en los que el procedimiento que deriva de la cláusula se encuentra ya en curso con anterioridad a la fecha de la efectiva materialización del Brexit el Reglamento será de aplicación a la cláusula de elección y el procedimiento seguirá su curso<sup>119</sup>. Más complejas serán las situaciones en las que la sumisión a los tribunales británicos se hizo con anterioridad al referéndum, sin conocer por tanto el cambio de circunstancias por venir.

En caso de que se consumara un abandono de la Unión en los términos más extremos y no existiendo acuerdo en relación a la cooperación judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones, la opción más directa para el litigante europeo con interés en la circulación de la resolución, pasaría por la pura aplicación de la regla de litispendencia del artículo 33 RBI-bis para supuestos en los que haya un procedimiento pendiente ante un tribunal de un tercer Estado, condición que ostentaría el RU.

No obstante, aquellos operadores jurídicos que deban realizar contratos internacionales deberán tener en cuenta en el contexto actual diferentes cuestiones o alternativas. Habrá que distinguir en este punto las soluciones ante contratos ya cerrados a los que ha sobrevenido la circunstancia del Brexit –para los que deberán buscar la aproximación jurídica óptima para hacer prevalecer el acuerdo de sumisión- o las alternativas que pueden plantearse de cara a contratos que se celebren en el incierto panorama actual.

Ante contratos ya celebrados a los que sobreviene el Brexit las alternativas pasarían por: 1. Recurrir la norma europea vigente, en este caso el artículo 33 RBI-bis; 2. Soluciones de Derecho interno –se aludirá a la situación desde la óptica de la legislación española- 3. Recurso al *rebus sic stantibus* o 4. Solicitud de daños derivados del incumplimiento del acuerdo.

De cara a la elaboración de nuevos contratos los contratantes podrían valorar: 1. Optar en la cláusula por otro tribunal de un Estado miembro; 2. Arbitraje comercial internacional; 3. Acuerdos de foro no exclusivos y acuerdos asimétricos o, como sugieren algunos autores<sup>120</sup> otra alternativa sería la de mantener la política actual, dada la absoluta incertidumbre resulta imposible valorar el riesgo de cambio.

#### A) Recurso al artículo 33 RBI-bis

Manteniéndose intactos los acuerdos de elección de foro típicos a favor de tribunales ingleses y en un supuesto escenario de fría ruptura con Bruselas la primera cuestión a considerar sería desde luego el tratamiento de estos acuerdos al amparo de la regla de litispendencia en relación a terceros Estados del RBI-bis que establece el artículo 33. En ausencia de una norma que expresamente se refiera a los acuerdos de elección de foro en los que se designe un tribunal de un Estado no miembro –el artículo 25 no será de aplicación a estos supuestos-, el artículo 33 requiere a los tribunales de los Estados miembros a suspender el procedimiento a favor de foros de terceros Estados en los que exista un procedimiento pendiente siempre y cuando concurren una serie de requisitos:

a) cabe esperar que el órgano jurisdiccional del tercer Estado dicte una resolución susceptible de ser reconocida y, en caso pertinente, ejecutada en ese Estado miembro, y  
b) el órgano jurisdiccional del Estado miembro considera necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia.

<sup>119</sup> RÜHL, G., op. cit. p. 114.

<sup>120</sup> Brexit and Jurisdiction Clauses: Choiche of Law Following the EU Referendum”, Informe del despacho Clifford Change de 27 de junio de 2016; AHMED, M., op. cit., p.6.

Se trata de requisitos algo vagos, sobre todo este último, pero que en aplicación de la lógica previa a la reforma del Reglamento, podrían conducir a un resultado positivo para la litigación en RU. El RBI no contenía una regulación expresa de esta cuestión, siendo común en la práctica el reconocimiento de los acuerdos de elección de foro a favor de terceros Estados de acuerdo con el DIPr autónomo de dichos Estados<sup>121</sup>.

B) Sumisión a tribunales extranjeros en la legislación española

La solución más directa vendría de la mano de recurrir al Derecho internacional privado autónomo en aras a buscar una solución concreta a la cuestión de los acuerdos de elección de foro. En el caso español esta pasaría por la aplicación del artículo 22 ter 4 LOPJ que regula por primera vez la cuestión en España desde el año 2015.

Los criterios tenidos en cuenta por la jurisprudencia española para aceptar estos acuerdos –que en ningún caso podrán ser contrarios a una competencia exclusiva de los tribunales españoles<sup>122</sup> ni podrán referirse a materias en las que exista una parte que requiera especial protección- parecen resultar razonablemente permisivos, si tenemos en cuenta, por ejemplo, que no se exige una conexión con el Estado designado en el acuerdo. La cuestión más controvertida sería, no obstante, la de la comprobación por parte del tribunal español de la existencia y validez del acuerdo, existiendo diferentes soluciones en la doctrina<sup>123</sup>.

C) Recurso al *rebus sic stantibus* o solicitud de daños derivados del incumplimiento del acuerdo

En relación con la primera cuestión, se ha planteado<sup>124</sup> una alternativa a tomar en consideración en este debate. Se trata del juego de los principios de *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus* aplicados al Brexit y siendo la circunstancia de la salida del RU de la UE considerada una eventualidad imprevisible en el contrato cuyas consecuencias serían desde luego perjudiciales para la parte interesada en la circulación de la medida en el territorio de la UE –no siendo de aplicación RBI-bis- como era esperable en el momento de celebración del contrato.

Esta situación nos sitúa en la esfera de los acuerdos de elección de foro como cláusula y parte del contrato que son y la posibilidad de considerar que este cambio fundamental en las condiciones del contrato suficiente para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* que, según la apreciación de la jurisprudencia española, operaría “como remedio al desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual” en situaciones en las que “como consecuencia de la extraordinaria alteración de las circunstancias atinentes al contrato, no previstas por las partes, se producen efectos que atentan contra la equivalencia de las prestaciones establecidas originariamente en el momento de celebración del contrato.”<sup>125</sup>

A la luz del Derecho anglosajón, no obstante, el *pacta sunt servanda* opera de manera más estricta que en Derecho español –o continental- debiendo recurrirse por parte de los contratantes a una cláusula *Hardship* (homologable a una cláusula “de fuerza mayor”) dentro de la que podría, en su caso, caber esta cuestión. Asimismo, la figura de la

---

<sup>121</sup> Jurisprudencia española que respalda esta tesis citada en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 17ª edición, Comares, Granada, 2017, p. 387.

<sup>122</sup> SAP Madrid núm. 445/2012 de 7 septiembre, JUR 2012\381603.

<sup>123</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., op. cit. p. 385.

<sup>124</sup> LLORENTE MARTÍNEZ, I., op. cit.

<sup>125</sup> SAP Barcelona núm. 584/2012 de 29 octubre, JUR 2013\69029.

*Frustration*, muy restringida y con la única consecuencia posible de la terminación del contrato podría ser otra teórica posibilidad.

La aplicación de uno u otro criterio interpretativo dependerá, obviamente, de la ley aplicable al contrato que, en la inmensa mayoría de los supuestos a los que nos estamos refiriendo –en los que se someta la controversia a la jurisdicción británica- será la legislación británica –por elección de las partes-, y su fuerte defensa de la firmeza del contrato, la que rija la cuestión. Es por esa firmeza que se antoja complicada la apreciación de la circunstancia del Brexit como suficiente para poder activar los citados mecanismos.

#### D) Acuerdos asimétricos<sup>126</sup>

De cara a la elaboración de nuevos contratos en el contexto transitorio en el que nos encontramos un recurso a tener en cuenta sería el de este tipo de acuerdos<sup>127</sup>. A través de ellos, muy frecuentes en la práctica financiera, una de las partes queda vinculada exclusivamente a un foro mientras que la otra puede dirigirse a cualquiera que pueda considerarse competente.

La situación de este tipo de medidas y su encuadre dentro del Reglamento fue puesta en cuestión por la Cour de cassation francesa en el asunto Rotschild<sup>128</sup>, no exenta de polémica<sup>129</sup>. La resolución centraba su negativa en la potestividad de la cláusula, mientras que la segunda se basaba en la posibilidad de determinar, desde la objetiva literalidad de la cláusula, el tribunal seleccionado. Es decir, pone el acento en la predictibilidad de la cláusula. Este criterio, abierto a interpretaciones posteriores, se ha consolidado posteriormente –aunque con diferentes resultados- en los asuntos Credit Suisse<sup>130</sup> y Ebizcuss.com<sup>131</sup>, en los que, en aplicación del mismo criterio, ha rechazado en la primera y aceptado en la segunda cláusulas de esta naturaleza.

No obstante, el criterio de la Cour de cassation francesa debe entenderse sin perjuicio del criterio interpretativo del TJUE<sup>132</sup> que, sin haber emitido pronunciamiento alguno sobre la cuestión en general, sí que se ha referido a la validez de las cláusulas de jurisdicción en relación con el Derecho europeo de la competencia, concretamente cuando se “reclame judicialmente una indemnización a causa de una infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE”<sup>133</sup>.

En cualquier caso, la importancia de este tipo de medidas deriva de la posibilidad de que, siendo con toda seguridad reconocidas por los tribunales británicos, los tribunales de la UE, en aplicación del artículo 33 puedan suspender sus procedimientos a favor de aquellos. Es por tanto una alternativa más a tener en cuenta.

<sup>126</sup> Opción señalada por PERTEGÁS SENDER, M., op. cit. p. 120; BERGSON, I., op. cit., p. 22.

<sup>127</sup> Sobre acuerdos asimétricos: MERRET, L., “The future enforcement of asymmetric jurisdiction agreements”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, enero 2018, pp. 37-61; LOPEZ DE ARGUMEDO, A., “La controvertida validez de las cláusulas híbridas y asimétricas en Europa”, *Diario La Ley*, nº 8258, 2014.

<sup>128</sup> Sentencia de 26 de septiembre de 2012, Cour de cassation - Première chambre civile.

<sup>129</sup> MOI, S. y STEFANINI, M., “Unilateral jurisdiction clauses: one way or no way?”, *International Financial Law Review*, vol. 35, Nº 21, 2016; TAHRI, C., “Illicéité d’une clause attributive de juridiction purement potestative”, *Dalloz Actualités*, 15 octubre de 2012 (<https://www.dalloz-actualite.fr/essentiel/illiceite-d-une-clause-attributive-de-jurisdiction-purement-potestative#.Wyp3nqczY2w>); CUNIBERTI, G. y ANCEL, P., nota de jurisprudencia: Cass. Fra. Civ. 1ère 26 septembre 2012, *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2013, p. 7.

<sup>130</sup> Sentencia de 25 de marzo de 2015, Cour de cassation, Première chambre civile.

<sup>131</sup> Sentencia de 7 de octubre de 2015, Cour de cassation, Première chambre civile.

<sup>132</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 21 de mayo de 2015, (CDC) Hydrogen Peroxide, C-352/13, EU:C:2015:335.

<sup>133</sup> Ibid. párrafos 72-73.

E) Clausulas no exclusivas

Desde la perspectiva de tercer Estado la inclusión de cláusulas no exclusivas en los contratos podría dar lugar a el surgimiento de procedimientos paralelos en caso de que una de las partes recurriera primero, en virtud de la cláusula, a un tribunal de un Estado miembro y la otra lo hiciera ante los tribunales británicos que, no estando sujetos por la regla de *lis pendens* del Reglamento podría conocer y emitir una resolución que, en caso de ser previa a la del otro tribunal tendría el efecto de *res iudicata* y produciría, en el caso español, la imposibilidad de continuar el procedimiento.

#### IV. Recuperación de las anti-suit injunctions

En este contexto deviene relevante una, siquiera somera, reflexión en torno a la necesidad y, fundamentalmente, a la posibilidad de que los operadores jurídicos puedan recurrir, para defender la competencia de los tribunales británicos en virtud del correspondiente acuerdo de elección de foro, a la figura de las anti-suit injunctions o medidas anti proceso, medidas de extraordinario poder conminatorio para las partes en el proceso con domicilio o bienes en el RU<sup>134</sup>.

##### 1. Características generales de las anti-suit injunctions

La anti-suit injunction, o “medida anti proceso” es una institución típica de los sistemas jurídicos de *common law*<sup>135</sup> que dirige el tribunal a una persona bajo su jurisdicción con el fin, típicamente aunque no exclusivamente<sup>136</sup>, de evitar el comienzo o la continuación de un proceso ante otro tribunal. Se trata de una medida inusual para el jurista no familiarizado con el Derecho anglosajón por cuanto que se trata de una medida *in personam*, dirigida por tanto al potencial demandante, cuyo comportamiento debe resultar “*unconscionable*”, debiendo producir una situación de injusticia para el demandado. Cumplido este requisito el margen de discrecionalidad del tribunal es amplio, no existiendo una serie de supuestos tasados cerrados para el otorgamiento de la medida. Se trata, además, de una medida de extraordinaria efectividad habida cuenta de las consecuencias que su incumplimiento supone para la persona y los bienes del demandado. En relación con el demandado, el incumplimiento de la *injunction* puede acarrear, además de las evidentes consecuencias económicas en forma de multas, consecuencias penales que pueden derivar incluso en penas de prisión.

Al margen de estas, las consecuencias procesales tampoco son menores, suponiendo el no reconocimiento de la sentencia extranjera obtenida desatendiendo la medida ordenada por el tribunal británico.

A pesar de las incuestionables ventajas para el litigante que pueda proporcionar la medida, se trata de una figura enormemente controvertida, no solo en Derecho de la UE –como

---

<sup>134</sup> Sobre las anti suit injunctions, entre otros: RAPHAEL T., *The Anti-suit Injunction*, Oxford University Press, Oxford, 2008; REQUEJO ISIDRO, M., *Proceso en el extranjero y medidas antiproseso*, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2000; FENTIMAN, R., FENTIMAN, R., *International Commercial Litigation*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 493-540.

<sup>135</sup> Conviene recordar la distinción clásica que se daba en los sistemas que conocemos comúnmente como de common law, que distinguían entre dos cuerpos normativos, common law y equity. Los juicios de equity, tratando de alejarse de la rigidez de los de common law pretendían solucionar los conflictos en base a principios que podríamos asimilar a lo que comúnmente entenderíamos como justicia natural. Para una aproximación más exhaustiva, entre otros: Equity, SecondEdition, Sarah Worthington, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2006.

<sup>136</sup> Como señala FENTIMAN, R., (op. cit. p.495) cabe la posibilidad, excepcionalmente, de obtener una *anti-suit injunction* para evitar los efectos de una sentencia obtenida en un tribunal de otro estado obviándose, por ejemplo, un acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales ingleses.

veremos a continuación- sino en el contexto general de Derecho internacional público que mira con recelo este instrumento procesal que a fin de cuentas se sustenta en una intromisión, siquiera indirecta en la soberanía de los Estados a los que acude la parte contra la que se decreta la medida.

## 2. Medidas anti proceso y Reglamento Bruselas I-bis

Los recelos comentados en el párrafo precedente en Derecho internacional público tienen una plasmación visible y directa en el Derecho de la UE, que mantenía hasta la fecha las medidas anti proceso en una suerte de estado de hibernación en tanto en cuanto no ha sido considerada aceptable en el contexto del Reglamento de Bruselas. En este sentido, no existiendo alusiones ni cambios significativos en el nuevo Reglamento respecto de la concreta cuestión de las medidas anti proceso<sup>137</sup>, puede afirmarse con rotundidad que el criterio marcado por el TJUE en Turner<sup>138</sup> se mantiene plenamente vigente –en virtud de West Tankers y Gazprom<sup>139</sup>- y será de aplicación en tanto en cuanto no se materialice la desanexión.

En Turner el Tribunal de Justicia concluyó que el CB68 debía “interpretarse en el sentido de que se opone a que se dicte una orden conminatoria mediante la cual un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohíba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante, aun cuando dicha parte actúe de mala fe con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso.” Todo ello con el argumento fundamental de que dichas medidas limitan la aplicación de las normas de competencia del Convenio e “implicando una valoración de la pertinencia de la incoación de un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro” atentan directamente contra el principio de confianza mutua que “constituye la base del Convenio”<sup>140</sup>.

Caso diferente es el de las medidas anti proceso adoptadas en procedimientos arbitrales, respecto de las cuales el TJUE, en la relativamente reciente sentencia del asunto Gazprom mantiene su absoluta neutralidad, por tratarse de una materia ajena al Reglamento<sup>141</sup>.

## 3. RU parte del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro

Puede surgir la duda de si en el contexto de aplicación del artículo 6 del Convenio, en los términos comentados supra<sup>142</sup>, resulta en absoluto necesaria la protección adicional de las medidas anti proceso para los litigantes. Dado que este ya protege los acuerdos de elección de foro entre Estados miembros UE y un hipotético RU parte del Convenio, la

---

<sup>137</sup> Aunque desde algunos foros se propusiera su inclusión en el Reglamento, véase: HUESKE, W., “Rule Britannia! A Proposed Revival of the British Antisuit Injunction in the EU Legal Framework” *The George Washington International Law Review*, vol. 41 (2), George Washington University, 2009, pp. 433-463.

<sup>138</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 27 de abril de 2004, Turner, C-159/02, EU:C:2004:228.

<sup>139</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, Allianz (West Tankers), C-185/07, EU:C:2009:69 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2015, Gazprom, EU:C:2015:316.

<sup>140</sup> Sentencia Turner, cit., párrafo 28.

<sup>141</sup> Sobre Gazprom ver, entre otros: ARENAS GARCÍA, R., “Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho internacional privado - Tribunal de Justicia: Espacio de libertad, seguridad y justicia - Ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2015, asunto C-536/13, “Gazprom” OAO y Lietuvos Respublika”, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. 67, Nº 2, 2015, pp. 183-187; DE VERDELHAN, H., “Chronique de jurisprudence: Arrêt Gazprom”, *Revue internationale de droit économique*, Vol 30, Nº. 1, 2016, pp. 39-54; GOMEZ JENÉ, M., “Anti-suit injunction en forma de laudo arbitral (a propósito de la Sentencia Gazprom del TJUE)”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 7, Nº. 2, 2015, PP. 440-447.

<sup>142</sup> Vid. supra: puntos III. 2. B), C) y D).



conclusión de que no hará falta recurrir a estas medidas resultará acertada en la mayoría de los supuestos en la práctica.

No obstante, en la prospección teórica cabría plantearse si, ante las incertezas comentadas en aplicación de dicho artículo en relación con la litispendencia<sup>143</sup> –permitiéndose al tribunal elegido en primer lugar un casi ilimitado análisis respecto a la validez del acuerdo–, el recurso a las anti-suit injunctions no seguiría teniendo cabida, sin perjuicio de las dudas que el recurso a las mismas en el caso señalado ha generado<sup>144</sup>, a las que aludiremos a continuación.

#### A) Posibilidad de adoptar anti suit injunctions en el sistema del Convenio

Antes procede plantearse una cuestión fundamental ¿cabén, a diferencia de lo que ocurre con el sistema del RBI-bis, las anti-suit injunctions en el sistema del Convenio?

La respuesta, a juicio de la doctrina, es positiva, y esta respuesta se justifica por el hecho de que el régimen del Convenio, a diferencia del Reglamento, no se sustenta sobre el principio, estrictamente interpretado, de confianza mutua –en contraste con un sistema de partial mutual trust<sup>145</sup>, argumento del TJUE en Turner en el que se asienta la negativa a la circulación de medidas como la citada en el territorio de la UE.

##### a) Exclusión de medidas cautelares, artículo 7

La referencia, genérica, que el artículo 7 del Convenio hace a la exclusión del convenio de las medidas cautelares obliga, en primer lugar, a cuestionarse la naturaleza cautelar de las mismas. La respuesta no recibe una respuesta unánime por la doctrina<sup>146</sup>, aunque el propio informe explicativo relativo al borrador de Convenio<sup>147</sup> parece ofrecer una respuesta positiva, al aludirse directamente a este tipo de injunctions como medidas cautelares de protección. En la misma línea podríamos considerarlas incluidas en atención a la resolución del TJUE en Reichert<sup>148</sup> que –en alusión a las medidas cautelares del artículo 24 CB68- las define como “las que tienen por objeto mantener una situación de hecho o de derecho en espera de una decisión judicial sobre el fondo”.

Dando por bueno este argumento, el Convenio ostentaría una posición de neutralidad en aplicación del citado artículo 7 dejando su adopción a lo indicado en la *lex fori*. La misma conclusión se extrae de la lectura del informe explicativo<sup>149</sup> en el que se establece que el artículo 7 no prohíbe ni excluye la concesión o denegación de las mismas, es más, considera que, teniendo por objeto apoyar el acuerdo de elección de foro, haciéndolo más eficaz, contribuyen a alcanzar el objetivo del Convenio. En la misma línea, en las sesiones diplomáticas de la Conferencia de La Haya la cuestión sería tratada mostrándose los delegados mayoritariamente a favor de aceptar la concesión de estas injunctions en base al citado argumento de reforzar la efectividad.

Por tanto, y dado que el informe explicativo y el texto del propio Convenio remiten al Derecho nacional para la concesión de cualesquiera medidas de protección, en los casos en los que un acuerdo de elección de foro remita a los tribunales del RU, estos, competentes en virtud del mismo, estarían legitimados para la adopción de la medida. Legitimados, debe quedar claro, como lo estarían sin existir el Convenio, por su propia

<sup>143</sup> Vid. supra: punto III. 2. D).

<sup>144</sup> AHMED, M. y BEAUMONT P., op. cit., p. 16.

<sup>145</sup> Ibid. p. 15.

<sup>146</sup> REQUEJO ISIDRO, M., op. cit. p.34 y pp. 159 y ss.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 59.

<sup>147</sup> AHMED, M. y BEAUMONT P., op. cit., p. 11.

<sup>148</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de enero de 1990, Reichert, C-115/88, EU:C:1990:3.

<sup>149</sup> HARTLEY, T. y DOUGACHI, M., *Explanatory Report...* op. cit. p. 160.

legislación interna. Es decir, el Convenio da libertad a los Estados para emitir las medidas, sin entrar en la circulación de las medidas cautelares entre Estados parte del texto.

**B) Reconocimiento de medidas anti proceso en el marco del Convenio**

Subsisten por tanto las dudas acerca de la posibilidad de que las anti suit injunctions puedan circular al amparo del artículo 4 del Convenio, entrando dentro del concepto de resolución del mismo.

A primera vista la incompatibilidad de esta propuesta con el criterio establecido en los párrafos precedentes es absoluta, a pesar de lo cual el informe explicativo<sup>150</sup> abre la puerta a esta posibilidad estableciendo que “si a una medida provisional – por ejemplo, un requerimiento – concedida por ese tribunal se le otorga posteriormente efecto permanente, podrá ejecutarse en virtud del Convenio en los demás Estados contratantes”. Desde nuestro punto de vista esta premisa debe ser tratada con extraordinaria cautela dada la controvertida naturaleza cautelar de la medida a la que nos hemos referido.

En cualquier caso, dando por posible, al menos en teoría la opción del reconocimiento y ejecución de la medida en los términos del artículo 4 del Convenio habría que referirse a las consecuencias prácticas que conllevaría dicha posibilidad.

*a) Notificación*

En consideración al carácter de obligación de no hacer de la medida el primer paso a tomar pasaría por el de la mera notificación de la misma a la parte a la que se dirige, no requiriéndose intervención judicial coactiva en este punto. Existe para ello un instrumento internacional vigente en el RU y en 26 de los 27 Estados restantes (Austria queda fuera) como es el Convenio de La Haya de 1965 sobre la Notificación de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial<sup>151</sup>. Es comúnmente aceptado<sup>152</sup> que la aplicación del Convenio se referiría tanto a las propias medidas como a la amenaza de sanción derivada de su incumplimiento, punto en el cual la simple notificación, para partes ajena a la jurisdicción del RU resultaría irrelevante.

Aceptando este criterio cabe plantearse, nuevamente, la utilidad de la notificación en los casos en los que no exista manera de un efectivo reconocimiento y ejecución de la medida en el tribunal del domicilio del afectado por la misma.

*b) Reconocimiento - ejecución*

Como se ha comentado, la efectividad de las medidas anti proceso depende en gran medida de la disponibilidad de bienes o del domicilio del afectado por la misma bajo la jurisdicción del RU. Es decir, en caso de demandantes con domicilio fuera del RU y sin bienes en dicho Estado que, obviando el acuerdo de elección de foro demandaran en un Estado miembro no elegido –con el riesgo de obtener una anulación del acuerdo por parte de dicho tribunal de acuerdo con el artículo 6 del Convenio- quedarían fuera de la jurisdicción de los tribunales británicos y la vía para proteger el acuerdo vendría de la mano de la posibilidad de reconocimiento de la anti-suit y, particularmente, de la ejecución del *contempt of court* derivado de su incumplimiento en el foro del domicilio del afectado.

El reconocimiento de la obligación de no hacer va dirigida al demandante en el procedimiento que se pretende evitar, por lo que el tribunal que reconozca/ejecute no se verá conminado por la misma a suspender el procedimiento. Es decir, el tribunal requerido no podrá, de facto, ejecutar la medida, por cuanto que ello supondría aceptar la intromisión del tribunal extranjero en su jurisdicción, sino sencillamente reconocerla

---

<sup>150</sup> HARTLEY, T. y DOUGACHI, M., *Explanatory Report* op. cit., p. 162.

<sup>151</sup> <https://assets.hcch.net/docs/1ba6d2cb-6234-4eaf-a3ce-db716dd95e61.pdf>

<sup>152</sup> REQUEJO ISIDRO, M., op. cit., p. 210.

No obstante, como señala REQUEJO<sup>153</sup> el reconocimiento de la medida sí que podría desplegar algunos efectos, como la articulación de mecanismos de apremio -sanción pecuniaria- por parte del Estado requerido; la oposición a un procedimiento en curso con identidad de partes, objeto y causa o; podría tener el objetivo de crear en el Estado requerido un título oponible al reconocimiento de una decisión procedente de un tercer Estado.

Cuestión diferente es la de la ejecución en el supuesto caso de que se dotara por parte del tribunal británico, de carácter permanente a la injunction. Aceptando esta posibilidad, nos enfrentaríamos con un doble problema, teórico y práctico. Por un lado, en el plano teórico, el Convenio, aunque no dotado de las garantías de confianza mutua del RBI-bis, establece claramente en su articulado la necesidad de la aplicación uniforme -art. 23- del mismo, lo que quedaría en peligro con esta doble revisión del acuerdo de elección de foro que plantea la posibilidad de aceptar las anti suit injunctions en el régimen del Convenio. Por otro lado, en la práctica, la ejecución de este tipo de medidas obligaría a encontrar equivalentes en los Estados ejecutantes que, en el caso de los aún miembros de la UE, no contemplan esta figura, en puridad, en sus ordenamientos.

### C) Aplicación uniforme del Convenio

La admisión de estas medidas en este contexto puede resultar, con todo, problemática en torno a la aplicación uniforme del texto proclamada en el artículo 23 del mismo y desarrollada por el informe explicativo<sup>154</sup> en el que se insiste en la idea de que los tribunales deben interpretar el Convenio teniendo en cuenta su carácter internacional y con amplitud de miras. En el citado supuesto, en el que según el criterio del tribunal no elegido pudiera considerarse nulo el mismo acuerdo que el tribunal británico considerara válido y quisiera hacer valer a través de la anti-suit injunction, se estaría produciendo, dentro del Convenio, una doble valoración del mismo acuerdo con criterios contradictorios cuyas consecuencias serían indudablemente las de crear cierta incertidumbre a situaciones que al estar dentro del ámbito de aplicación del Convenio deberían estar más claramente delimitadas y que chocan con las aspiraciones del artículo 23.

### D) Competencia del TJUE

Por último cabe referirse al papel del TJUE en relación al Convenio y a los acuerdos o medidas derivados del mismo. La UE es “Estado parte” por lo que el texto forma parte de la legislación europea y podrá ser interpretado por el TJUE en lo que afecte a Estados miembros.

Ello abre la posibilidad a que dicho tribunal pueda tener ocasión de pronunciarse respecto a las medidas anti proceso mientras el RU siga siendo Estado miembro. En caso de producirse dicho pronunciamiento el resultado sería, previsiblemente, análogo a su jurisprudencia respecto del RBI-bis en Turner. Esta tesis queda definitivamente respaldada por la resolución del TJUE en el asunto Nipponkoa<sup>155</sup>, referente al Convenio CMR, en la que el tribunal interpreta el Convenio en el sentido de oponerse a que “sea interpretado de forma que no quede garantizado, en condiciones al menos tan favorables como las establecidas en dicho Reglamento, el respeto de los objetivos y principios que inspiran este Reglamento”<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> HARTLEY, T. y DOUGACHI, M., *Explanatory Report* op. cit., párrafo 256.

<sup>155</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de diciembre de 2013, Nipponkoa Insurance Co., C-452/12, EU:C:2013:858.

<sup>156</sup> Ibid. párrafo 50.

#### 4. Medidas anti proceso en el contexto de un Brexit sin acuerdo

En el supuesto más extremo, en el que no exista instrumento internacional que regule las relaciones jurídico-procesales entre Estados miembros y la UE, la plena vigencia de las anti-suit injunctions es pacíficamente aceptada<sup>157</sup> y de hecho bienvenida como una de las consecuencias positivas de la recuperación de la “soberanía procesal” del RU, no estando su aplicación condicionada por las normas europeas ni por la, tan recurrente, jurisprudencia del TJUE. A través de este mecanismo, cuya fuerza coercitiva queda fuera de toda duda, la posibilidad de hacer valer los acuerdos de elección de foro en estas situaciones se vería menos afectada por el Brexit. Todo ello, bien es cierto, limitado a la jurisdicción del tribunal británico que dicta la injunction.

Para supuestos en los que el perjudicado tenga domicilio o bienes en el Reino Unido la amenaza de incurrir en *contempt of court* es suficientemente intimidatoria como para redirigir el proceso a tribunales británicos. No obstante, el problema surge en los supuestos en los que la parte que obvia el acuerdo se encuentra fuera de la jurisdicción de aquel tribunal.

En este punto las opciones para suspender el procedimiento ante el tribunal de un Estado miembro no elegido pasan por: a. solicitar el reconocimiento de la medida ante los tribunales del Estado requerido o b. solicitar una medida equivalente, en base al DIPr autónomo de dicho Estado haciendo valer la existencia de un acuerdo de sumisión.

## V. CONCLUSIONES

A la luz de todo lo expuesto a lo largo del presente trabajo –que se centra solo en una de las muchas y variadas derivadas del Brexit– es evidente que RU, fundamentalmente, pero también la UE se enfrentan a un reto legislativo sin precedentes. Se trata además, a día de hoy (junio de 2018), pasado ya más de un año desde la notificación formal de la salida, de un proceso con más interrogantes que respuestas con la consiguiente incertidumbre para los operadores jurídicos que conduce a la doctrina a realizar toda una serie de pronósticos y propuestas para enfrentar cada uno de los escenarios posibles. En Derecho internacional privado en general, y en el ámbito de la cooperación en materia civil en particular, en un contexto global que tiende a la armonización, la salida del RU puede generar situaciones particularmente complejas.

En el primer punto se han querido exponer las diferentes propuestas que desde la prospección internacional privatista se han puesto encima de la mesa en los últimos meses. La conveniencia de establecer alguna suerte de instrumento jurídico que regule las futuras relaciones entre ambos bloques parece incontestable, a pesar de que desde la doctrina británica algunos autores parezcan querer presentar un Brexit duro como una oportunidad para el RU, siendo la UE la que más va a perder con la salida.

Debe, no obstante, en este punto realizarse una distinción entre cuestiones relativas a ley aplicable y las relativas a competencia o reconocimiento y ejecución de resoluciones. La primera, a través de la declarada intención del Gobierno británico de replicar los Reglamentos vigentes en el RU no plantea, a priori, excesivos problemas. Algo más controvertido resulta el mantenimiento de un marco, siquiera similar, al que actualmente recoge en Reglamento Bruselas I-bis en lo referente a competencia y reconocimiento y ejecución de resoluciones.

En este sentido la más que probable ratificación del RU en nombre propio del Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro o el Convenio de Lugano ofrecen una

---

<sup>157</sup> FITCHEN, J., op. cit., p. 424; AHMED, M., op. cit., p.8.

alternativa que, si bien no exenta de problemas, puede ser aceptable para ambos bloques. Todo ello a pesar del recurrente escollo relativo al papel del TJUE que, como hemos defendido en el presente trabajo, no ha generado objetivamente grandes perjuicios para el RU como Estado miembro.

La creación de un nuevo acuerdo o la conclusión en el seno de la Conferencia de La Haya del llamado “*Judgements Project*” se presentan además como opciones, sobre todo la primera, muy deseables, si bien la complejidad de la elaboración de un nuevo acuerdo requerirá muy probablemente, de alguna solución para el periodo transitorio.

En todo este contexto de incertidumbre no puede ignorarse una consecuencia que ni los más acérrimos *brexiters* podrán cuestionar, la relativa a la hegemonía de Londres como sede de resolución de disputas comerciales internacionales, para la que un *hard Brexit* resultaría particularmente desfavorable, por cuanto conllevaría la retirada del pasaporte europeo a las resoluciones de los tribunales británicos. En relación con ello hemos tratado de dilucidar la respuesta que desde los posibles escenarios legislativos se daría a la concreta cuestión de los acuerdos de elección de foro, siendo viable pensar en un escenario de vigencia del Convenio de La Haya como mejor y más probable solución a día de hoy.

Por último hemos querido poner de manifiesto una realidad señalada por algunos autores como una de las ventajas del abandono de la UE por parte del RU, la recuperación de figuras procesales clásicas del *common law*, como son las *anti-suit injunctions*. Siendo previsible su resurgimiento en un contexto de Brexit sin acuerdo, especialmente relevante resultará comprobar si tan controvertidas medidas serán admitidas en un futuro acuerdo *ad hoc*, improbable, o de qué manera podrán articularse a través de instrumentos como el Convenio de La Haya, más probable, pero en cualquier caso, como tantas otras cuestiones en torno al Brexit, incierta.



## LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

**Rodolfo Cancino Gómez**

Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho  
Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)

Resumen: La contratación pública internacional, siempre ha tenido una expresión proteccionista de los mercados domésticos, dado que se pretende siempre incentivar los segmentos productivos nacionales mediante empresas nacionales, de tal manera que los procedimientos de licitación están cerrados a la competencia externa. El reto del libre comercio es lograr una mayor apertura de la contratación pública a la proveeduría extranjera, a través de leyes nacionales armonizadas a las mejores prácticas internacionales, así como a los compromisos contenidos en los tratados comerciales u otros mecanismos de cooperación comercial en materia de contratación. La conectividad de la ley nacional con el ámbito internacional será la base para fomentar el desarrollo económico, fomentar la inversión extranjera, combatir la corrupción y detener las prácticas monopólicas absolutas y relativas.

Palabras claves: Contratación, Pública, Licitación, Adjudicación, Contrato, Mejores prácticas, Internacional.

Sumario: I. La Licitación Pública en México.- II. La naturaleza jurídica de la contratación pública en México.- III. Las Licitaciones Internacionales bajo la legislación mexicana.- IV. México y el entorno internacional de la contratación pública.- V. El Acuerdo de la Contratación Pública de la OMC (ACP).- VI. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).- VII. Conclusiones.- VIII. Bibliografía

### **I. La licitación pública en México**

En México, las operaciones y procedimientos de compras y contratos públicos están regulados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en su artículo 134); la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas (LOPSRM), la Ley de Asociaciones Público Privadas, la Ley de Petróleos Mexicanos, la Ley de la Comisión Federal de Electricidad y por sus respectivos reglamentos., entre otras disposiciones jurídicos. Esto constituye una inflación normativa que provoca la dispersión y complejidad en la operación y funcionamiento del sistema de contratación.

Es importante señalar que primeramente el tema de contratación pública conlleva la administración de los *recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México*<sup>1</sup>, los cuales están dentro del presupuesto de la Federación para satisfacer sus

---

<sup>1</sup> Cfr. Artículo 134 constitucional.

necesidades. Esto adquiere un tamiz subjetivo, porque no precisa y delimita en que puede traducirse una necesidad, aún más para que sea congruente con el interés público.

Asimismo, resulta difícil acreditar los principios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones de compras por parte de una entidad de la administración pública, cuando traslada esas facultades a las leyes competentes en la materia para establecer las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos que acrediten que el Estado está comprando bien bajo la ecuación precio, calidad, financiamiento y oportunidad. En la actualidad, esto ya no asegura las mejores condiciones de compra, porque ahora se deben cuidar otros aspectos tales como el medio ambiente, la inclusión social de los grupos vulnerables y el impulso de las pequeñas y medianas empresas. Descuidar estos parámetros tendría mayores costos sociales para el Estado.

En consecuencia, la norma principal aplicable a la licitación es el artículo 134 constitucional por el cual se regirán los contratos celebrados por la Administración Pública:

(...)

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

La base constitucional, establece los principios y requisitos mínimos que se deben de llevar a cabo en el procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato, a saber:

- i. Principio de legalidad. Es este principio por el que se debe de regir la actividad de la entidad administrativa, pues el procedimiento licitatorio lo debe de realizar con las disposiciones establecidas en ley, por lo que todo acto que realice debe de estar acorde a la ley, sin ir más allá de la misma, pues vulneraría tal principio.
- ii. Principio de igualdad. A través de este principio se establece que los términos y condiciones que se den a conocer en el procedimiento licitatorio a través de la convocatoria no podrán ser modificados en razón de los sujetos. Las disposiciones de la convocatoria serán de aplicación uniforme para todos los interesados, no habrá permuta en función del sujeto a quien se le adjudique el contrato.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), Artículo 26. En los procedimientos de contratación deberán establecerse los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega, forma y tiempo de pago, penas convencionales, anticipos y garantías; debiendo las dependencias y



- iii. Principio de transparencia. Por medio de tal principio se prevé que el procedimiento de licitación en todas sus fases debe de hacerse del conocimiento público, es decir, toda la información que se genere en cada fase debe darse las facilidades de acceso, crear condiciones para su difusión y la consabida protección y clasificación de la información, sin llegar a la opacidad o al ocultamiento de la misma.
- iv. Principio de concurrencia. Se permite que cualquier persona que tenga interés en el procedimiento licitatorio pueda participar, siempre y cuando cumpla con los requisitos y bases de la convocatoria.
- v. Principio de certidumbre. Este principio coloca a la persona interesada en que las disposiciones hechas por la autoridad no serán modificada. Tendrá la seguridad de que los términos y condiciones a los que se pueda llegar en el momento de la adjudicación del contrato.
- vi. *Principio de oposición o contradicción.* Este principio de oposición o contradicción nace de la garantía constitucional del debido procedimiento, que está contenida en el artículo 14, y a diferencia de los procedimientos administrativos tradicionales, donde intervienen la administración pública y el particular al que se dirige, en la licitación pública concurren varios oferentes, por lo que es evidente que se encuentren intereses encontrados de estos últimos. Así pues, se les permite participar en todas las etapas del procedimiento y, a fin de sostener esa condición de igualdad, se les debe dar vista o correr traslado cuando uno de los oferentes se considere afectado.<sup>3</sup>

Por regla general, la adjudicación de contratos públicos se lleva a cabo mediante licitaciones públicas para que libremente se presenten proposiciones en sobre cerrado, que serán abiertos públicamente. Se exige que los licitantes sean mexicanos y los bienes a adquirir sean producidos en el país y cuenten, por lo menos, con un cincuenta por ciento de contenido nacional, considerando la mano de obra, insumos de los bienes o cuando se encuentren por debajo de los umbrales previstos en los tratados, o cuando habiéndose rebasado éstos, se haya realizado la reserva correspondiente, tal como sucede en el sector energético.

La convocatoria a la licitación pública, es la llave maestra que abre el procedimiento administrativo de licitación. Sienta las bases por las cuales se conducirá el procedimiento y se estipulan los requisitos que se tienen que cumplimentar relativos principalmente a la descripción detallada de los bienes, o servicios, así como los aspectos que la convocante considere necesarios para determinar el objeto y alcance de la contratación. En ese sentido para la adjudicación del contrato se determinarán los criterios específicos para la evaluación de las proposiciones y adjudicación de los contratos, conforme a un modelo de contrato y aplicando un método de puntos y porcentajes, o el de costo beneficio.

---

entidades proporcionar a todos los interesados igual acceso a la información relacionada con dichos procedimientos, a fin de evitar favorecer a algún participante.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM),

Artículo 27. En los procedimientos de contratación deberán establecerse los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, especialmente por lo que se refiere a tiempo y lugar de entrega, plazos de ejecución, normalización aplicable en términos de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, forma y tiempo de pago, penas convencionales, anticipos y garantías; debiendo las dependencias y entidades proporcionar a todos los interesados igual acceso a la información relacionada con dichos procedimientos, a fin de evitar favorecer a algún participante.

<sup>3</sup> BÉJAR RIVERA, L.J., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Novum, México 2012.páginas 15-25.

Las otras dos modalidades se utilizan bajo el carácter de excepción, pero que en la práctica ha sido totalmente al revés, es decir son la regla general. En estos presuntos casos excepcionales, se encuentran la contratación de invitación a terceros y la adjudicación directa, que la autoridad podrá optar por cualquier tipo de contratación de acuerdo a su arbitrio muy particular. Para la elección de un tipo de contratación, es bajo un criterio ambiguo y subjetivo, sólo cuando por ejemplo no a) existan bienes o servicios alternativos o sustitutos, o cuando en el mercado sólo exista un posible oferente, o cuando se trate de una persona que posea el uso exclusivo de la patente, derecho de autor u otros derechos exclusivos, o en el caso de obras de arte; b) cuando exista un riesgo para el orden público, la economía, la salubridad, la seguridad o el ambiente en el país como consecuencia de un evento de fuerza mayor; c) cuando existan razones justificadas para la adquisición o arrendamiento de bienes de una determinada marca; y d) cuando se trate de adquisiciones de bienes perecederos, granos y productos alimenticios básicos o semiprosesados. Los contratos que se adjudiquen bajo estas dos modalidades, y que estén justificados debido al monto de la operación, *no pueden representar más del 30% del presupuesto de adquisiciones, arrendamientos y servicios de la dependencia o entidad.*<sup>4</sup> Sin embargo, esa opcionalidad podrá desaparecer, es decir procederá sólo la adjudicación directa cuando se trate de servicios de consultorías, asesorías, estudios o investigaciones, y cuando la información que se tenga que proporcionar a los licitantes para la elaboración de su propuesta se encuentre reservada en los términos establecidos en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información.

## **II. La naturaleza jurídica de la contratación pública en México**

La licitación pública inicia con la convocatoria y finaliza con la emisión del fallo. A posteriori se da la adjudicación de contrato y la formalización del mismo junto con los anexos que son los instrumentos que vinculan a las partes, sin que existan variaciones con los requisitos previstos en la convocatoria y en las actas levantadas en sus juntas de aclaraciones. No obstante que en las leyes de adquisiciones se pretende regular la contratación, su cobertura y alcance es limitado.

Si bien la notificación del fallo, trae consigo la formalización del contrato, por ende abre la posibilidad de inconformarse por parte de los proveedores participantes y también se de entrada al escrutinio público mediante las auditorías de rigor. En esta etapa, existen lagunas jurídicas que aún no se colman por las leyes de adquisiciones, toda vez que formalizado el contrato, la autoridad asume un rol de supervisor y coadyuvante para el cumplimiento del contrato y los efectos jurídicos que produce.

Cabe señalar, que tanto convenio como contrato para efectos de los contratos que se celebren con la Administración Pública se usan de manera indistinta en nuestro mundo jurídico. Sin embargo puede existir distinción cuando se tratan de contratos de régimen de derecho privado, en el entendido que alguna dependencia gubernamental puede celebrar contratos de derecho privado. Esta tesis se reafirma en el Código Civil Federal que por mandato de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en su artículo 11 y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados en su artículo 13 se establece su aplicación supletoria, de tal forma que en ese orden de ideas es ahí en el Código Civil donde se vislumbra la definición y los elementos del contrato.

Elementos del contrato administrativo:

---

<sup>4</sup> Artículo 42 de la LAASSP.

- a) **Sujetos.** Son las partes que celebran el contrato, en este caso será la administración pública y un sujeto de derecho privado, ya sea persona física o moral. Tales partes contratantes deben de satisfacer su capacidad para celebrar el contrato, de tal manera la capacidad de la administración pública se encontrará fundamentada en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal o local, pues dependiendo de la competencia otorgada por la ley o decreto delegatorio, se encontrará en la posibilidad de celebrar algún acto contractual<sup>5</sup>, y en el caso de las personas físicas deberán de acreditar su capacidad de acuerdo con el ordenamiento civil, añadiendo que en algunas ocasiones se requiere estar inscrito en algún padrón como proveedor.
- b) **Consentimiento.** Consiste en el acuerdo de voluntades de ambas partes, siempre y cuando se acredite su capacidad. Advirtiéndose que en cuanto a la Administración Pública no le aplican de manera completa las normas del régimen de derecho privado respecto del otorgamiento de consentimiento, pues ante su silencio no debe de tomarse como consentido el acto.
- c) **Objeto.** Es la materia del contrato, es la cosa motivo del contrato, como las obligaciones y derechos que se desprendan de él.
- d) **Forma.** Debido a que el consentimiento no puede hacerse de manera tácita o expresa verbal, es necesario que el contrato se haga de manera escrita.
- e) **Licitación.** Estrictamente este no es un elemento del contrato administrativo, pero se considera doctrinalmente, ya que solo es un supuesto previo para la existencia del contrato. A partir de la licitación normalmente es el medio por el cual se llega a la adjudicación del contrato. De ahí que la contratación pública se integra por dos momentos procesales: a) el procedimiento de licitación y ii) la adjudicación del contrato.

El Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación a partir de la siguiente tesis, se concluye que existen varios criterios para determinar la naturaleza de un contrato celebrado por un ente gubernamental:

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS.**

La naturaleza administrativa de un contrato celebrado entre un órgano estatal y un particular puede válidamente deducirse de la finalidad de orden público que persigue, identificada también como utilidad pública o utilidad social, así como del régimen exorbitante del derecho civil a que está sujeto. De ello se infiere que los contratos celebrados por un órgano estatal con los particulares están regidos por el derecho privado cuando su objeto no esté vinculado estrecha y necesariamente con el cumplimiento de las atribuciones públicas del Estado y, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal

---

<sup>5</sup> La capacidad de las entidades de la administración pública llega a tomar tal relevancia al momento de cuestionar la existencia del contrato sobre todo al tratarse en un procedimiento de solución de controversias, pues por lo general, la mayoría de las controversias que se suscitan respecto de un contrato se someten a un arbitraje, en el que en algunas ocasiones la propia entidad gubernamental desconoce su propia capacidad con el propósito de dejar sin efectos el contrato. Tal excepción de falta de capacidad que se pretende hacer valer no es considerada en normalmente por los tribunales arbitrales, una vez que es contrario al principio "*venire contra factum proprio non valet*", que es la imposibilidad de ir contra los actos propios, lo que comúnmente en derecho anglosajón se conoce como "*estoppel*".

manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público.

Para determinar que se está ante un contrato administrativo es necesario que se conforme un acuerdo de voluntades de un ente público y una persona física o moral privada. La desigualdad de las partes es una característica de todo contrato administrativo; empero, esta desigualdad encuentra su explicación en la disimilitud de las partes, esto es, expresan su voluntad libre para la celebración de un contrato, sin embargo, una de ellas se encuentra limitada en respetar ciertas reglas a las cuales debe de sujetar su voluntad.<sup>6</sup>

### **III. Las Licitaciones Internacionales bajo la legislación mexicana**

Dentro de la legislación nacional existe dos tipos de licitaciones internacionales: i) Internacional abierta e ii) Internacional bajo cobertura de tratados internacionales.

En las licitaciones internacionales abiertas podrán participar mexicanos y extranjeros, después de que una *licitación nacional se haya declarado desierta*, o se trate de una *contratación financiada por créditos externos* otorgados al Gobierno Federal (o con su garantía) en la que así se haya estipulado esta modalidad de contratación. Por lo tanto los bienes a adquirir o arrendar, así como los servicios a contratar deben ser de cualquier parte del mundo sin que imponga restricción alguna. En este sentido, los procedimientos de contratación se modificaron, entre otros: las condiciones para llevar a cabo las licitaciones públicas internacionales abiertas; el valor límite que puede ser adjudicado bajo procedimientos de excepción; el margen de preferencia otorgado a los bienes nacionales en la comparación de las ofertas; y las funcionalidades de la plataforma de información para las contrataciones públicas, llamada CompraNet. También se incorporó la figura del Testigo Social (representantes de la sociedad civil) bajo el principio de transparencia que deriva del texto constitucional.

Bajo esta modalidad para determinar la conveniencia de precio de los bienes, arrendamientos o servicios, se considerará *un margen hasta del quince por ciento a favor del precio más bajo prevaleciente en el mercado nacional*, en igualdad de condiciones, respecto de los precios de bienes, arrendamientos o servicios de procedencia extranjera que resulten de la investigación de mercado correspondiente.<sup>7</sup>

En cuanto a la contratación pública con base a tratados comerciales internacionales, solamente participarán los nacionales mexicanos y extranjeros con los que se tenga celebrado un tratado internacional que contenga disposiciones relativas a compras del sector público; y que exista la cobertura del bien o servicio licitado, de acuerdo a las reglas de origen establecidas en el tratado (haciendo la acotación que en el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), no son las reglas o normas de origen arancelarias.

En estos casos, se establece que los dos tipos de licitación pública internacional se pueden realizar de las siguientes formas:

---

<sup>6</sup>RUIZ GARCÍA, L., *Contratos Administrativos*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010. Pág. 266

<sup>7</sup>LAASP, Artículo 28, fracción III,b.

## **Regulación de la actividad económica en el ámbito internacional y libertad de establecimiento**

- 1.- Presencial. En esta manera, los interesados solamente podrán presentar sus proposiciones por escrito y en sobre cerrado. Las juntas de aclaraciones, el acto de presentación, de apertura de proposiciones y su fallo se llevarán de manera presencial.
- 2.- Electrónica. Los participantes solamente a través de CompraNet, así mismo no se requerirá la presencia de los licitantes tratándose de las juntas de aclaraciones, el acto de presentación, de apertura de proposiciones y su acto de fallo.
- 3.- Mixta. Se les da a los interesados a participar de la manera que deseen en alguna de las dos formas antes descritas.

México actualmente tiene trece tratados de libre comercio, incluyendo el Tratado Integral y Progresista conocido como el (CPTPP-11) que contienen un título o capítulo de compras del sector público, en los cuales se dispone que México apertura sus procedimientos públicos de contratación a los países con los cuales ha suscrito dichos tratados, siempre que se cumplan las normas legales previstas para tales efectos; en este caso la Secretaría de Economía, tomando en cuenta la opinión de la Secretaría de la Función Pública, determinará los criterios para la aplicación de las reservas, medidas de transición u otros supuestos establecidos en los tratados.

En consecuencia, en las licitaciones públicas internacionales bajo la cobertura de tratados, sólo podrán participar licitantes mexicanos y extranjeros de países con los que nuestro país tenga celebrado un tratado de libre comercio, el cual contenga disposiciones en materia de compras del sector público que lo permitan y refieran la proveeduría de bienes y servicios o la realización de obra pública. En las convocatorias respectivas las dependencias y entidades sujetas deberán señalar los tratados bajo cuya cobertura se convoca la licitación, obligando a que los proveedores participantes presenten como parte de su propuesta, un escrito en el que manifiesten bajo protesta de decir verdad que cumplen con las normas de origen en el capítulo de compras del sector público del tratado que corresponda.

Respecto a las convocatorias de las licitaciones para la contratación de servicios y servicios de construcción (obra pública), las dependencias y entidades sujetas deberán establecer que sólo podrán participar licitantes mexicanos y extranjeros cuya nacionalidad sea de alguno de los países socios en tratados bajo cuya cobertura se haya convocado la licitación. Por tanto, los licitantes mexicanos y extranjeros deberán acreditar su nacionalidad, mediante documentación oficial: pasaporte, acta constitutiva o documentación equivalente, según corresponda, lo cual deberán manifestar por escrito bajo protesta de decir verdad, en escrito libre.

La Secretaría de la Función Pública o el Órgano Interno de Control de la dependencia o entidad sujeta convocante, podrán solicitar a la Secretaría de Economía la verificación para acreditar la veracidad de la manifestación bajo protesta de decir verdad que haya realizado un proveedor, particularmente de nacionalidad extranjera. Asimismo todas las dependencias y entidades sujetas deberán informar por escrito en los meses de enero y julio, sobre los contratos formalizados acumulados en el primer y segundo semestre del año respectivamente, derivados de licitaciones públicas internacionales bajo la cobertura de tratados, en cumplimiento irrestricto al principio de transparencia.

En ambas modalidades de licitación internacional, la Secretaría de Economía, mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF), determinará los casos en que los participantes deban manifestar ante la convocante que los precios que presentan en su propuesta económica no se cotizan en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional en su modalidad de discriminación de precios o subsidios.

#### **IV. México y el entorno internacional de la contratación pública**

Es evidente que México otorga un trato preferencial a los proveedores nacionales para fomentar el desarrollo económico –tal como lo hacen todos los países- sin embargo dado que ha suscrito un buen número de tratados de libre comercio, sus procedimientos administrativos internos deben ser acordes estrictamente a los establecidos en dichos instrumentos internacionales, lo cuales prevalecen sobre los nacionales. Otra razón, es que la legislación nacional no se ajusta ni respeta los estándares globales en la aplicación de mejores prácticas. La inflación normativa ha generado dispersión y confusión en la interpretación y aplicación de la norma nacional, dado que existe un nivel de contratación pública federal y otro nivel integrado por 32 legislaciones estatales, además de que todos los organismos constitucionales autónomos tienen sus propios procedimientos de contratación. Es decir que si las entidades y dependencias federales no replican los nuevos principios de gobernanza global, es prácticamente imposible colmar esa insuficiencia en todos los niveles de gobierno, en sus distintos tipos y modalidades.

La contratación pública internacional, implica la participación de entidades o dependencias gubernamentales a determinado nivel dentro de una estructura administrativa de gobierno para llevar a cabo licitaciones internacionales donde pueden participar empresas extranjeras o nacionales o con participación extranjera dentro del territorio nacional donde se inicia y se agota el procedimiento de contratación, conforme a los términos que estipula los apartados sobre la materia dentro de un tratado de libre comercio en cuyos anexos se delimitan las entidades gubernamentales participantes, los umbrales y niveles de participación en sectores específicos.

En México, los tratados tienen mayor jerarquía normativa que la ley nacional. Esto se reafirma con la SCJN en una tesis del 2007, novena época<sup>8</sup>, que reconoce una mayor jerarquía normativa a los tratados sobre las leyes nacionales. Esto ha ocasionado muchas veces que cause efectos derogatorios a leyes en la materia, tomando en cuenta que le concede una vía preferente de aplicación. El argumento principal de esta tesis, es reconocer la existencia de un orden jurídico superior y avala que los tratados tengan aplicación preferente y efectiva sobre las leyes nacionales, donde existen riesgos evidentes de un conflicto de leyes producido por este criterio hegemónico y prevalente.

En el ámbito internacional de las compras gubernamentales, destaca la Ley Modelo de la UNCITRAL (United Nations Commission for the International Trade Law por sus siglas en inglés), ahora en adelante (CNUDMI) revisada en 2011 y el Acuerdo de la Contratación Pública de la OMC 2014 (ACP), asimismo existen guías y lineamientos operativos en otros organismos internacionales tales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) y el Banco Mundial. Para que México logre un Sistema Nacional de Contratación Pública, se debe considerar principalmente las disposiciones y recomendaciones de la Ley Modelo de la CNUDMI y el ACP

#### **V. El Acuerdo de la Contratación Pública de la OMC (ACP)**

La OMC estima que la contratación pública representa entre un 15% y un 20% del PIB de los países, la Comisión Europea calcula que representa el 16% del PIB de la UE (dos millones de euros). 11% en el caso de los EE.UU (1 millón) y 18% en Japón (medio

---

<sup>8</sup> Seminario Judicial de la Federación, SCJN, P.IX/2007, abril de 2007

millón). México aún no es miembro de este Acuerdo que tienen a 46 países miembros de la OMC, pero que ya debería ir repensando en su inserción ante el aumento creciente de la corrupción y de la impunidad. *La contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción.*<sup>9</sup> Pero también según el Banco Mundial “La contratación pública es un proceso de negocio dentro de un sistema público”.

Por tanto para detonar la inversión extranjera y el desarrollo económico, se recomienda ahora más que nunca ingresar a este Acuerdo Plurilateral en su calidad de país en desarrollo para tener cierto trato especial y gradualidad en la instrumentación de sus compromisos comerciales. Aunque México tiene trece tratados comerciales con capítulos sobre contratación pública, este escenario se hace más atractivo, dado que la renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es un enigma por resolver y a que pronto ingresará China y Rusia al ACP, lo cual ampliaría el valor comercial de los mercados. Con su adhesión México se obligaría a México adoptar sus políticas públicas en materia de contratación pública conforme a los principios de transparencia, no discriminación y equidad procedimental. No es lo mismo operar en la opacidad, que estar bajo la lupa multilateral que no perdona sino sanciona a quien viola sus preceptos.

La eventual adhesión trae consigo abandonar un proteccionismo disfrazado y ambivalente, pero que permite fomentar las buenas prácticas, introducir el uso de las tecnologías de la información para las subastas electrónicas y facilitar la solución de los conflictos en distintos niveles que van desde una solicitud de rectificación y/o aclaración entre dependencia y proveedor extranjero, pasando por la utilización del arbitraje, hasta llegar a la última instancia que es la utilización del mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

En cuanto a la contratación electrónica, es un verdadero reto, que más temprano que tarde se tendrá que hacer para transitar hacia instituciones fiables y confiables, en un ambiente donde los proveedores de bienes, servicios y servicios de construcción (obra pública) de las otras Partes participen en los procedimientos de licitación de dependencias y entidades mexicanas, en las actividades comprendidas bajo determinados umbrales sujetos a procedimientos de contratación específicos, con un alto nivel de arbitrabilidad para el manejo y solución de los conflictos.

## **VI. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)**

Este órgano subsidiario de las Naciones Unidas pretende modernizar y armonizar las disposiciones en materia de contratación pública de las legislaciones nacionales conforme a estándares probados para una mejor gobernanza global, aplicable no sólo al procedimiento de licitación, sino a las adjudicación y ejecución de los contratos, así como implantar un sistema de defensa legal neutral, uno de carácter administrativo y otro judicial. El problema en México, es la pulverización y atomización de la contratación pública provocada por la multiplicidad de niveles, tipos, modalidades y de competencia sobre compras gubernamentales.

El problema de forma aparente no radica en el gobierno federal, sino en las entidades federativas. Cada uno de los estados de la Federación adopta sus propias leyes locales y

---

<sup>9</sup> <https://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>

en consecuencia sus propios procedimientos carentes de criterios de transparencia y rendición de cuentas. Ahora habrá que sumar los lineamientos unilaterales de los municipios que compran bajo ningún principio operacional, sin siquiera ceñirse a la propia constitución. Problema aparte, son los organismos constitucionales autónomos que han detenido la armonización de los esquemas operativos de la contratación pública en México, porque cada quien maneja de forma autónoma su presupuesto y compra conforme a procedimientos que no guardan armonía con la ley nacional, aún menos rigen su actuación y gestión de compras conforme a las mejores prácticas internacionales. La atomización de procedimientos y la segmentación de las competencias es caldo de cultivo para la corrupción, el fraude y el embute.

Rescatando la proclama principal de la CNUDMI relativa a la armonización de las disposiciones jurídicas en un todo único, uno de los beneficios serían las compras consolidadas, lo cual permitiría realizar compras centralizadas o consolidadas de bienes de uso común y corriente, mediante la unificación de criterios de asignación de las diferentes entidades compradoras. Esto es un procedimiento rápido, flexible, justo, transparente y sobretodo que funciona bajo un mecanismo de pesos y contrapesos.

La realidad en que vez de lograr la uniformidad para tener un sistema único de contratación plenamente armonizado a la CNUDMI, vamos en dirección contraria, es decir se continúa fragmentado y complicando el manejo y la conducción de los procedimientos de contratación. Esto sucede en materia energética. Por ejemplo con la nueva Ley de PEMEX y de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad (2014), establecen que las adquisiciones, arrendamientos y servicios que contraten las empresas productivas del Estado y sus empresas subsidiarias quedan excluidos de la aplicación de las leyes que regulan las COMPRAS, estableciendo un nuevo régimen de contratación pública internacional en el sector energético, que abre este sector reservado al Estado por ser un sector estratégico a la libre competencia. Con la reforma energética se estableció un nuevo régimen de contratación internacional, o sea un nuevo modelo contractual sinónimo de inversión extranjera.

## **VII. CONCLUSIONES**

1. La transversalidad de la contratación pública hacia el marco internacional es muy ambicioso. Es difícil analizar dos cuerpos normativos gigantes en dos planos muy distintos, en una misma época con una dimensión diacrónica, cuyo grado de complejidad se eleva al comparar distintos cuerpos normativos de un mismo país en relación a otros países a través de los tratados comerciales internacionales o aglutinados en una organización internacional.
2. Los esfuerzos de la OMC y la CNUDMI son progresivos, para responder a los nuevos reclamos de contar con un marco codificado de reglas que garanticen la contratación pública y se establezcan mecanismos de solución de controversias uniformes. Estas modificaciones, procuran y fomentan las buenas prácticas y la gobernanza global y pugnan por una normativa eficaz de la utilización de las adquisiciones electrónicas, el establecimiento de un Código de Ética que reduzca la corrupción creciente y lacerante.
3. La adhesión de México al ACP reafirmaría su enlace dentro de la gobernanza global, donde sus principios rectores son antídotos efectivos contra la corrupción, ahora más que nunca que se estableció el Sistema Nacional Anticorrupción en México. Este es el único instrumento que pueda cambiar la forma de comprar bajo



estándares globales, con visión de estado para hacer funcionar las instituciones que administran la contratación pública.

4. Los procedimientos de contratación pública serán exitosos en la medida que garanticen la calidad y correcta aplicación de las leyes bajo un formato uniforme y armonizado. Que se constituya en un eje rector de la política económica para gastar de manera eficiente con el máximo beneficio para la colectividad.
5. Es urgente establecer una Comisión Nacional de la Contratación Pública, que implante los principios de operación y funcionamiento de los procedimientos, respetando las mejores prácticas internacionales.

## **VIII. BIBLIOGRAFÍA**

- BÉJAR RIVERA, Luis José, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Novum, México 2012.
- BIGLIERI Alberto, “Del Derecho Global de las contrataciones públicas y su recepción local”, Revista Contratación Administrativa Práctica, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, número 147, en-feb 2017.
- CANCINO Rodolfo, URUCHURTU A. Gustavo, “El Arbitraje Comercial Internacional”, Editorial Wolters Kluwer, Bosch México, 2016.
- CANCINO GÓMEZ, Rodolfo. “La transición de China hacia una economía de mercado en el 2016 y sus implicaciones para la contratación pública”, Revista de la Contratación Administrativa para los contratistas, Editorial Wolters Kluwer, La Ley, número 130, España, Marzo-Abril 2014.
- FELIX, Raúl Aníbal. “Utilidad compartida versus concesiones”, *Periódico El Economista, sección Opinión*, México, 14 de agosto de 2013.
- GÓMEZ DE LARA, Fernando, HUACUJA BETANCOURT, Sergio “La contratación de bienes, arrendamientos y servicios en la administración pública federal, Editorial Novum, México, 2016.
- HANS KELSEN, Teoría general del derecho y del Estado, UNAM, México 2012.
- LAJOUS, Adrián. “Los contratos de utilidad compartida”, *Periódico La Jornada, sección Opinión*, México, 22 de septiembre de 2013
- LINARES Mario, Contratación Pública, Derecho Local, Internacional y de la Integración, Linares Consultores S.A.C., Perú, 2013.
- MORENO MOLINA, J.A.; PUNZÓN MORALEDA, J; PUERTA SEGUIDO, F. y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., Contratos Públicos y Nuevas Tecnologías”, Temis, Bogotá (Colombia), 2015.
- MORENO MOLINA, J.A., “El nuevo derecho de la contratación pública de la Unión Europea, Directivas 4.0” Editorial Chartridge Books Oxford” 2015.
- PINTOS SANTIAGO, J, “Los acuerdos de libre comercio de la Unión Europea y el proteccionismo”, Revista Contratación Administrativa Práctica, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, número 140, nov-dic 2015, págs. 56-60.
- PINTOS SANTIAGO, J, “Las fuentes formales en el derecho derivado de la Unión Europea: actos típicos y atípicos de la contratación pública, ...”, Revista Contratación Administrativa Práctica, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, número 147, en-feb 2017, págs. 108-115
- RODRÍGUEZ, Arnulfo. “Producción compartida de petróleo: una estimación de los ingresos adicionales”, *Observatorio Económico*, BBVA Research, México, 29 noviembre 2013.

- RUIZ GARCÍA, Laura, *Contratos Administrativos*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.
- SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo-Laguado Giraldo, Roberto, *Manual de Contratación Pública electrónica para América Latina Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*, CEPAL-Colección de Documentos de Proyectos.

## **LEGISLACIÓN**

- Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947.
- Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y comercio de 1994.
- Acuerdo General de Comercio y Servicios-
- Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Capítulo X, Compras del Sector Público.
- Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXVIII del GATT.
- Acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra.
- Decisión No 2/2000 del Consejo Conjunto CE-México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
- Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas
- Ley de Asociaciones Público Privadas
- Ley de Petróleos Mexicanos.
- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción
- Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía, publicado en el DOF del 20 de diciembre de 2013.
- Diario Oficial de la Federación, Aviso por el que se informa que a partir del 1 de abril del 2016, la Secretaría de Energía podrá otorgar permisos de importación de gasolinas y diésel a cualquier interesado.
- Ley de la Comisión Federal de Electricidad.
- Ley Nacional de Hidrocarburos

## EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN EL MARCO DEL ACUERDO COMERCIAL ENTRE LA UNIÓN EUROPEA, COLOMBIA, PERÚ Y ECUADOR: UN ENFOQUE DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

**Sorily Figuera Vargas \***

Profesora a tiempo completo de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

**Eduardo Reyes Torres \*\***

Asistente de investigación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

### Resumen

Dentro del presente capítulo<sup>357</sup>, se analizará la incidencia que tiene el Acuerdo Comercial de la Unión Europea en Ecuador, Colombia y Perú, haciendo énfasis en que dicho Acuerdo promueve el respeto a los derechos humanos y, a su vez, establece el arbitraje de inversión para la solución de conflictos que puedan suscitarse. Para ello, se estudiará el proceso de formación del presente Acuerdo y se hará hincapié en el arbitraje, el cual otorga flexibilidad para dirimir controversias. Se examinará entonces, la relación existente entre el arbitraje y los derechos humanos, en base a este Acuerdo y, se finalizará comparando casos específicos donde esta relación es visible.

**Palabras Clave:** Arbitraje, Unión Europea, Derechos Humanos, Ecuador, Colombia, Perú.

### Abstract

Inside the present chapter, there will be analyzed the incident that has the Commercial Agreement of the European Union in Ecuador, Colombia and Peru, doing emphasis in which the above mentioned Agreement promotes the respect to the human rights and, in turn, it establishes the arbitration of investment for the solution of conflicts that could be provoked. For it, there will be studied the process of formation of the present Agreement and will be emphasized in the arbitration, which grants flexibility to dissolve controversies. It will examine then, the existing relation between the arbitration and the human rights, on the basis of this Agreement and, will conclude comparing specific cases where this relation is visible.

**Keywords:** Arbitration, European Union, Human Rights, Ecuador, Colombia, Peru.

Introducción. 1. Arbitraje Internacional y Arbitraje de Inversión. 2. La influencia de los Derechos Humanos en el Arbitraje. 3. Casos de Arbitraje en relación con los Derechos Humanos. 4. Conclusiones

---

\* Doctora por la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Internacional Privado y Comparado por la Universidad Central de Venezuela. Abogada de la Universidad Bicentennial de Aragua - Venezuela. Licenciada en Derecho en España. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Profesora a tiempo completo de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo Electrónico: sorilyf@yahoo.com / [sfiguera425@puce.edu.ec](mailto:sfiguera425@puce.edu.ec)

\*\* Estudiante de octavo semestre de la Carrera de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Sede Quito-Ecuador. Correo Electrónico: [eduardoreyestorres@hotmail.com](mailto:eduardoreyestorres@hotmail.com)

<sup>357</sup> Este capítulo es resultado del Proyecto de Investigación, titulado: "El Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador: Un análisis de sus implicaciones desde la perspectiva de los Derechos Humanos", aprobado en la Convocatoria para Proyectos de Investigación PUCE 2017.

## Introducción

Las actividades comerciales son el resultado de un largo proceso histórico de relaciones sociales las cuales formaron parte de a la actividad humana debido a la constante satisfacción de necesidades de una persona. Con el paso del tiempo ciencias como la Historia y la Economía nos han permitido entender como estas relaciones se han desarrollado hasta convertirse en grandes mercados para el comercio y la configuración del mercado actual; un panorama en el cual los seres humanos se van desenvolver. Día a día surgen nuevas estrategias para lograr una mayor atracción de inversión extranjera, la promoción del desarrollo y producción de nacional de un país, esto con el objetivo de mejorar la calidad de vida de las personas.

Unas de estas estrategias es a través de la firma de acuerdos comerciales los cuales permiten mejorar las condiciones de acceso a un mercado, en específico al cual se desea ingresar. Así pues, “en los acuerdos comerciales, las reglas de origen cumplen un rol central ya que los aranceles y otras barreras se eliminan para los productos de un determinado origen (Mazzoccone, 2012). Con estos acuerdos, el crecimiento económico de sus signatarios llega a dispararse mediante el aumento del comercio entre los países y la generación de nuevos puestos de trabajo.

Lo que interesa abordar aquí, específicamente, es lo relativo al Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, desde la perspectiva de los beneficios que el Estado ecuatoriano obtiene del mismo, así como, la relación que esto podría tener con el procedimiento arbitral contenido en este Instrumento y el respeto de los derechos humanos, cuya observancia se exige en su primer artículo, pues forman parte de los estándares europeos de calidad. Se destacará entonces que

Una de las cuestiones clave para la UE en la negociación de acuerdos comerciales con otros países es lograr que se mantengan los estándares que se aplican en territorio comunitario, por ejemplo, en relación a la calidad de los alimentos. Para el Parlamento Europeo respetar esos estándares de calidad es un factor imprescindible, por lo que cualquier intento de reducirlos podría ser una razón para vetar los acuerdos. Los negociadores de la Unión Europea incluyen a menudo cláusulas sobre derechos humanos y laborales en los pactos para ayudar a mejorar la situación del país con el que están negociando.<sup>358</sup>

El Acuerdo Comercial entre Colombia y Perú por una parte y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, fue firmado en la ciudad de Bruselas, Bélgica, el 26 de junio de 2012. La Unión Europea, mediante su Parlamento aprobó el Acuerdo el 11 de diciembre de 2012, y posteriormente notificó la culminación de sus trámites internos para la aplicación provisional del Acuerdo, el 27 de febrero de 2013.

El Acuerdo Comercial fue sancionado por el presidente de Colombia, el 04 de junio de 2013, después de recibir aprobación por el Senado y la Cámara de Representantes de ese país. El 26 de julio de 2013, la Comisión Europea notificó que el Acuerdo Comercial entre la UE y Colombia entraría en vigencia desde el 01 de agosto de 2013.

---

<sup>358</sup> Parlamento Europeo. (19 de octubre de 2016). *Acuerdos comerciales: con qué países negocia la Unión Europea*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2017, de <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/world/20161014STO47381/acuerdos-comerciales-con-que-paises-negocia-la-union-europea>

Colombia promulgó el Decreto 2247 del 5 de noviembre de 2014 "por el cual se desarrollan los compromisos de acceso a los mercados adquiridos por Colombia en virtud del <<Acuerdo Comercial entre Colombia y el Perú, por una parte y la Unión Europea y sus Estados Miembros, por otra, firmado en la ciudad de Bruselas el 26 de junio de 2012>>, en atención a la Ley 1669 de 2013 y se adoptan otras disposiciones"<sup>359</sup>.

Por su parte, el Congreso de la República de Perú hizo oficial la aprobación del Acuerdo Comercial en estudio, a través de la Resolución Legislativa N° 29974, publicada en la separata de Normas Legales del diario "El Peruano", el 28 de diciembre de 2012<sup>360</sup>.

Perú, Colombia y la Unión Europea, posteriormente, firmaron un protocolo adicional el 30 de junio de 2015, con el cual Croacia se adhirió formalmente a este Acuerdo Comercial. Completándose los respectivos procedimientos internos de ratificación para la entrada en vigor de dicho protocolo en cada Estado parte<sup>361</sup>.

Finalmente, el Parlamento Europeo aprobó el Protocolo de Adhesión de la República de Ecuador al Acuerdo Comercial con la Unión Europea y Colombia y Perú, en fecha 14 de diciembre de 2016, consintiendo que el tratado entraría en vigencia provisionalmente desde el 1 de enero de 2017. Ecuador publicó el Acuerdo con la Unión Europea y el Protocolo de Adhesión de este país suramericano, el 23 de diciembre de 2016<sup>362</sup>.

Según establece el Parlamento Europeo, el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador prevé la liberalización total del comercio de los productos industriales y de la pesca durante diez años (con la eliminación de gran parte de los aranceles desde la entrada en vigencia del Acuerdo), incrementando el acceso al mercado de los productos agrícolas. El Instrumento aborda aspectos como la contratación pública, la inversión, los derechos humanos y las normas laborales y ambientales<sup>363</sup>.

Dada la magnitud del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador y como suele establecerse en este tipo de instrumentos, se incorporó el Capítulo 3, titulado "Procedimientos para la Solución de Controversias" y, a partir del artículo 302 se consagra todo lo relativo al procedimiento arbitral. Con ello, se desea analizar la relación que tiene el procedimiento arbitral consagrado en el Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, con el respeto a los derechos humanos en los países latinoamericanos suscriptores de este instrumento internacional.

## **1. Arbitraje Internacional y Arbitraje de Inversión**

Un arbitraje, se presenta como una vía de escape frente al gran sistema de administración de justicia de un Estado, puesto que son las mismas partes quienes disponen de las normas de procedimiento para llegar a un acuerdo y dirimir controversias entre sí mismas. Sin embargo, este postulado es discutible en la doctrina.

---

<sup>359</sup> OEA, *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*. Recuperado de [http://www.sice.oas.org/TPD/AND\\_EU/AND\\_EU\\_s.ASP](http://www.sice.oas.org/TPD/AND_EU/AND_EU_s.ASP) en fecha 1 de julio de 2017.

<sup>360</sup> Resolución Legislativa N° 29974 - Norma Legal Diario Oficial El Peruano. Recuperado de <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/resolucion-legislativa-que-aprueba-el-acuerdo-comercial-ent-resolucion-legislativa-n-29974-883084-1/> en fecha 1 de julio de 2017.

<sup>361</sup> OEA, *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*. Recuperado de [http://www.sice.oas.org/TPD/AND\\_EU/AND\\_EU\\_s.ASP](http://www.sice.oas.org/TPD/AND_EU/AND_EU_s.ASP) en fecha 1 de julio de 2017.

<sup>362</sup> *Ibíd.*

<sup>363</sup> Parlamento Europeo, América Latina y el Caribe. Recuperado de [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_6.6.2.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.6.2.html), en fecha 1 de julio de 2017.

Si se analiza la naturaleza del arbitraje es necesario estudiar cuáles han sido las concepciones expuestas por distintos juristas y demás conocedores del Derecho. Es así como, una primera postura considera al arbitraje una actividad jurisdiccional, la cual llega a ser reconocida por el Estado, puesto que es el mismo legislador el que ha permitido que exista esta posibilidad en el ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, la Constitución del Ecuador establece que

**Art. 190.-** Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.<sup>364</sup>

La segunda posición propone que el arbitraje es de naturaleza contractual, esto lo expone el tratadista Francisco Ramos Méndez cuando establece que el arbitraje es “un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas” (Ramos Méndez, 1990). Esta postura descompone el arbitraje y analiza sus partes llegando a establecer que tanto el laudo como la cláusula arbitral forman parte de un negocio jurídico, en el cual difícilmente puede involucrarse el Estado.<sup>365</sup>

Finalmente, existe una última postura que recopila las ideas principales de sus antecesoras, considera que el arbitraje es en su origen contractual pero procesal por su desarrollo. Esta postura ha sido desarrollada por la doctrina española como “jurisdicción convencional”, donde “el origen del arbitraje, así como también los efectos de la relación procesal (...) quedan sometidos a un acuerdo de carácter contractual, (...) y el procedimiento del juicio arbitral tiene tópicos esenciales de carácter jurisdiccional” (Picand Albónico, 2005, pág. 50). Esta postura “mixta” es la más aceptada y acogida para un mejor entendimiento del arbitraje.

Independientemente de los varios tipos de arbitrajes estudiados y analizados por tratadistas y jurisconsultos, es menester detenerse en diferenciar las categorías de arbitraje los cuales constituyen el punto medular de esta disertación.

En primer lugar, se debe establecer que el arbitraje internacional “satisface plenamente las exigencias de los sujetos internacionales otorgándoles en la solución de sus controversias neutralidad, confidencialidad, flexibilidad y, por sobre todo, la posibilidad de que elijan libremente el derecho sustantivo y adjetivo aplicable en el proceso arbitral” (Picand Albónico, 2005).

Se debe aclarar que, un arbitraje internacional aparece cuando existen intereses que forman parte del comercio internacional y transnacional, estos se manifiestan en la mayoría de casos a través de cláusulas arbitrales que se encuentran dentro de un acuerdo comercial o un contrato, estas suelen estar acompañadas junto con la normativa aplicable

---

<sup>364</sup> *Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Asamblea Nacional. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>365</sup> El Dr. Álvaro Salcedo Flórez expone que “el laudo y el pacto arbitral son partes estructurales de un negocio jurídico complejo” (Salcedo Flórez, 2010) esto debido a que son las mismas partes las que establecieron como resolver sus controversias junto con otros aspectos y que por sus características hace poco conveniente la intervención del Estado directamente o a través de órganos jurisdiccionales. Al considerar esta postura vemos como ventaja una mayor libertad y flexibilidad de los árbitros para dirimir conflictos.

a acuerdo o contrato, el lugar donde se realizará el arbitraje, con cuantos árbitros y bajo qué idioma será dirigido el arbitraje.

En la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, se establecen tres condiciones para que un arbitraje sea considerado internacional y solo basta que una de ellas aparezca dentro de la relación jurídica. Esto se encuentra previsto dentro del artículo 41 del mencionado cuerpo legal, de la siguiente manera

**Art. 41.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.<sup>366</sup>

El arbitraje internacional ha sido utilizado generalmente dentro del comercio debido a que supera los “límites naturales de un determinado Estado” (Romero Seguel & Díaz Villalobos, 2007). Estos arbitrajes llegan a seguir una serie de reglas propuestas por las mismas instituciones de arbitraje internacional.

Dentro del arbitraje comercial internacional las reglas más conocidas son las de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, conocidas como Ley Modelo UNCITRAL. Así pues, es oportuno mencionar que “La influencia de la referida Ley Modelo es notoria: con mayor o menor profundidad, más de cuarenta países han seguido sus directrices, facilitando con ello la investigación de los procedimientos arbitrales internacionales” (Romero Seguel & Díaz Villalobos, 2007).

Igualmente, existe la modalidad de arbitraje estipulada dentro del Acuerdo Comercial que tratamos en este estudio, el llamado arbitraje de inversión, que según Fernández Rozas es

...una modalidad arbitral que ha adquirido un desarrollo sin precedentes en América Latina...Una modalidad que no puede desconocer su influencia del arbitraje comercial internacional, aunque en la actualidad, a raíz de la multiplicación de las controversias arbitrales originadas por convenciones internacionales, éste está adquiriendo rasgos específicos propios.<sup>367</sup>

Este arbitraje, es un procedimiento para resolver controversias entre los inversores extranjeros y los Estados de acogida (igualmente denominado Solución de Controversias Inversionista-Estado o ISDS). Dar la opción a un inversor extranjero de demandar a un Estado de acogida mediante arbitraje, representa una garantía para el inversor extranjero que, al verificarse una controversia, podrá acceder a árbitros independientes y competentes para solucionar la disputa y dictar un laudo ejecutable. De esta manera, el inversor extranjero podrá evitar jurisdicciones nacionales sesgadas o privadas de independencia. El inversor extranjero para dar inicio a un arbitraje de inversión requiere

---

<sup>366</sup> *Ley de Arbitraje y Mediación*. (2009). Asamblea Nacional. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

<sup>367</sup> Fernández Rozas, José Carlos (2009). “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?” en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, N°. 2009, p. 20.

que el Estado receptor haya dado su consentimiento previo<sup>368</sup>; en este caso, este requisito se entiende cumplido, pues se está en el marco de un acuerdo comercial.

En tal sentido, el numeral 2 del artículo 302 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, indica

2. La solicitud de establecimiento de un grupo arbitral se presentará por escrito a la Parte reclamada y al Comité de Comercio. La Parte reclamante identificará en su solicitud la medida específica en discusión, y explicará cómo esa medida constituye una violación de las disposiciones de este Acuerdo de modo que sea suficiente para presentar los fundamentos de derecho de la reclamación con claridad.<sup>369</sup>

El acuerdo comercial establece el desarrollo del procedimiento arbitral. Al detenerse a leer el convenio, el Art. 302 establece de manera taxativa las causas por las cuales inicia este arbitraje, una o varias de estas causas son invocadas por la parte afectada explicando adicionalmente por qué dicha causa implica también una violación a las disposiciones del acuerdo.

Ahora bien, evidentemente el acuerdo comercial en estudio, prevé facilidades para un mejor desarrollo económico de los Estados partes; sin embargo, en caso de que los signatarios deseen someterse a arbitraje por el surgimiento de algún conflicto, no podrán dejar de lado también que dicho acuerdo se realizó en virtud de fomentar el respeto a los derechos humanos en las relaciones comerciales.

Frente a todo lo antes expuesto, surge el interés de analizar hasta qué punto este procedimiento arbitral previsto en el del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador, garantiza los derechos humanos desde diferentes perspectivas. Consideramos a los pequeños comerciantes, agricultores y pescadores que desarrollan su actividad comercial en los países latinoamericanos que forman parte de este instrumento internacional. Por otra parte, pensemos en las actividades extractivas de recursos naturales que se desarrollen bajo este Acuerdo Comercial, tema que nos lleva ineludiblemente a la protección de la propiedad colectiva de tierras indígenas en Latinoamérica.

Cabe anotar que el desarrollo del procedimiento arbitral no se ceñiría a lo dispuesto a este acuerdo comercial puesto que el mismo no ha sido previsto dentro de su contenido. Dentro del acuerdo comercial está previsto como inicia el procedimiento arbitral, la conformación del tribunal, el contenido y ejecución del laudo y los recursos que pueden ser aplicados en el mismo. Pero, su desarrollo sigue las Reglas de Procedimiento adoptadas por el Comité de Comercio. Por tanto a la conformación de este comité, deberá de desarrollas las reglas correspondientes para el desarrollo del arbitraje.

El acuerdo comercial deja sentado que dicho comité se reunirá una vez al año y su primera reunión será en Bogotá, Colombia. Hasta el momento aún no hay una fecha prevista para esta primera reunión lo que genera un cierto estado de incertidumbre al no saber cómo será el desarrollo de la audiencia arbitral. Si surge una controversia antes de que se reúna el Comité de Comercio, quedaría a opción de las partes establecer cuál sería el

---

<sup>368</sup> Red de los Abogados en el Arbitraje Internacional. *Introducción Al Arbitraje De Inversión ¿Cómo Funciona?* Recuperado de <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/> en fecha 1 de julio de 2017.

<sup>369</sup> Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador. Recuperado de [http://www.sice.oas.org/TPD/AND\\_EU/Texts\\_24March2011/ESP/Text\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/AND_EU/Texts_24March2011/ESP/Text_s.pdf) en fecha 1 de julio de 2017



procedimiento a seguir para el desarrollo de dicha audiencia. Bien seguirían las reglas de la ley modelo UNCITRAL o las establecidas por organismos internacionales como el CIADI.

## 2. La Influencia de los Derechos Humanos en el Arbitraje

Un arbitraje surge cuando los términos de un instrumento (en este caso el Acuerdo Comercial) las partes manifiestan su consentimiento a recurrir a dicho foro. Al relacionar los derechos humanos con el arbitraje, vemos que dentro de su aplicación surge de forma principal el derecho a ser oído, siendo este a su vez un elemento esencial que se desarrolla un arbitraje.

Este derecho se encuentra consagrado dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>370</sup> como también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>371</sup>. A pesar de que en dichos instrumentos, no hacen referencia a una forma de terminación extrajudicial, esta garantía se entiende que debe ser aplicada cuando las mismas partes consideraron otro método para solucionar sus conflictos. Esto lo expone de mejor forma José Luis Siqueiros, en los siguientes términos

Si bien es cierto que ninguno de los dos instrumentos hace referencia al derecho de las personas para pactar la resolución de sus diferendos en forma extra-judicial, el intérprete de tales preceptos debe considerar que el consenso mutuo de las partes para someter a un tribunal arbitral las controversias que puedan surgir o hayan surgido entre ellas, debe quedar implícito dentro de lo que Convención y el Pacto definen como "garantías judiciales"; por lo tanto, que en el curso del proceso arbitral las personas involucradas tendrán derecho a ser oídas y a gozar de las debidas garantías por el tribunal arbitral, que deberá ser competente, independiente e imparcial.<sup>372</sup>

Cuando se habla del Arbitraje de inversión, se debe considerar que en la naturaleza de dicho arbitraje está presente la inversión extranjera la cual debe realizarse con respeto a los derechos humanos. En este sentido, Polanco Lazo establece que, la relación entre la inversión internacional y los derechos humanos es un aspecto controvertido para los Estados, quienes deben establecer un equilibrio en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales contenidas en tratados de derechos humanos, con la protección de los

---

<sup>370</sup> Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

<sup>371</sup> Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

<sup>372</sup> Siqueiros, José Luis. La Persona Humana y el Arbitraje Internacional de Naturaleza Privada. Recuperado de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/403-424.Siqueiros.pdf> en fecha 12 de diciembre de 2017.

intereses de los inversionistas resguardados por los acuerdos internacionales de inversión.<sup>373</sup>

No se puede pasar por alto, que el artículo 1 del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Ecuador prevé

El respeto de los principios democráticos y los derechos humanos fundamentales en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los principios que sustentan el Estado de Derecho, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes. El respeto de dichos principios constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.<sup>374</sup>

De igual forma, Franz Kundmüller Caminiti señala que actualmente “el comercio no sería “separable” de otras disciplinas fundamentales como los Derechos Humanos, la protección del medio ambiente y la prevención de la corrupción.”<sup>375</sup> Esta visión desataca dentro de la Unión Europea porque el respeto a los derechos humanos se ha desarrollado en ese contexto, a tal punto que se ha convertido en política de relaciones exteriores. Así pues, “La Unión Europea ha establecido que, en todos los tratados que negocia o celebra la Unión, se debe incluir una cláusula de Derechos Humanos que presente la categoría de “elemento esencial”, de conformidad con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.”<sup>376</sup>

De esta manera, en diversos tratados internacionales, y ante la vulneración de este elemento esencial, se genera, a favor de la otra parte, el derecho a suspender, en todo o en parte, cualquier acuerdo con algún socio comercial que no cumpla con sus obligaciones en materia de Derechos Humanos, medio ambiente y prevención de la corrupción.<sup>377</sup>

Sin embargo, dentro del desarrollo de un arbitraje hay limitaciones. Los árbitros solo realizan una valoración de los argumentos presentados por las partes en relación a una posible violación de derechos para determinar las obligaciones de las mismas, no determinan la violación de derechos puesto que sería un exceso de sus facultades, y aún así determinar las obligaciones de las partes no resulta una tarea fácil. Beserman Balco en relación a este punto sostiene que

...sería conveniente que los propios TBI incluyeran disposiciones acerca de derechos humanos en su texto. En tal sentido, existen tratados modelo que apuntan al desarrollo sustentable de las inversiones colocando en cabeza de los inversores ciertas obligaciones, tales como operar la inversión de manera que no comprometa las obligaciones en materia ambiental, laboral y/o de derechos humanos a las

---

<sup>373</sup> Polanco Lazo, Rodrigo. Arbitraje de Inversiones y casos de Derechos Humanos en América Latina. New Haven: Yale Law School. Recuperado de [https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17\\_polanco\\_cv\\_sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_polanco_cv_sp.pdf) en fecha 1 de junio de 2017, p.1.

<sup>374</sup> Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador. Recuperado de [http://www.sice.oas.org/TPD/AND\\_EU/Texts\\_24March2011/ESP/Text\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/AND_EU/Texts_24March2011/ESP/Text_s.pdf) en fecha 1 de julio de 2017.

<sup>375</sup> Kundmüller Caminiti, Franz. Globalización y arbitraje en inversiones, ¿la cosa pública vuelve a la escena o nunca se fue de la escena? En: Lima Arbitration N° 3 - 2008 / 2009, pp. 21

<sup>376</sup> *Ibíd.*

<sup>377</sup> Miller, Vaughne. The Human Rights Clause in the EUs External Agreements, House of Commons Research Paper No 04/33, 16 April 2004, p. 11

cuales se encuentran sujetos el Estado anfitrión o el Estado del cual el inversor es nacional.<sup>378</sup>

Desde tal enfoque, se pueden establecer soluciones, puesto que los arbitrajes de inversión son cada vez más frecuentes dentro del comercio internacional y corresponderá a los árbitros familiarizarse ante estas situaciones para realizar, en definitiva, una correcta gestión dentro del proceso arbitral.

Besserman Balco propone una solución desde el lado de las partes. Señala el mencionado autor, que “Teniendo presente si el caso podría conllevar la necesidad de analizar argumentos de derechos humanos, las partes podrían seleccionar árbitros con experiencia en la materia.” (Beserman Balco, 2015) Esta opción es la que más se debería de considerar dentro de la lista de personas que, según el Acuerdo Comercial, pueden ser consideradas árbitros por parte del Comité de Comercio, expertos derechos humanos los cuales permiten con su experticia dar una solución la cual, aunque no sea respecto a una posible vulneración de derechos, permita que las partes conserven sus relaciones comerciales.

Una segunda solución es presentada por presentada por Peterson<sup>379</sup>, quien propone que los tratados de inversión, “prevean consultas con organismos expertos o con mecanismos arbitrales en materia de legislación sobre los derechos humanos.” (Peterson, 2009). De tal forma, la propuesta no busca que los árbitros se desentiendan de los derechos humanos, sino que estos deben ser considerados en mayor o menor medida, dependiendo de la situación específica que devenga en un arbitraje. Si el Comité de Comercio acogiera esta opción estaríamos frente a una suerte de tribunal de alzada donde cabe la posibilidad de que una de las partes llegue a acogerse lo establecido por el comité de expertos y desconociendo a la solución que pueda dar el tribunal arbitral.

Por tanto, tomando en consideración que el acuerdo comercial prevé que para la conformación del tribunal arbitral, este puede ser conformado por mutuo acuerdo de las partes o en su defecto seleccionar de la lista de 25 personas seleccionadas por el Comité de Comercio para ser consideradas como árbitros, estas deberán ser conocedores de varias materias relacionadas con el comercio como Negocios Internacionales o Economía. Sin embargo, aunque sea uno de los miembros de este tribunal necesariamente debe ser un experto en derechos humanos, esto según lo previsto en los artículos 303 y 304 del acuerdo comercial y en concordancia a lo establecido en su primer artículo.

### **3. Casos de Arbitraje en relación con los Derechos Humanos**

Si, en los arbitrajes de inversión los árbitros no deben dar una decisión respecto a la violación de derechos humanos; ¿qué pueden hacer cuando en un arbitraje se discute respecto de los mismos? Sin considerar las dos alternativas propuestas en los párrafos anteriores, los tribunales arbitrales hacen uso de analogías para obtener una interpretación del contenido de los tratados de inversión.

En el caso *Mondev International Ltd. contra los Estados Unidos*, esta empresa canadiense inicia un procedimiento ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “CIADI”) contra los Estados Unidos “alegando incumplimiento de estándares del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante “TLCAN”) en el tratamiento que las cortes locales estadounidenses

---

<sup>378</sup> Beserman Balco, M. S. (2015). Una mirada a favor de las alegaciones sobre Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión. Revista de Arbitraje PUCP(Nº 5), pp.157-163.

<sup>379</sup> Peterson, L. E. (2009). Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados. Montreal: Derechos y Democracia, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático, pág. 45

dieron a su causa. Mondev plantea no haber recibido trato conforme a la legislación internacional.” (Beserman Balco, 2015)

Frente a la alegación antes señala, el tribunal arbitral tuvo que analizar jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto al derecho a audiencia contenido en el Artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El laudo arbitral rechazó la petición de Mondev Internacional, sin embargo estableció que “los precedentes valorados sobre derechos humanos sirven como guía, por analogía, para interpretar dicha disposición del tratado multilateral de inversión.” (Beserman Balco, 2015, pág. 159)

Al realizar estas analogías, el Tribunal Arbitral puede o no ser orientado respecto de los argumentos que les fueron presentados para determinar la obligación de las partes, en el caso *Philip Morris contra Uruguay* la compañía tabacalera alegaba una violación del Tratado Bilateral de Inversión entre Suiza y Uruguay. Este tratado, otorga protección para las inversiones hechas en Uruguay, incluyendo propiedad intelectual. Sin embargo, la República de Uruguay ha diseñado y aumentado sus regulaciones contra el tabaco en 2009 a favor del derecho a la salud, las cuales Philip Morris argumentó que perjudicaban las inversiones de la empresa en el país, por cuanto regulaban el diseño de la presentación de diferentes cajetillas. Al final el Tribunal del CIADI falló a favor de Uruguay puesto que temas como la salud pública eran reguladas bajo la doctrina del poder de policía<sup>380</sup> la cual, según el laudo arbitral

...constituye una norma fundamental del derecho internacional consuetudinario y como tal, debe aplicarse a la interpretación del Artículo 5, de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”). Además, el Artículo 2(1) del TBI reconoce en forma explícita el plano especial en el cual existe el poder de policía, al permitir que los Estados contratantes se nieguen a admitir inversiones “por razones de seguridad, orden público, salud pública o moralidad”. Este poder no puede circunscribirse al punto de admisión de inversiones, sino que debe considerarse una parte permanente de la autoridad regulatoria del Estado.<sup>381</sup>

Con el caso antes citado, en relación al Acuerdo Comercial que estamos tratando en el presente texto, se puede establecer que si la base argumental de una de las partes es la violación de derechos humanos y ésta se encuentra contenida dentro de los artículos que existen en un tratado bilateral de inversión o un acuerdo comercial, el tribunal arbitral resulta competente para conocer de dichas violaciones las cuales son una guía para determinar el incumplimiento de una obligación y este incumplimiento el que gira en torno al laudo arbitral.

Siguiendo la línea seguida en *Philip Morris contra Uruguay*, en un arbitraje de inversión si el argumento de defensa de una parte se basa también en la vulneración de derechos humanos pero, no se encuentra respaldado dentro de algún artículo que esté un acuerdo comercial, este pierde peso frente al tribunal arbitral.

Así por ejemplo, en el caso *Chevron-Texaco vs Ecuador* dentro de uno de los arbitrajes se falló a favor de Chevron; sin embargo, no se resolvió respecto de la responsabilidad de Chevron por daños ambientales los cuales ya eran tratados dentro del juicio de Lago Agrio, momento en el cual Chevron inició el proceso arbitral considerando una violación

---

<sup>380</sup> Potestad normativa de tipo reglamentaria que posee el Estado de regular los Derechos individuales en aras del bien común o el interés general (Sotelo de Andreau, 2004)

<sup>381</sup> Philip Morris Contra Uruguay, Caso CIADI N.º ARB/10/7 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) 08 de Julio de 2016).

de los “estándares de protección al inversionista, previstos en el TBI por el supuesto hecho de que el Ecuador no estaba cumpliendo con su obligación de mantener indemne al inversionista frente a la demanda de Lago Agrio” (García Carrión, 2015).

Es por esta razón que se presentó la acción de nulidad de dicho laudo y porque junto con los otros tres arbitrajes realizados en torno a este caso “deslegitimaban la figura del arbitraje (...) puesto que sus resoluciones se extralimitan en sus competencias y dictan sentencias por sobre la independencia de los sistemas jurídicos y la soberanía de los Estados.” (Fundación Ezkerraberi, 2014). Con estas consideraciones resulta oportuno destacar lo establecido por el Procurador General del Estado ecuatoriano, respecto al daño ambiental de Chevron; “el tribunal arbitral no debería emitir ninguna resolución al respecto de la reclamación de Chevron, si no ha resuelto antes sobre la responsabilidad de Chevron-Texaco en los pasivos ambientales” (García Carrión, 2015).

Entonces, en opinión de los autores, un arbitraje de inversión puede ser un arma de doble filo, que en el caso de *Chevron-Texaco vs Ecuador* fue utilizado por la gigante petrolera con el objetivo de evadir su responsabilidad por daño ambiental.

El Acuerdo Comercial de la Unión Europea con Ecuador, Colombia y Perú entró en vigencia en este país en enero de 2017 y para el momento de realizar esta disertación, aún no se han presentado disputas dirimidas mediante el procedimiento de arbitraje de inversión contenido en el Instrumento. No obstante, este estudio representa un aporte que deja en evidencia la importancia que tiene el arbitraje de inversión y el respeto a los derechos humanos, destacando la experiencia en casos como *Philip Morris contra Uruguay* y *Chevron-Texaco vs Ecuador*.

#### **4. Conclusiones**

El arbitraje de inversión surge como una forma en la cual se intenta dar una resolución a los conflictos producto de las relaciones comerciales de los Estados, cuando una de las partes ha incumplido un acuerdo comercial. Estas disputas llegan a trascender de tal forma, que corresponde a quienes se interesan por la promoción y protección de los derechos humanos, realizar un análisis y estudio constante, pues el contenido de los laudos de arbitrajes de inversiones, podrían llegar a ser un punto clave en futuras resoluciones, en donde el respeto a los derechos humanos pueden tener una incidencia fundamental para los Estados, sus pueblos y desarrollo.

Los futuros acuerdos comerciales en el que se vea inmerso el Ecuador siempre deberían prever y asegurar tanto la protección de la inversión extranjera como el respeto de los derechos humanos, puesto que en caso de ser necesario el sometimiento a un arbitraje de inversión, los argumentos que sustenten la vulneración de derechos humanos podrían ser tomados en consideración por el tribunal arbitral.

Resulta necesario el desarrollo de la primera reunión del Comité de Comercio el cual debe establecer el desarrollo del procedimiento arbitral, de momento aún no se ha reunido y esto genera inseguridad al desconocer el procedimiento a seguir y teniendo en cuenta los lineamientos establecidos dentro del acuerdo comercial.

Dentro de ese ámbito, en un futuro no tan lejano, podría entrar el Acuerdo Comercial de la Unión Europea con Ecuador, Colombia y Perú con su procedimiento de arbitraje de inversión, donde las anécdotas y los fundamentos jurídicos de casos como *Philip Morris contra Uruguay* y *Chevron-Texaco vs Ecuador*, dejan una reflexión sobre el tema.

El desarrollo de dos elementos como el arbitraje y los derechos humanos enfocados dentro de un mismo punto representa un cambio dentro de las relaciones comerciales y sociales pues toda actividad que gire en torno al ser humano se encuentra ligado, en

mayor o menor medida, a su dignidad la cual no puede ser menoscabada en una relación comercial o en el desconocimiento de sus derechos.

## Bibliografía

- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Asamblea Nacional. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Beserman Balco, M. S. (2015). Una mirada a favor de las alegaciones sobre Derechos Humanos en el Arbitraje de Inversión. *Revista de Arbitraje PUCP*(N° 5), pp.157-163.
- Congreso de la República de Perú. (28 de Diciembre de 2012). *Resolución Legislativa N° 29974 - Norma Legal Diario Oficial El Peruano*. Recuperado el 01 de Julio de 2017, de <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/resolucion-legislativa-que-aprueba-el-acuerdo-comercial-ent-resolucion-legislativa-n-29974-883084-1/>
- Espinosa Fenwarth, A. (2013). "*Análisis del Acuerdo de Asociación entre Colombia y la Unión Europea: agricultura y medidas sanitarias y fitosanitarias*". Santiago de Chile: Naciones Unidas - CEPAL.
- Fernández Rozas, J. C. (2009). "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 13-38.
- Fundación Ezkerraberri. (11 de Febrero de 2014). *Juicio Contra Chevron-Texaco: Defensa de Derechos Humanos y Ambientales*. Recuperado el 18 de Diciembre de 2017, de [http://ezkerraberri.eus/es: http://ezkerraberri.eus/uploads/erab\\_1/2015/05/1431416207-Resumen%20caso%20actualizado%20del%20caso%20Chevron%20Texaco.pdf](http://ezkerraberri.eus/es: http://ezkerraberri.eus/uploads/erab_1/2015/05/1431416207-Resumen%20caso%20actualizado%20del%20caso%20Chevron%20Texaco.pdf)
- García Carrión, D. (2015). *Caso Chevron: Defensa del Ecuador Frente al Uso Indevido del Arbitraje de Inversión*. Quito, Ecuador: Procuraduría General del Estado.
- Graham, J. (2016). Arbitraje y Derechos Humanos. *UJAT, Año 3*(N° 6 Enero-Junio), pp. 1-11.
- Kundmüller Caminiti, F. (2008 / 2009). Globalización y arbitraje en inversiones, ¿la cosa pública vuelve a la escena o nunca se fue de la escena? *Lima Arbitration*(N° 3), pp. 11-41.
- Mazzoccone, D. (28 de Septiembre de 2012). *La Importancia de los Acuerdos Comerciales*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2017, de Somos PYMES, innovación y liderazgo empresarial: <http://www.somos-pymes.com/columnistas/lic-diego-mazzoccone/la-importancia-de-los-acuerdos-comerciales.html>
- Miller, V. (16 de Abril de 2004). The Human Rights Clause in the EU's External Agreements. *House of Commons Research Paper*(N° 4/33), 1-79.
- OEA. (s.f.). *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*. Recuperado el 01 de Julio de 2017, de [http://www.sice.oas.org/TPD/AND\\_EU/AND\\_EU\\_s.ASP](http://www.sice.oas.org/TPD/AND_EU/AND_EU_s.ASP)
- Olarte Bácares, D. (2010). "El Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina: El Reencuentro con los Derechos Humanos". En *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Bogotá: Universidad Javeriana y Editorial Temis.
- Parlamento Europeo. (19 de Octubre de 2016). *Acuerdos comerciales: con qué países negocia la Unión Europea*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2017, de <http://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/world/20161014STO47381/acuerdos-comerciales-con-que-paises-negocia-la-union-europea>

- Parlamento Europeo. (s.f.). *América Latina y el Caribe*. Recuperado el 07 de Diciembre de 2017, de [http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU\\_6.6.2.html](http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_6.6.2.html)
- Peterson, L. E. (2009). *Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión. Panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estados*. Montreal: Derechos y Democracia, Centro Internacional de Derechos Humanos y Desarrollo Democrático.
- Philip Morris contra Uruguay, Caso CIADI N.º ARB/10/7 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) 08 de Julio de 2016).
- Picand Albónico, E. (2005). *Arbitraje Comercial Internacional - Tomo I* (1era ed.). Santiago de Chile, Chile.
- Polanco Lazo, R. N. (s.f.). *Arbitraje de Inversiones y casos de Derechos Humanos en América Latina*. Recuperado el 01 de Junio de 2017, de New Haven: Yale Law School: [https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17\\_polanco\\_cv\\_sp.pdf](https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_polanco_cv_sp.pdf)
- Ramos Méndez, F. (1990). *Derecho Procesal Civil - Tomo II* (4ta ed.). Barcelona, España: Editor J. M. Bosch.
- Red de los Abogados en el Arbitraje Internacional. (s.f.). *Introducción Al Arbitraje De Inversión ¿Cómo Funciona?* Recuperado el 01 de Julio de 2017, de <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/>
- Romero Seguel, A., & Díaz Villalobos, J. I. (2007). *El Arbitraje Interno y Comercial Internacional*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Lexis Nexis.
- Salcedo Flórez, Á. (2010). En torno a la naturaleza jurídica del arbitraje. *RAI - Revista Análisis Internacional*(Número 02), pp. 147-154.
- Siqueiros, J. L. (s.f.). *La Persona Humana y el Arbitraje Internacional de Naturaleza Privada*. Recuperado el 12 de Diciembre de 2017, de <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/403-424.Siqueiros.pdf>
- Sotelo de Andreau, M. G. (2004). *Poder de Policía de Prensa*. Recuperado el 17 de Diciembre de 2017, de <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/com2004/1-Sociales/S-051.pdf>
- Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador. (21 de Diciembre de 2012). *Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador*. Recuperado el 18 de Diciembre de 2017, de <http://defensacomercial.comercioexterior.gob.ec: http://defensacomercial.comercioexterior.gob.ec/wp-content/uploads/2016/11/ACUERDO-COMERCIAL-DIARIO-OFICIAL-UE-2012.pdf>

## **“LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LOS SUPUESTOS DE RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EN MATERIA FISCAL”**

**Antonio José Ramos Herrera**

Doctor en Derecho

**Juan Calvo Vérguez**

Profesor Titular (acreditado para Catedrático) de Derecho Financiero y Tributario Universidad de Extremadura

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. III. LA INTERPRETACIÓN DE MEDIDAS FISCALES RESTRICTIVAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. LA APLICACIÓN DE MANERA NO DISCRIMINATORIA; 2. LA JUSTIFICACIÓN POR RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL; 3. LA ADECUACIÓN PARA GARANTIZAR LA REALIZACIÓN DEL OBJETIVO; 4. EL ALCANCE DEL OBJETIVO PERSEGUIDO. IV. REFLEXIONES FINALES.**

### **RESUMEN:**

El objeto de la presente comunicación lo constituye el estudio de la jurisprudencia más significativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncia sobre la compatibilidad de las normativas de los Estados miembros con la libertad de establecimiento y analiza las causas de justificación basadas en la territorialidad que argumentan estos Estados dado que, pese a que la fiscalidad directa es competencia de dichos Estados, éstos deben ejercerla respetando el Derecho de la Unión Europea por lo que, la falta de armonización de las disposiciones legislativas de estos Estados en materia del Impuesto sobre Sociedades, no puede justificar la existencia de diferencia de trato.

En concreto, teniendo en cuenta el principio general de no discriminación en virtud de la nacionalidad establecido en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como de otras libertades fundamentales reguladas en el articulado de este Tratado, se ha originado una interesante jurisprudencia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la vulneración de tales Derechos, en la que la aplicación del principio de proporcionalidad es determinante para que se produzca un justo equilibrio entre la restricción de tales libertades y los intereses de los Estados miembros, dado que cuando la normativa nacional establezca determinadas distinciones basadas en el lugar de residencia de los contribuyentes dicha normativa podría considerarse compatible con el Derecho de la Unión Europea siempre que se apliquen a situaciones no comparables desde un punto de vista objetivo o resulten justificadas por razones imperiosas de interés general, entre las que cabe destacar, razones de coherencia del régimen tributario, de mantenimiento de un reparto equilibrado de la potestad tributaria y de lucha contra el fraude fiscal.

En este sentido se ha de tener presente que, con carácter general, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que la normativa de un Estado miembro será discriminatoria cuando otorgue un trato fiscal diferenciado entre aquellas sociedades constituidas conforme al Derecho nacional que sólo tengan un establecimientos en el territorio nacional y aquellas otras que cuenten con establecimientos en otro Estado miembro. Y ello en tanto en cuanto, partiendo de la vigencia de un Convenio para evitar la doble imposición que vincule a dos Estados, aquellas sociedades que cuenten con un



Establecimiento Permanente en un Estado miembro distinto del de origen pueden llegar a sufrir una desventaja fiscal que no deberían soportar si todos sus establecimientos estuvieran en el Estado miembro de origen.

Asimismo a este respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también considera que existe una restricción a la libertad de establecimiento (salvo que se persigan objetivos legítimos compatibles con la regulación comunitaria y justificados por razones imperiosas de interés general) cuando se produzca una diferencia de trato entre filiales residentes en virtud del lugar en que tenga su domicilio la sociedad matriz, dado que ello origina que sea menos atractivo el ejercicio de dicha libertad para las sociedades establecidas en otros Estados miembros, las cuales podrían renunciar por dicho motivo a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado miembro que adoptase esa disposición.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Como es sobradamente conocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no tiene la consideración de fuente de Derecho. Ahora bien, su importancia resulta notable en aras de alcanzar una interpretación homogénea del ordenamiento, así como una aplicación más igual y justa del mismo. Así por ejemplo, ha sido el Tribunal de Justicia de Luxemburgo quien, a través de su jurisprudencia, ha venido perfilando los caracteres y los rasgos esenciales (eficacia directa y primacía) que han permitido la consolidación del Derecho Comunitario como ordenamiento y como sistema jurídico, siendo cuestiones fiscales o, en sentido más amplio, financieras, las que, en buena medida, propiciaron la conformación jurisprudencial del Derecho Comunitario.

Para poder comprender esta importancia debe tenerse presente la extensión subjetiva de su jurisdicción y, por tanto, la existencia de un menor grado de comunidad en comparación con cada Estado miembro, así como la dificultad de disciplinar el poder normativo de los Estados y de los entes públicos que los integran en materia tributaria (dada la constante utilización que se hace de la fiscalidad como política económica y social) y la complejidad y extensión crecientes de las normas comunitarias. Su interpretación constante desde un órgano tan plural como el Tribunal, integrado por jueces de diferentes países, representa un valioso vehículo para la construcción de un verdadero ordenamiento de la Unión Europea. Y es que, sin ser fuente de Derecho en sentido estricto, la jurisprudencia del TJUE contribuye a la formación del ordenamiento comunitario. En sus decisiones aplica el Tribunal, no ya solo los Tratados y normas ordinarias emanadas de las Instituciones, sino también los principios generales de seguridad jurídica, proporcionalidad, no indefensión, igualdad, así como los principios generales del Derecho Tributario, cuya proyección contribuye a perfeccionar el ordenamiento.

La importancia del TJUE en todos los aspectos reseñados resulta extraordinaria. Por otra parte, junto a la actividad jurisdiccional propia del control de legalidad destaca el conocimiento prejudicial de las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales sobre cuestiones tan amplias como la interpretación del Tratado y la validez e interpretación de los actos adoptados por las Instituciones comunitarias.

Pues bien, por lo que interesa al objeto de nuestro análisis, a lo largo de una consolidada jurisprudencia el TJUE ha venido declarando la interdicción de aquellos tributos que lesionen los principios comunitarios no fiscales. Tal y como manifestó en su día el

Tribunal en su Sentencia de 22 de abril de 1999, resulta contrario al principio de libertad de establecimiento una disposición nacional que excluya a las sociedades con domicilio en otro Estado miembro de beneficiarse de un tipo impositivo inferior que aquél que se conceda a las que tengan el domicilio en dicho Estado. Sin lugar a dudas, es este uno de los fenómenos fiscales más interesantes que se plantean en el ámbito de la Unión Europea en nuestros días. Tanto el poder tributario de los Estados como el del conjunto de los Entes públicos se encuentra cada día más limitado y controlado, no ya sólo por principios fiscales y normas de armonización, sino también por derechos y libertades comunitarios de diversa naturaleza. En este sentido, son los principios de competencia y de libertad de establecimiento los que, en la actualidad, ofrecen un mayor interés y un juego más notable. Téngase presente que, en la medida en que la fiscalidad incide hoy en día sobre todas las actividades económicas y sus resultados, termina por limitar un conjunto de derechos y libertades comunitarios concretos, discriminando a determinados sujetos. La actuación de las Instituciones comunitarias en esta dirección, procediendo a establecer limitaciones tributarias por motivos metafiscales, resulta cada día más patente.

En suma, de conformidad con una consolidada jurisprudencia del Tribunal, el necesario respeto que ha de existir a la libertad de establecimiento prohíbe cualquier discriminación basada en el domicilio de las sociedades. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior se ha de tener igualmente presente que la prevención del fraude fiscal constituye un objetivo que justifica la restricción a la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado. Y, para que una concreta alegación fundamentada en dicho objetivo prospere, la concreta medida normativa de que se trate ha de tener como fin oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes artificiales, sin realidad económica y con el objetivo de eludir los impuestos adeudados sobre los beneficios que generan actividades llevadas a cabo en el territorio. Así sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los que se permite la deducción de pérdidas de establecimiento permanente en el impuesto de la sociedad residente la cual, en el momento en que aquel es rentable, podría transferir las ganancias obtenidas a otra sociedad en otro Estado miembro con un régimen más ventajoso o aprovecharse de la exención que deriva de un Convenio de Doble Imposición.

## **II. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 12 de junio de 2014 (Asuntos acumulados C-39/13, *Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen*, C-40/13, X AG y C-41/13, *Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam*), indica, siguiendo su línea jurisprudencial<sup>382</sup>, que las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativas a la libertad de establecimiento, tienen por objetivo asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, por lo que se oponen a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado de la Unión Europea de uno de sus nacionales, o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación. Para ello, tal y como afirman IGLESIAS CASAIS, J. M. Y LOBATO MOSQUERA, N.<sup>383</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión

---

<sup>382</sup> Véase entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de julio de 1998 (Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*) y de 15 de mayo de 2008 (Asunto C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG*).

<sup>383</sup> IGLESIAS CASAIS, J. M. Y LOBATO MOSQUERA, N., «La vigencia del principio de territorialidad fiscal como mecanismo corrector de la extensión de las libertades comunitarias a los sistemas fiscales de los

Europea abandonó en la citada Sentencia el requisito de la identidad del contribuyente, al no mencionarlo, limitándose a comprobar si existía identidad entre la ventaja fiscal y la compensación de la misma con un gravamen determinado, debiendo apreciarse el carácter directo de ese vínculo con la normativa controvertida.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la citada Sentencia, afirma que si bien la jurisprudencia ha considerado que la libertad de establecimiento posibilita a los agentes económicos elegir la forma jurídica más apropiada para el ejercicio de sus actividades en otro Estado miembro, dicha libertad no debe ser limitada por disposiciones fiscales discriminatorias y, por lo tanto, el Estado miembro de origen mantiene su libertad para regular las condiciones de tributación y la carga fiscal aplicables a los distintos tipos de establecimientos de las sociedades nacionales que operen en el extranjero, siempre y cuando el trato que les otorgue no resulte discriminatorio con respecto a los establecimientos nacionales comparables, por lo que cuando los establecimientos permanentes localizados en otro Estado miembro y las filiales no residentes, no se encuentren en una situación comparable en el reparto de la potestad tributaria, el Estado miembro de origen no está obligado a aplicar el mismo régimen fiscal a ambos.

De este modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la referida Sentencia, interpreta los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el sentido de que se oponen a que una normativa de un Estado miembro conceda un régimen de unidad fiscal únicamente a una sociedad matriz residente que controla determinadas filiales residentes, excluyéndolo para sociedades residentes cuya sociedad matriz común no tiene su domicilio social en ese Estado miembro ni cuenta en él con un establecimiento permanente.

Con mayor precisión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 10 de junio de 2015 (Asunto C-686/13, *X AB*), indica que de conformidad con lo establecido en su reiterada jurisprudencia<sup>384</sup>, se debe considerar que existe restricción a la libertad de establecimiento en las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de la misma, entre las que se encuentra toda normativa fiscal que disuada a una empresa de crear entidades subordinadas a ella, como un establecimiento permanente en otros Estado miembros, y de ejercer su actividad por medio de esas entidades dado que, tal y como afirma la Abogada General en sus Conclusiones del presente asunto, el artículo 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el derecho de libre establecimiento en la Unión Europea también asiste a las sociedades, prohibiendo su artículo 49 las restricciones a la constitución y gestión de filiales en otro Estado miembro.

A este respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 23 de febrero de 2006 (Asunto C-471/04, *Keller Holding GmbH*), estima que las normas que prohíben las restricciones a la libertad de establecimiento contenidas en el artículo 31 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo son idénticas a las establecidas en el artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) puesto que, tal y como ha precisado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 23 de septiembre de 2003 (Asunto

---

Estados miembros», *Documento del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 9, 2013 (consultado en [www.ief.es](http://www.ief.es)).

<sup>384</sup> Véase al respecto, entre otras, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de febrero de 2006 (Asunto C-471/04, *Finanzamt Offenbach am Main-Land*), de 29 de noviembre de 2011 (Asunto C-371/10, *National Grid Indus BV*) y de 6 de septiembre de 2012 (Asunto C-380/11, *DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C. SapA*).

C-452/01, *Ospelt y Schlössle Weissenberg Familienstiftung*) y de 1 de abril de 2004 (Asunto C-286/02, *Bellio F.lli*), las disposiciones del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y las del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) deben interpretarse en dicho ámbito de manera uniforme.

A modo de resumen podemos afirmar que el derecho a la libertad de establecimiento, tal y como indica BARCIELA PÉREZ, J. A.<sup>385</sup>, reconoce para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro, y con domicilio social, administración central o centro de actividad principal dentro de la Unión Europea, el derecho a ejercer su actividad en otros Estados miembros, por medio de una filial, sucursal o agencia, tal y como establece el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias, de 21 de septiembre de 1999 (Asunto C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain*) y de 15 de mayo de 2008 (Asunto C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG*)<sup>386</sup>, derecho que se opone a que el Estado miembro de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación, tal y como se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 16 de julio de 1998 (Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*). Del mismo modo, estas consideraciones también se aplican cuando una sociedad establecida en un Estado miembro opera en otro Estado miembro a través de un establecimiento permanente, tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la citada Sentencia de 15 de mayo de 2008 (Asunto C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG*).

### **III. LA INTERPRETACIÓN DE MEDIDAS FISCALES RESTRICTIVAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Una medida fiscal es considerada como restrictiva para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 11 de julio de 1974 (Asunto 8/74, *Dassonville*), cuando dificulte el ejercicio de las libertades comunitarias fundamentales, por lo que las medidas nacionales que obstaculicen o hagan menos atractivo el ejercicio de las libertades

---

<sup>385</sup> BARCIELA PÉREZ, J. A., «La compensación transfronteriza de bases imponibles negativas en la imposición directa y la libertad de establecimiento», *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2011 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

<sup>386</sup> En relación con esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, CASAS AGUDO, D., «Respeto a la soberanía fiscal de los Estados miembros en materia de imposición directa versus garantía de la libertad de establecimiento en el contexto de la compensación transfronteriza de pérdidas», *Quincena fiscal*, núm. 22, 2009 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)), afirma que la misma implica una aproximación al problema de la proporcionalidad del tratamiento restrictivo, que viene valorado a la luz de la legislación nacional en cuestión, de las normas internas de otro Estado y de las normas convencionales existentes entre los Estados miembros interesados. Por su parte, MARTÍN JIMÉNEZ, A., CARRASCO GONZÁLEZ, F. M. Y GARCÍA HEREDIA, A., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 141, 2009, (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)), considera que esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea equipara de forma errónea, desde el punto de vista de la fiscalidad internacional, a los establecimientos permanentes con las filiales, aplicando la misma solución tanto para las pérdidas procedentes de filiales como para las vinculadas a establecimientos permanentes foráneos, equiparación que sin embargo no se alcanzaría cuando el convenio o la legislación interna eliminan la doble imposición por el método de imputación o de exención modificada, dado que en estos casos se admite la inclusión de las pérdidas extranjeras en la base imponible del Estado donde está la sede central en el ejercicio en el que tales pérdidas se originaron.

fundamentales garantizadas por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) deben reunir, de conformidad con lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en sus Sentencias, de 15 de mayo de 1977 (Asunto C-250/95, *Futura*) y de 9 de marzo de 1999 (Asunto C-212/97, *Centros*), los siguientes requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria; que estén justificadas por razones imperiosas de interés general; que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen; y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

## 1. LA APLICACIÓN DE MANERA NO DISCRIMINATORIA

En los supuestos en los que una normativa de un Estado miembro establezca un distinto trato fiscal entre las sociedades constituidas conforme al Derecho nacional que sólo tienen establecimientos en el territorio nacional y las que disponen de establecimientos en otro Estado miembro, esta normativa puede ser discriminatoria, tal y como ha afirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 14 de diciembre de 2000 (Asunto C-141/99, *AMID*), puesto que cuando dichas sociedades tienen un establecimiento permanente en un Estado miembro distinto del de origen y exista un convenio para evitar la doble imposición que vincule a los dos Estados miembros, estas sociedades sufren una desventaja fiscal que no soportarían si todos sus establecimientos estuvieran en el Estado miembro de origen.

En este sentido también se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de julio de 2007 (Asunto C-231/05, *Oy AA*), al reconocer que se origina una restricción a la libertad de establecimiento, cuando existe una diferencia en el trato a filiales residentes, en virtud de si el domicilio de la sociedad matriz se encuentra o no en el Estado miembro que adopta dicha regulación, dado que la misma ocasiona que el ejercicio de dicha libertad de establecimiento sea menos atractivo para las sociedades establecidas en otros Estados miembros, lo que conllevaría a la renuncia de la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado miembro que adoptase esa disposición. No obstante dicha Sentencia, siguiendo la línea jurisprudencial previamente establecida, entre otras, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2005 (Asunto C-446/03, *Marks & Spencer*)<sup>387</sup>, matiza que es admisible la restricción a la libertad de establecimiento cuando la misma se encuentre justificada por imperiosas razones de interés general o sea adecuada para garantizar la realización y el alcance del objetivo perseguido.

De este modo, tal y como afirma BARCIELA PÉREZ, J. A.<sup>388</sup> el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que cuando un Estado miembro impide la deducción de las pérdidas sufridas por un establecimiento permanente o una filial se puede originar una restricción del derecho a la libertad de establecimiento<sup>389</sup>, salvo que concurran

---

<sup>387</sup> Véase al respecto RUIZ HIDALGO, C., «Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005: Asunto Marks & Spencer», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núms. 7 y 8, 2006 (consultado en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)); y RAVENTÓS CALVO, S., «La sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2006 (consultado en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)).

<sup>388</sup> BARCIELA PÉREZ, J. A., «Libertad de establecimiento y pérdidas derivadas del tipo de cambio en la cesión de participaciones de una filial no residente. El asunto X AB C-686/13», *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2016 (consultado en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)).

<sup>389</sup> Entre otras, Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de mayo de 1997 (Asunto C-250/95, *Futura Participations y Singer*), de 28 de febrero de 2008 (Asunto C-293/06, *Deutsche Shell*) y de 15 de mayo de 2008 (Asunto C-414/06, *Lidl Belgium*).

circunstancias en las que la limitación o el no reconocimiento de las pérdidas transfronterizas esté justificado y por lo tanto no sea contrario al Derecho de la Unión Europea.

## 2. LA JUSTIFICACIÓN POR RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL

La eficacia de los controles fiscales constituye una razón imperiosa de interés general, como recuerda el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 15 de mayo de 1997 (Asunto C-250/95, *Futura Participations*), por lo que puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pese a que, tal y como afirma FALCÓN Y TELLA, R.<sup>390</sup>, esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reitera que la existencia de un trato a los no residentes menos favorable que a los residentes es incompatible con la libertad de establecimiento. Cabría por tanto considerar como legítima la exigencia a los no residentes con establecimiento permanente de una contabilidad del mismo conforme a la ley interna, al ser necesaria para asegurar un efectivo control de las obligaciones tributarias, si bien el Estado puede no hacer uso de esta facultad al preferir realizar el cálculo de la renta del establecimiento permanente a tanto alzado en función de un criterio de imputación que no puede subordinar las devoluciones a la existencia de dicha contabilidad llevada con arreglo al ordenamiento interno.

En este sentido, para CAAMAÑO ANIDO, M. A. Y CALDERÓN CARRERO, J. M.<sup>391</sup> la argumentación de la mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede originar consecuencias impredecibles, puesto que cualquier norma fiscal que implique una duplicidad de obligaciones formales y/o materiales para un nacional de un Estado miembro en el ejercicio de las libertades fundamentales puede ser considerada contraria al Derecho de la Unión Europea, lo que supone una contradicción con lo argumentado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de julio de 1997 (Asunto C-242/95, *GT-Link*), en la que se emplea la contabilidad como el único mecanismo para analizar la situación financiera de una empresa. Podríamos afirmar en consecuencia que existen razones imperiosas de interés general que justifican la adopción de medidas fiscales restrictivas o discriminatorias por parte de los Estados miembros cuando exista coherencia del sistema fiscal<sup>392</sup> y reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

A este respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 25 de febrero de 2010 (Asunto C-337/08, *Sentencia X Holding BV*)<sup>393</sup>, matiza que el Estado miembro

---

<sup>390</sup> FALCÓN Y TELLA, R., «La jurisprudencia comunitaria en materia de obligación real (II): los importantes matices introducidos por las sentencias *Futura participations* y *esposos Gilly*», *Quincena Fiscal*, núm. 14, 1998, (consultado en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)).

<sup>391</sup> CAAMAÑO ANIDO, M. A. Y CALDERÓN CARRERO, J. M., «La contabilidad, el establecimiento permanente y el Derecho comunitario: el caso *Futura Participations*», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 1998, (consultado en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)).

<sup>392</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus Sentencias de 14 de noviembre de 1995 (Asunto C-484/93, *Svensson y Gustavsson*), de 21 de noviembre de 2002 (Asunto C-436/00, *X e Y*), de 23 de febrero de 2006 (Asunto C-471/04, *Keller Holding*) y de 14 de septiembre de 2006 (Asunto C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*), considera que existe coherencia del sistema fiscal cuando se produce una relación directa entre la ventaja fiscal considerada y la compensación de dicha ventaja mediante un gravamen fiscal determinado.

<sup>393</sup> En relación a esta Sentencia véase a CALDERÓN CARRERO, J. M., «Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre Sociedades. La "importación" de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea», *Crónica Tributaria* núm. 138, 2011, págs. 25-53.

de origen no tiene la obligación de aplicar a las filiales no residentes el mismo régimen fiscal que a los establecimientos permanentes situados en el extranjero, puesto que dichos establecimientos y las filiales no residentes no se encuentran en una situación comparable a efectos del reparto de la potestad tributaria. La filial, como persona jurídica autónoma, está íntegramente sujeta a tributación en el Estado miembro en el que se halle su domicilio social, mientras que el establecimiento permanente situado en otro Estado miembro queda sometido parcialmente a la competencia fiscal del Estado miembro de origen.

Por su parte, en relación al establecimiento permanente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 28 de febrero de 2008 (Asunto C-293/06, *Deutsche Shell*)<sup>394</sup>, declara que respecto a la libertad de establecimiento el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) se opone a que una pérdida en el cambio de divisas sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado miembro, en el supuesto que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro no haya obtenido beneficio alguno libre de impuestos. No obstante los Estados miembros continúan siendo competentes, a través de convenio, para establecer criterios de tributación de los ingresos y del patrimonio que eliminen la doble imposición, puesto que la libertad de establecimiento no puede considerarse como que un Estado miembro esté obligado a dictar normas fiscales en función de las de otro Estado miembro para garantizar, en cualquier situación, una tributación que elimine cualquier diferencia derivada de las normativas fiscales nacionales. Las decisiones que una empresa tome en relación al establecimiento de estructuras comerciales en el extranjero pueden tener para ella mayores o menores ventajas o inconvenientes, tal y como lo afirmó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 12 de julio de 2005 (Asunto C-403/03, *Schempp*).

De este modo, tal y como afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Sentencias de 13 de noviembre de 2012 (Asunto C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*) y de 5 de febrero de 2014 (Asunto C-385/12, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft*), no se encuentra comprendida dentro del ámbito de la libertad de establecimiento aquella legislación nacional destinada a ejercer una influencia real en las decisiones de una sociedad.

### **3. LA ADECUACIÓN PARA GARANTIZAR LA REALIZACIÓN DEL OBJETIVO**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 16 de julio de 1998 (Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*), considera contraria a la libertad de establecimiento la normativa de un Estado miembro que utiliza el criterio del domicilio social de las filiales controladas para aplicar un trato fiscal diferenciado a las sociedades del consorcio establecidas en dicho Estado, puesto que dicha regulación no encuentra ninguna justificación basándose en el riesgo de evasión fiscal o en la necesidad de preservar la coherencia del régimen tributario, confirmando de este modo que en el Derecho a la libertad de establecimiento tiene cabida la traslación o la creación de una empresa o de un centro de actividad y la creación de una sucursal o de una filial de primer

---

<sup>394</sup> Véase las referencias a esta Sentencia en BURLADA ECHEVESTE, I. M. Y BURLADA ECHEVESTE, J. L., «Los Impuestos de salida», *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2014 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)) y CALDERÓN CARRERO, J. M., «La Autonomía de los Estados para luchar contra la Competencia Fiscal a través de los métodos para eliminar la doble imposición internacional y las reglas de Calificación de Entidades Extranjeras: la STJCE en el caso Columbus Container Services», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2008 (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

o ulterior grado por una sociedad nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro<sup>395</sup>. Como bien recuerda el Tribunal esta libertad juega en un doble sentido, debido a que se opone a la existencia de un trato discriminatorio en el país de acogida y prohíbe las restricciones a la salida, tal y como lo había indicado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en sus Sentencias, de 27 de septiembre de 1988 (Asunto 81/87, *Daily Mail*), de 14 de julio de 1994 (Asunto C-379/92, *Matteo Peralta*) y de 18 de noviembre de 1999 (Asunto C-200/98, *X AB e Y AB*).

La citada Sentencia de 16 de julio de 1998 (Asunto C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*) plantea asimismo el deber del órgano jurisdiccional nacional de interpretar la normativa nacional, en la medida de lo posible, de modo que se ajuste al Derecho de la Unión Europea, obligación que se fundamenta en el principio de primacía establecido, entre otras, en las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 1964 (Asunto C-6/64, *Flaminio Costa*) y de 9 de marzo de 1978 (Asunto C-106/77, *SpA Simmenthal*).

Por su parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2000 (Asunto C-141/99, *AMID*), considera que existe una sobrecarga fiscal global de dudosa compatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cuando un Estado establece efectos restrictivos sobre la compensación de pérdidas vulnerando la aplicación del método de exención previsto en un Convenio bilateral para evitar la doble imposición, mientras que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2005 (Asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc*)<sup>396</sup> considera que es contraria a la libertad de establecimiento la exclusión de que una sociedad matriz residente deduzca de su beneficio imponible las pérdidas sufridas en otro Estado miembro por una filial establecida en el territorio de éste cuando, por una parte, la filial no residente ha agotado las posibilidades de que se tengan en cuenta las pérdidas sufridas en su Estado de residencia en el período impositivo correspondiente a la solicitud de consolidación y en los ejercicios anteriores, y cuando no existe la posibilidad de que dichas pérdidas puedan ser tenidas en consideración en su Estado de residencia en ejercicios futuros respecto de ella misma o de un tercero, en especial, en caso de cesión de la filial a éste.

En este mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 28 de febrero de 2008 (Asunto C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*)<sup>397</sup>, considera contraria

---

<sup>395</sup> Véase al respecto a ALMUCÍ CID, J. M., «Las libertades fundamentales comunitarias impiden la aplicación del Régimen de transparencia Fiscal internacional incluso cuando la entidad participada es residente en terceros estados», *Quincena Fiscal*, núm. 19, 2003, (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

<sup>396</sup> Con respecto a esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, RAVENTÓS CALVO, S., «La Sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida», *op. cit.*, plantea en la línea sugerida por el Abogado General, si no hubiera sido más acertado aceptar la cesión de pérdidas en el interior del grupo, con el requisito de que las mismas no fueran deducibles en el estado de residencia de la sociedad que las generó, o aceptarla con la condición de que, en caso de futuros beneficios de la filial, se produjera una doble recuperación de las pérdidas, de modo similar a lo que ocurre con los establecimientos permanentes. Por su parte RIBES RIBES, A., «Las medidas tributarias anti-abuso en la jurisprudencia comunitaria», *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2009, (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)), considera que en el presente supuesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pretende alcanzar un equilibrio entre el interés comunitario y el interés fiscal de los Estados miembros, alejándose de su exacerbada defensa de las libertades comunitarias.

<sup>397</sup> En opinión de MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., CARRASCO GONZÁLEZ, F. M. Y GARCÍA HEREDIA, A., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *ob. cit.*, esta Sentencia del TJUE sigue la línea establecida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2005 (Asunto C-446/03, *Marks & Spencer plc*), al considerar que las pérdidas deben computarse, al menos, en un Estado incluso cuando se haya decidido eximir de tributación los rendimientos simétricos a



a la libertad de establecimiento que un Estado miembro excluya, al determinar la base imponible nacional, una pérdida en el cambio de divisas sufrida por una empresa con domicilio social en el territorio de ese Estado con motivo de la repatriación del capital de dotación que había concedido a un establecimiento permanente de su propiedad situado en otro Estado de la Unión Europea, libertad de establecimiento que también se opone a que dicha pérdida en el cambio de divisas sólo pueda ser deducida en concepto de cargas de explotación de una empresa con domicilio social en un Estado de la Unión Europea en la medida en que el establecimiento permanente, propiedad de ésta y situado en otro Estado miembro, no haya obtenido beneficio alguno libre de impuestos.

#### 4. EL ALCANCE DEL OBJETIVO PERSEGUIDO

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en sus Sentencias, de 12 de diciembre de 2002 (Asunto C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH*), de 11 de diciembre de 2003 (Asunto C-364/01, *Herederos del Sr. H. Barbier*) y de 11 de marzo de 2004 (Asunto C-09/02, *De Lasteyrie du Saillant*), tal y como afirma NOCETE CORREA, F. J.<sup>398</sup>, puso de manifiesto una tendencia dirigida hacia la configuración de una noción de artificiosidad que justificaba las restricciones al Derecho de la Unión Europea, exclusivamente en aquellos supuestos en los que se produjeran montajes puramente artificiales y existiera una manipulación de los hechos destinada a disimular la inexistencia de una actividad económica real, pero no cuando se produce un abuso del Derecho, supuestos en los que se deja a los Estados desprotegidos frente a determinadas estrategias de planificación fiscal.

Sin embargo, a partir de la Sentencia de 12 de septiembre de 2006 (Asunto C-196/04, *Cadbury Schweppes*) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea perfila su doctrina sobre el abuso del Derecho de la Unión Europea al referirse, tal y como indica MARTÍN JIMÉNEZ, A.<sup>399</sup>, a la voluntad de obtener un beneficio fiscal contrario a la finalidad de la norma, por lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que dentro de los supuestos de montajes puramente artificiales se incluyen además de aquellas situaciones de simulación o de manipulación de los hechos, aquellos supuestos de abuso o de fraude de ley, en los que la intención o la voluntad del contribuyente es esencial.

Con posterioridad el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 13 de marzo de 2007 (Asunto C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), va más allá, al permitir que el contribuyente, en aquellos supuestos en los que exista un elemento objetivo que determine la existencia de un montaje puramente artificial con el objetivo esencial de eludir la aplicación de la legislación tributaria de un Estado miembro para obtener una ventaja fiscal, tenga derecho, en virtud del principio de proporcionalidad, a probar la existencia de motivos comerciales reales capaces de excluir la naturaleza abusiva de la operación.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

En la actualidad, a pesar de no existir una armonización de la imposición directa, el

---

tales pérdidas, puesto que el Estado de ubicación de la sede central era el único que podía tener en cuenta la pérdida controvertida por variación de los tipos de cambio.

<sup>398</sup> NOCETE CORREA, F. J., «¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE?», *Quincena fiscal*, núm. 5, 2016, (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

<sup>399</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea», *Quincena fiscal*, núm. 7, 2012, (consultado en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es)).

artículo 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla una aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en esta materia, para lo cual debe tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la libertad de establecimiento entendida como límite negativo a efectos de considerar que las legislaciones de los Estados miembros se adecuan al Derecho de la Unión Europea.

A este respecto, tal y como indica BARCIELA PÉREZ, J. A.<sup>400</sup>, podemos afirmar que pese a que la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercerla respetando el Derecho de la Unión Europea, por lo no deben establecer discriminación alguna por razón de la nacionalidad o por otros criterios de diferenciación, tal y como ha afirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras, en sus Sentencias, de 11 de agosto de 1995 (Asunto C-80/94, *Wielocks*), de 29 de abril de 1999 (Asunto C-311/97, *Royal Bank of Scotland*), de 6 de junio de 2000 (Asunto C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën*), de 12 de diciembre de 2006 (Asunto C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*); y de 17 de septiembre de 2009 (Asunto C-182/08, *Glaxo Wellcome*).

A partir de la Sentencia de 28 de enero de 1986 (Asunto C-270/83, Comisión/Francia) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicó el principio de no discriminación recogido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para acercar los sistemas de fiscalidad directa de las empresas a la vía de ir marcando las medidas que contravienen el principio de no discriminación o que restringen las libertades de circulación para la realización del mercado interior.

En particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 23 de octubre de 2008 (Asunto C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*)<sup>401</sup>, tomando como referencia su reiterada jurisprudencia recogida, entre otras, en sus Sentencias de 3 de octubre de 2006 (Asunto C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH*), 23 de febrero de 2006 (Asunto C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*) y 18 de julio de 2007 (Asunto C-231/05, *Oy AA*), considera que son los Estados miembros los que tienen competencia para establecer los criterios para la imposición de las rentas y del patrimonio, con la finalidad de suprimir la doble imposición mediante acuerdo, dado que en la aplicación de su normativa fiscal no se puede obligar a un Estado miembro a tener en cuenta las consecuencias desfavorables originadas por las particularidades de la normativa de otro Estado miembro aplicable a un establecimiento permanente situado en dicho Estado y

---

<sup>400</sup> BARCIELA PÉREZ, J. A., «Unidad fiscal y libertad de establecimiento. Especial referencia a los asuntos acumulados C-39/13, C-40/13 y C-41/13», *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2015 (consultado en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)).

<sup>401</sup> En esta Sentencia, para MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., CARRASCO GONZÁLEZ, F. M. Y GARCÍA HEREDIA, A., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 142, 2009, (consultado en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pretende no imponer al Estado miembro en el que se ubica la sede central ningún método específico en la toma en consideración o no de las pérdidas de fuente extranjera, por lo que resultarían compatibles con la libertad de establecimiento, tanto el método de exención que no admite la inclusión de pérdidas foráneas, como el método de exención con cláusula de recaptura. Por su parte para CASAS AGUDO, D., «Respeto a la soberanía fiscal de los Estados miembros en materia de imposición directa versus garantía de la libertad de establecimiento en el contexto de la compensación transfronteriza de pérdidas», *ob. cit.*, esta Sentencia reviste un interés particular por el giro que ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con respecto a su doctrina, al utilizar la coherencia del sistema fiscal para justificar el trato restrictivo, lo que constituye una nueva aproximación al principio de territorialidad en su versión más clásica.

pertenciente a una sociedad, con domicilio social en el primer Estado. De este modo, la libertad de establecimiento no debe considerarse en el sentido de que un Estado miembro tenga la obligación de dictar normas fiscales en función de las de otro Estado miembro para garantizar una tributación que elimine cualquier disparidad derivada de las normativas fiscales nacionales, puesto que las decisiones adoptadas por una empresa acerca del establecimiento de estructuras comerciales en el extranjero pueden, según el caso, tener mayores o menores ventajas o inconvenientes para ella.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- ALMUCÍ CID, J. M., «Las libertades fundamentales comunitarias impiden la aplicación del Régimen de transparencia Fiscal internacional incluso cuando la entidad participada es residente en terceros estados», *Quincena Fiscal*, núm. 19, 2003.
- BARCIELA PÉREZ, J. A., «Libertad de establecimiento y pérdidas derivadas del tipo de cambio en la cesión de participaciones de una filial no residente. El asunto X AB C-686/13», *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2016.
- «Unidad fiscal y libertad de establecimiento. Especial referencia a los asuntos acumulados C-39/13, C-40/13 y C-41/13», *Quincena Fiscal*, núm. 4, 2015.
  - «La compensación transfronteriza de bases imponibles negativas en la imposición directa y la libertad de establecimiento», *Quincena Fiscal*, núm. 7, 2011.
- BURLADA ECHEVESTE, I. M. Y BURLADA ECHEVESTE, J. L., «Los Impuestos de salida», *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2014.
- CAAMAÑO ANIDO, M. A. Y CALDERÓN CARRERO, J. M., «La contabilidad, el establecimiento permanente y el Derecho comunitario: el caso Futura Participations», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 1998.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., «La Autonomía de los Estados para luchar contra la Competencia Fiscal a través de los métodos para eliminar la doble imposición internacional y las reglas de Calificación de Entidades Extranjeras: la STJCE en el caso Columbus Container Services», *Quincena Fiscal*, núm. 18, 2008.
- «Reflexiones al hilo de la STJUE X Holding BV sobre el régimen de consolidación en el Impuesto sobre Sociedades. La "importación" de pérdidas extranjeras y el Derecho de la Unión Europea», *Crónica Tributaria* núm. 138, 2011.
- CASAS AGUDO, D., «Respeto a la soberanía fiscal de los Estados miembros en materia de imposición directa versus garantía de la libertad de establecimiento en el contexto de la compensación transfronteriza de pérdidas», *Quincena fiscal*, núm. 22, 2009.
- FALCÓN Y TELLA, R., «La jurisprudencia comunitaria en materia de obligación real (II): los importantes matices introducidos por las sentencias Futura participations y esposos Gilly», *Quincena Fiscal*, núm. 14, 1998.
- IGLESIAS CASAS, J. M. Y LOBATO MOSQUERA, N., «La vigencia del principio de territorialidad fiscal como mecanismo corrector de la extensión de las libertades comunitarias a los sistemas fiscales de los Estados miembros», *Documento del Instituto de Estudios Fiscales*, núm. 9, 2013.
- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., «Hacia una concepción unitaria del abuso del derecho tributario de la Unión Europea», *Quincena fiscal*, núm. 7, 2012.

- MARTÍN JIMÉNEZ, A. J., CARRASCO GONZÁLEZ, F. M. Y GARCÍA HEREDIA, A., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 141, 2009.
- «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Civitas. Revista española de derecho financiero*, núm. 142, 2009.
- NOCETE CORREA, F. J., «¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE?», *Quincena fiscal*, núm. 5, 2016.
- RAVENTÓS CALVO, S., «La sentencia Marks & Spencer: una ocasión perdida», *Quincena Fiscal*, núm. 6, 2006.
- RIBES RIBES, A., «Las medidas tributarias anti-abuso en la jurisprudencia comunitaria», *Quincena Fiscal*, núm. 1, 2009.
- RUIZ HIDALGO, C., «Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 2005: Asunto Marks & Spencer», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núms. 7 y 8, 2006.

# CUESTIONES FISCALES SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

**Ana María Fernández Gómez Del Castillo**<sup>402</sup>

*Profesora Derecho Financiero y Tributario Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola  
CEU*

*Profesora Derecho Financiero y Tributario Universidad de Sevilla*

**Ana González Martín**

*Investigadora del Área de derecho financiero y tributario  
Universidad CEU San Pablo Andalucía*

## RESUMEN

Muchos de los principios tributarios fundamentales quiebran ante la nueva situación jurídica que plantea el comercio electrónico. La globalización y deslocalización producida en el comercio electrónico explica la necesidad de búsqueda de diferentes alternativas capaces de gravar las transacciones que se realicen a través de la red, y para ello consideramos que será necesario abandonar las soluciones unilaterales de los Estados y cualquier solución que priorice la necesaria presencia física del operador económico en un determinado territorio. Y es que, en definitiva, el comercio electrónico, que ha dado lugar a nuevas formas de comercialización, pone de manifiesto una determinada capacidad económica que debe estar sometida a imposición.

**PALABRAS CLAVE:** Tributación, imposición, establecimiento permanente, comercio electrónico.

**ESTRUCTURA:** 1. Introducción.- 2. La Incidencia del Comercio Electrónico en la Fiscalidad.- 3. El Establecimiento Permanente. 3.1. La determinación del Establecimiento Permanente en el comercio electrónico. 3.1.1. Cuestiones fiscales.- 4. Conclusiones.- 5. Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

La aparición de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en adelante TIC, han dado lugar a transformaciones en todos los ámbitos de la sociedad además de constituir un elemento clave para el desarrollo económico y social de las jurisdicciones en nuestros días. Por un lado, las empresas están transformando sus cadenas de suministro y demanda, así como sus organizaciones internas para beneficiarse de las TIC, permitiéndoles además un mejor aprovechamiento de los recursos con unos menores costes, junto a unos mayores beneficios para las mismas. Por otro lado, los gobiernos comienzan a reestructurar la forma de prestar sus servicios e interactuar con los ciudadanos y las empresas.

---

<sup>402</sup> [afernandez3@us.es/amfernandez@ceuandalucia.es](mailto:afernandez3@us.es/amfernandez@ceuandalucia.es)

Internet se ha convertido en una herramienta clave para llevar a cabo transacciones económicas, donde los bienes físicos dejan paso a los intangibles. Por ello, uno de los principales objetivos de las Administraciones en la actualidad ha de ser que los sistemas tributarios actuales recojan las particularidades de la nueva forma de llevar a cabo transacciones comerciales<sup>4031</sup> y sea posible gravar esta nueva capacidad económica. Es por ello, que podemos hablar de un nuevo modelo de economía; esta es, la economía digital.

La nueva economía digital, y más concretamente el comercio electrónico o “*e-commerce*”<sup>4042</sup>, son considerados por parte de las organizaciones internacionales y de los Estados como una pieza fundamental para el crecimiento económico de la sociedad actual. En cualquier caso, la importancia del comercio electrónico reflejada en su aportación a la Economía debe verse evidenciada en los ingresos públicos de las jurisdicciones, al igual que en los presupuestos públicos podemos encontrar distintas ayudas y subvenciones al desarrollo y expansión de las TIC, que afectan de manera directa a la expansión de las transacciones comerciales electrónicas. Sin embargo, las Administraciones no han dado cobertura a las cuestiones fiscales que afecten a la economía digital a pesar de que las mismas sean conscientes de los problemas de tributación que presentan las transacciones comerciales electrónicas principalmente cuando intervienen bienes intangibles.

Dentro del comercio electrónico conviene distinguir dos modalidades por la distinta forma en que se suministran los bienes que son objeto del mismo, y que son de especial importancia por las repercusiones que cada una de ellas tiene en el ámbito de la fiscalidad

---

<sup>403</sup> Véase ÁLAMO CERRILLO, R., *La Economía Digital y el comercio Electrónico*, Colección Fiscalidad, Dykinson, 2016.

<sup>404</sup> Para una delimitación de la concreta actividad a la que nos estamos refiriendo, podemos acudir a la definición amplia que del comercio electrónico ha adoptado la Comisión para el Estudio del Impacto del Comercio Electrónico en la Fiscalidad Española, que lo entiende como “*cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación, como Internet*”<sup>2</sup>; definición que incluye no sólo la compra y la venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la Red para actividades anteriores o posteriores a la venta, tales como publicidad, búsqueda de información sobre productos o proveedores, atención al cliente, etc.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, OCDE, en 1997 lo definió de la siguiente manera: “*El comercio electrónico incluye todas las transacciones comerciales, tanto entre organizaciones como entre individuos, que se basan en la transmisión y proceso de datos digitales, incluyendo el texto, el sonido, y las imágenes*”.

Por su parte, la Organización Mundial del Comercio define, en 1998, el comercio electrónico como la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones. Es decir, propone un concepto más amplio de comercio electrónico que la OCDE, puesto que en la misma engloba todas las transacciones que se realizan a través de las redes de telecomunicaciones, se realicen de forma directa por la misma o no, así como actividades de producción y publicidad.

En el ámbito de la Unión Europea, la Comisión Europea define: “*El comercio electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales; es cualquier actividad en la que las empresas y consumidores interactúan y hacen negocio entre sí o con las administraciones por medios electrónicos*”.

Mientras que el Observatorio Europeo de Información tecnológica, dice: “*El comercio electrónico es la realización de actividades empresariales que conduzcan a un intercambio de valor a través de las redes de telecomunicaciones*”.

Por otro lado, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, tuvo como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). En ella se da una definición amplia de los citados servicios, dentro de los cuales se incluye el comercio electrónico que consiste en la contratación de bienes y servicios por vía electrónica.

a la que está sometido. Se trata del llamado comercio electrónico directo e indirecto, o también llamado *on-line* y *off-line*.

Desde un punto de vista tributario, revierte mayor interés el comercio electrónico *on-line*, pues con esta forma de transmisión el bien adquirido es objeto de desmaterialización<sup>405</sup>. Esto es; en los suministros *on-line*, los productos se adquieren a través de la red y se envían al cliente en forma digitalizada a través de la propia red (libros, programas informáticos, música, etc.), descargándose en el ordenador del usuario desde otro ordenador, el servidor, y efectuándose el pago, normalmente, también mediante medios electrónicos. Ante esta nueva realidad, una realidad virtual, que difícilmente puede conectarse con un territorio concreto, pues, su ámbito de actuación es una sede también virtual, como es el “ciberespacio”<sup>406</sup>, entran en crisis conceptos hasta ahora fundamentales de los vigentes sistemas impositivos, tales como el de soberanía fiscal, y otros propios de la fiscalidad internacional, como los de residencia fiscal, establecimiento permanente, a los que se añaden otros problemas relacionados con la calificación de las rentas u operaciones, y la localización del hecho imponible<sup>407</sup>.

Se habla, por otro lado, de suministros *off-line*, en los que se utilizan medios de transporte convencionales, conservando los bienes su naturaleza tangible, con la única particularidad respecto del comercio tradicional en la contratación, y en ocasiones el pago de la operación, que se realiza por medios telemáticos, constituyendo un típico ejemplo de las tradicionales ventas a distancia. En este caso, el bien o servicio se comercializa íntegramente en formato digital, de ahí que tenga el carácter de intangible y, por tanto, un tratamiento fiscal distinto respecto a los bienes y servicios entregados o prestados físicamente.

La aplicación de una tributación distinta en función de la forma de comercialización de los productos da lugar a distorsiones indeseables, puesto que ello provoca que empresas dedicadas a un mismo sector sean tratadas fiscalmente de un modo distinto. Estas distinciones pueden ser empleadas por los gobiernos para dar incentivos al ejercicio de determinadas actividades económicas que se consideran especialmente beneficiosas a nivel social. Sin embargo, en el presente caso, esta diferenciación no tiene lugar como consecuencia de la actuación bienintencionada del gobierno sino de su incapacidad para hacer frente a las especiales características de este tipo de intercambios<sup>408</sup>.

## **2. LA INCIDENCIA DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA TRIBUTACIÓN**

---

<sup>405</sup> Véase HORTALÁ i VALLVÉ, J., *La fiscalidad del comercio electrónico*, CISS Praxis Profesional, Valencia, 2000, p. 25.

Se trata de un comercio que se desarrolla sin la tradicional presencia física de los bienes objeto del mismo, entre sujetos cuya localización e identificación resulta normalmente dificultosa o imposible. En estos casos, la desmaterialización es total; se desmaterializan los bienes adquiridos, que son arrancados de su soporte material mediante su digitalización, haciéndolos incorpóreos, prescindiéndose, asimismo, de otros elementos materiales como la sede de la actividad que, en las formas tradicionales del comercio, permiten vincular una operación con un territorio determinado.

<sup>406</sup> Menciona HORTALÁ i VALLVÉ, J., *La fiscalidad del comercio electrónico*, CISS Praxis Profesional, Valencia, 2000, p. 25, que por “ciberespacio se entiende el espacio tridimensional creado por una red de computadoras en el que las señales electrónicas de audio y video viajan libremente”.

<sup>407</sup> Véase RAMÍREZ GÓMEZ, S., “Nuevas Tecnologías y fiscalidad: la tributación del comercio electrónico”, *Derecho y conocimiento*, vol. 1, pp.159-176, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva.

<sup>408</sup> RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, T., “La Imposición directa sobre el comercio electrónico, El límite de los conceptos fiscales tradicionales”, *InDret* 2/2015, p.3.

Podríamos resumir este apartado mencionando que el principal problema desde el punto de vista tributario que afecta al comercio electrónico es la disminución de la recaudación que están sufriendo las Administraciones tributarias, debido a:

- Los problemas de calificación de las rentas obtenidas y de las operaciones que se llevan a cabo en el comercio electrónico,
- Las dificultades en la localización de actividades comerciales en un entorno telemático y,
- Los problemas con que se encuentran las Administraciones tributarias para controlar las transacciones comerciales electrónicas y luchar contra el fraude fiscal.

Dadas las particularidades del comercio electrónico, y en especial como consecuencia de la existencia de los bienes intangibles, así como el marcado carácter internacional de las transacciones desarrolladas mediante comercio electrónico, las autoridades tributarias han tenido que realizar un profundo análisis sobre la adecuación de la fiscalidad a las operaciones comerciales electrónicas.

Paradójicamente, la irrupción de las nuevas tecnologías provoca también un aumento del riesgo de fraude y de la evasión fiscal, junto a nuevos instrumentos de la Administración tributaria para combatirlos, barajando distintas alternativas de imposición; por un lado, se ha estudiado la posibilidad de aplicar los tributos válidos para el comercio tradicional, y por otro lado se ha considerado la opción de establecer impuestos específicos para el mismo<sup>409</sup>.

Ante las distintas opciones con las que hacer tributar al comercio electrónico, tanto los Estados como las organizaciones internacionales, OCDE y UE, principalmente, han considerado más adecuado que se realice una adaptación de los sistemas tributarios actuales a la nueva realidad comercial, con el objetivo de no establecer ningún tipo de barrera a la nueva forma de comerciar, pero de forma que tampoco se facilite la evasión o elusión fiscal. Para ello, la adaptación de los tributos existentes al comercio electrónico se tiene que llevar a cabo de forma pausada y estudiada, en caso contrario podría dar lugar a un sistema fiscal ineficiente.

La oportunidad que supone Internet como canal de venta directa supone asimismo nuevos retos en cuanto al cumplimiento de una normativa que, por definición, avanza más lentamente que el exponencial cambio tecnológico. La aplicación de las normas fiscales, cambiantes en función de si vendo productos o servicios, de si mi cliente es un particular o una empresa o de si mis clientes son nacionales o internacionales hace que, en todo proyecto de comercio electrónico, debamos conocer la normativa fiscal aplicable, tanto más cuanto más internacional sea mi estrategia. materia que no está regulada de manera unívoca en el ámbito internacional.

Como la propia Comisión Europea ha destacado, *“la gestión y administración eficaz de los impuestos dependerá en gran parte, entre otras cosas, de que se llegue a un consenso internacional sobre las medidas que deban adoptarse para evitar la doble imposición o exenciones de impuestos no deliberadas y, al mismo tiempo, de que se*

---

<sup>409</sup> Una de las figuras tributarias diseñadas específicamente para su utilización en las operaciones electrónicas es el *Bit Tax*, tributo basado en aspectos como el uso, el acceso, el ancho de banda o las descargas a través de la red. Pero este sería un impuesto de difícil recaudación, ya que el sujeto pasivo es el usuario de Internet, siendo éste difícil de identificar. Los servidores actuarían en este caso como retenedores, y constituirían la base imponible el número de bits descargados.



*ofrezca a las empresas una seguridad y certeza suficientes en cuanto a sus obligaciones*<sup>410</sup>.

En el ámbito de la fiscalidad directa<sup>411</sup> son los impuestos que recaen sobre la renta los que en mayor medida preocupan a las autoridades fiscales de los distintos Estados, pues, con la actual regulación, el comercio electrónico aparece como campo abonado para que en su tributación se originen, tanto situaciones de doble imposición, como de ausencia de tributación ante la fácil deslocalización de las actividades desarrolladas y el anonimato y movilidad de los sujetos que en ellas intervienen.

Podríamos decir que los principales problemas que encuentra la fiscalidad directa tradicional en el comercio electrónico son:

- La determinación de la residencia fiscal del contribuyente.
- La operatividad del actual concepto de establecimiento permanente.
- La erosión de las bases imponibles por medio del *profit shifting* e incluso la problemática de la calificación de las rentas obtenidas por las sociedades.
- Los problemas relacionados con la calificación de las rentas generadas por el comercio electrónico (*royalties*).

Los sistemas tributarios, las autoridades internacionales, y la doctrina científica, han propuesto algunas soluciones para estos fallos que aparecen en la aplicación de los principios tributarios tradicionales en las operaciones generadas a través del comercio electrónico y que, hasta la fecha, han tenido poca incidencia práctica pero que, en un futuro, habrán de emplearse a fin de evitar la erosión que provoca este modelo de negocio en expansión.

Con respecto a la residencia fiscal, Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, en adelante LIS, establece en su artículo 4 que los sujetos pasivos de este gravamen tributarán en España por la totalidad de sus rentas mundiales. A estos efectos, recibirán la consideración de sujetos pasivos las entidades que puedan enmarcarse en alguna de las tipologías previstas en su art. 7 (a efectos del presente estudio, nos referiremos fundamentalmente a las sociedades mercantiles) y que sean residentes en España de acuerdo con lo previsto en el art. 8, y que menciona:

*“Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas. b) Que tengan su domicilio social en territorio español. c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español”.*

A tenor de esta mención sobre la residencia de las sociedades, puede observarse cómo los conceptos de residencia y fuente plantean numerosos problemas de aplicación en el ámbito de Internet y que requieren una intervención común a nivel internacional. Como bien sabemos, la aplicación del principio de imposición en residencia presupone la identificación de los sujetos implicados, y sin embargo el comercio desarrollado a través de Internet puede realizarse de forma absolutamente anónima. La dirección del correo

---

<sup>410</sup> Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 77/388/CEE respecto al régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a algunos servicios prestados por vía electrónica, COM (2000) 349.

<sup>411</sup> Es necesario recordar, por otro lado, que en el ámbito de la fiscalidad directa internacional el instrumento jurídico por antonomasia son los convenios para evitar la doble imposición, y que el Comité para asuntos Fiscales de la OCDE ha concluido que los principios que inspiran el Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición son capaces para ser aplicados al comercio electrónico.

electrónico y el llamado de *domain name*<sup>412</sup> no ayuda demasiado en la localización de la residencia de un sujeto pudiendo no corresponder con el lugar en el que reside, ni el lugar en el que se encuentra, su domicilio ni sitio en el que desarrolla efectivamente su actividad<sup>413</sup>.

La mayor consecuencia del desarrollo tecnológico sobre el concepto de residencia se haya ligado a la imposibilidad sobre la base de los actuales criterios de determinar el lugar de la sede de dirección efectiva de una sociedad que opera en Internet. La mayor parte de la normativa tributaria y el propio modelo de convenio de doble imposición vinculan el conflicto de residencia con el lugar en el que se desarrolla de forma efectiva la actividad, a fin de evitar localizaciones artificiales de las sociedades en territorios o países de reducida fiscalidad.

En este marco las Administraciones tributarias deberían hacer frente a dos graves problemas: la imposibilidad de considerar residentes ciertas entidades que terminan por no ser sometidas a imposición en ningún lugar, y lo contrario, los supuestos en las que las entidades serían atrapadas por varias legislaciones de modo que terminan por ser consideradas como residentes simultáneamente en varias jurisdicciones fiscales con la consiguiente doble imposición.

Con relación a los problemas de no imposición la OCDE en su documento "*Electronic Commerce: The Challenges to tax authorities and tax payers*"<sup>414</sup> pone de manifiesto como por medio de Internet una sociedad *Off-Shore* puede tener en el interior de un de un Estado su sede de dirección efectiva sin que la Administración Tributaria esté en condiciones de constatarlo, y en consecuencia de identificar el requisito a efectos de atraer la residencia fiscal. La OCDE prevé que las posibilidades de utilizar sociedades *Off-Shore* unida a la desmaterialización característica del comercio electrónico traerá consigo en primer lugar una migración de las formas tradicionales de comercio hacia el electrónico, y en segundo lugar la localización de sujetos que desarrollen actividad en jurisdicciones de baja presión fiscal.

En definitiva, se estima necesario modificar los actuales criterios de determinación de la residencia a la nueva realidad, a la vez que se científica en instrumenten las medidas que permitan evitar la fuga hacia paraísos fiscales.

### 3. EL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

---

<sup>412</sup> Que sigue a la triple w del *world wide web* e identifica el *Site Internet*

<sup>413</sup> Menciona HORTALÁ i VALLVÉ, J., *La fiscalidad del comercio electrónico*, CISS Praxis Profesional, Valencia, 2000, p. 153, "No obstante, y si bien su aplicación al ámbito fiscal plantea mayores dificultades en el caso de persecución de actividades delictivas de tipo no tributario el desarrollo de las tecnologías del cable de los nuevos sistemas de comprensión de datos y de acceso global a mayor número de bases de datos permiten la localización identificación de un servidor o de un usuario. La información suministrada consta del nombre y los apellidos, el domicilio y el teléfono, así como el IP del servidor primario y secundario. También existen herramientas que permiten conocer el origen de un mensaje analizando la cabecera del mismo y la ruta que ha seguido. Sin embargo, aun cuando la dirección del correo electrónico puede ser suficiente para conocer la identidad de una persona, un PSI no puede revelar la identidad del titular de una cuenta sin el correspondiente requerimiento judicial que ordena el suministro de dichos datos, y si esto llega a conocimiento del presunto infractor se perderá la posibilidad de obtener más pruebas con posterioridad".

<sup>414</sup> <https://www.oecd.org/tax/consumption/Taxation%20and%20eCommerce%202001.pdf>

Recordamos que el concepto de Establecimiento Permanente surge con la idea de que una determinada empresa, creada y residente de un determinado país, realiza operaciones económicas en otro<sup>415</sup>.

En el apartado 1 del artículo 5 del MCDI<sup>416</sup> se establece una definición general como aquel lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza todo o parte de su actividad, y en el apartado 7<sup>417</sup> de este mismo artículo, que el hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante, o que realice actividades empresariales en ese otro Estado -ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera-, no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.

En la UE por establecimiento permanente se entiende un centro de actividades fijo, situado en un determinado Estado miembro, a través del cual, se realiza una parte o la totalidad de las actividades empresariales de una sociedad en otro Estado miembro. En definitiva, la característica principal del establecimiento permanente es la ausencia de personalidad jurídica distinta de la propia de la casa central, se está en presencia de una empresa con personalidad jurídica única, pero una parte de ella es aislada fiscalmente.

En definitiva, los requisitos que establece la OCDE para gravar las rentas obtenidas por un establecimiento permanente en el país de la fuente deben ser tres:

1.- Existencia de sede de negocios (lugar físico) o “*place of business*”, al que el Comité de la OCDE de Asuntos Fiscales considera que el término incluye cualquier local o instalaciones que sean utilizados para la realización de la actividad económica de la empresa, ya sean utilizadas o no en exclusividad para este fin, siendo indiferente que la utilización de los locales se realiza como propietario o como arrendatario, ni siquiera la existencia de un derecho legal de uso sobre ese espacio, pues lo verdaderamente relevante será la efectiva y mera disposición de un determinado espacio físico para el desarrollo de la actividad.

2.- Debe ser fija (grado de permanencia). Esta característica ha ido evolucionando de tal forma que actualmente no se requiere necesariamente de un anclaje físico a un lugar concreto del territorio, y se admite en cambio cierta movilidad del lugar de negocios, pasando a tener una mayor relevancia el hecho de que se produzca un cierto grado de permanencia en el tiempo en el territorio del Estado y la finalidad con la que se estableció el lugar de negocios. Si desde un inicio fue un lugar de negocios de carácter temporal, entonces no estaremos ante un Establecimiento Permanente.

3.- Debe desarrollar actividad empresarial. Esta nota característica del Establecimiento Permanente exige que el espacio físico del lugar de negocios sea efectivamente utilizado para el desarrollo de una actividad empresarial. La cuestión de si una determinada actividad se realiza en el marco de una empresa se ha interpretado siempre conforme a las disposiciones de la legislación interna de los Estados contratantes, lo cual, en

---

<sup>415</sup> El concepto “Establecimiento Permanente” aparece por primera vez en el convenio para evitar la doble imposición firmado entre el Imperio Austro-Húngaro y Prusia en 1899. No obstante, no es hasta en 1928, en el proyecto de convenio de la Sociedad de Naciones, cuando este concepto comienza a ser utilizado con cierta habitualidad en el ámbito de la fiscalidad internacional.

<sup>416</sup> 1. *For the purposes of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*

<sup>417</sup> *The fact that a company which is a resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other Contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company a permanent establishment of the other.*

ocasiones, podría plantear problemas cuando no resulte coincidente esta calificación para ambos Estados.

No obstante, lo anterior, algunos criterios establecidos en los comentarios al MCDI para identificar cuando en un lugar de negocios se desarrolla una actividad empresarial menciona que la actividad no tiene porqué ser «productiva», o que la actividad tampoco tiene que producirse de forma ininterrumpida, aunque sí debe producirse con regularidad, dado que el Establecimiento Permanente requiere de cierta permanencia como ya se ha visto.

### 3.1. LA DETERMINACIÓN DEL ESTABLECIMIENTO PERMANENTE EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Si el concepto de establecimiento permanente, debido a su complejidad, es motivo de dudas e interpretaciones y de procedimientos amistosos entablado entre países, la introducción de las nuevas tecnologías no hace sino ampliar el elenco de posibles cuestiones contenciosas<sup>418</sup><sup>16</sup>. La absoluta movilidad e inmaterialidad que caracteriza a Internet y las transacciones realizadas a través de la red, especialmente a través de las páginas Web, dificulta sobremanera la determinación de cuándo nos encontramos ante un establecimiento permanente.

Pese a los obstáculos a que se enfrenta el ciber-establecimiento permanente, desde la organización internacional se afirma que cualquier tentativa de reunir un conjunto de operaciones de comercio electrónico bajo el paraguas del establecimiento permanente deberá fundamentarse en los principios existentes.

De los análisis que habrá que realizar sería necesario, primero, identificar el Estado de residencia del sujeto que desarrolla la actividad comercial en Internet; segundo, identificar la presencia en el Estado fuente de un establecimiento permanente de ese no residente; y, tercero, comprobar en que medida la actividad realizada en el Estado fuente por el no residente lo ha sido a través del establecimiento permanente, debiendo en dicho caso procederse a la imputación al no residente de las rentas obtenidas en el Estado fuente a través del establecimiento permanente<sup>419</sup>.

No obstante, y en el ámbito del comercio electrónico la existencia de un establecimiento permanente no es tan sencilla, en lo que se refiere al cumplimiento del primer requisito; esto es, la existencia de una sede de negocios como un lugar físico, pues es necesaria una vinculación fija con el Estado de la fuente.

En el caso particular del comercio electrónico la cuestión se complica aún más, ya que hay que determinar qué es en el comercio electrónico un establecimiento permanente.

Los dos elementos que podrían constituir un establecimiento permanente en el comercio electrónico serían: el servidor y la página web.

A la primera opción, hay que añadir una serie de casos particulares, como son: que el servidor sea propiedad de la empresa o que esté alquilado por la misma. Y también habrá que tener en cuenta la figura del Proveedor de Servicios de Internet, en adelante ISP, por si este puede dar lugar a un establecimiento permanente por agente.

---

<sup>418</sup> SKAAR, *Permanent establishment and electronic commerce*, Case studies, The International Taxation of Electronic Commerce, Amsterdam, 3 October 1997, IBFD, 1997.

<sup>419</sup> Véase RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A., “Algunas consideraciones sobre la fiscalidad directa del comercio electrónico y líneas de reforma”, *Hacienda Pública Española, Monografía*, 2001.

La OCDE estima que:

La *WEB SITE* no constituye un establecimiento permanente, al tratarse de una combinación de software y datos electrónicos, que no constituyen por sí mismos una realidad tangible. Además, en la mayor parte de los casos la empresa propietaria de la página Web no puede determinar en qué servidor se encuentra almacenada, ni la localización de éste.

El documento de la OCDE “*Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition in E-Commerce: Changes to the Commentary on the Model Tax Convention on Article*”<sup>420</sup>, también descarta la posibilidad de que la página Web pueda ser considerada como un establecimiento permanente a través de la aplicación del concepto de agente dependiente. Ya que la página Web no es, en sí misma, una “persona”, tal y como esta es definida en el artículo 3 del citado convenio, por tanto, no puede ser considerada tampoco, por esta vía, como un establecimiento permanente.

Sólo el *SERVIDOR*, detenta la suficiente entidad como para constituir un establecimiento permanente, pues supone el espacio donde se encuentran almacenados los datos y a través del cual se tiene acceso a los mismos.

En el caso del servidor, por su parte, el análisis de la posible existencia de un establecimiento permanente de la empresa dedicada al comercio electrónico se limita al supuesto de la localización en el Estado fuente de un servidor que alberga una página web utilizado por una empresa no residente para el ejercicio de su actividad. En consecuencia, se rechazan como posibles supuestos de existencia de establecimiento permanente el de localización del servidor en el propio Estado de residencia del gestor (en el Estado de residencia no tendría un establecimiento permanente, sino su domicilio fiscal), y, asimismo, el de localización del servidor en un tercer Estado (o, incluso, en aguas internacionales o en el espacio aéreo o exterior)<sup>421</sup>.

En definitiva; la base del razonamiento es que una web no es más que software e información y por tanto absolutamente intangible, no pudiendo en estas condiciones estimarse que se trate de un “lugar de negocios”; y esa es la diferencia, a efectos fiscales, con el servidor que está constituido por equipos informáticos (hardware) que necesariamente exigen un lugar físico y por tanto cabe atribuirle la condición de “lugar fijo de negocios”. No obstante, el requisito que sí se exige al servidor para constituir establecimiento permanente es que reúna la condición de ser fijo, es decir que se encuentre físicamente situado en un lugar determinado por un periodo de tiempo suficiente como para reunir el requisito de fijeza exigido por el apartado 1 del art. 5 Modelo de Convenio de Doble Imposición, en adelante MCDI<sup>422</sup>. A estos efectos la OCDE además considera que carece de relevancia que el servidor pueda potencialmente desplazarse, se trata pues de una cuestión estrictamente factual acerca de sí dicho desplazamiento ha tenido lugar o no, para de ese modo determinar si se ha cumplido el requisito de fijeza exigido<sup>423</sup>.

---

<sup>420</sup> <http://www.oecd.org/ctp/treaties/1923380.pdf>

<sup>421</sup> RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A., “Algunas consideraciones sobre la fiscalidad directa del comercio electrónico y líneas de reforma”, *Hacienda Pública Española, Monografía*, 2001, p.23.

<sup>422</sup> A efectos de esta temporalidad téngase en cuenta que el propio apartado 3 del art. 5 MCDI estima que incluso una obra es constitutiva de establecimiento permanente si su duración excede de 12 meses. España tiene suscrito Convenios que han establecido periodos inferiores como por ejemplo con Argentina, Brasil, China, USA, Filipinas, Méjico, India y Tailandia que establecen un periodo de seis meses.

<sup>423</sup> HORTALÁ i VALLVÉ, J., *La fiscalidad del comercio electrónico*, CISS Praxis Profesional, Valencia, 2000, p. 163.

Asimismo, el criterio de la OCDE es considerar que el servidor, además de un equipo físico (hardware), podría ser el alquiler de un espacio en la memoria de un equipo situado en otro país, para ser utilizado en actividades comerciales (no meramente preparatorias o auxiliares) desarrolladas en el Estado de la fuente. Esto supone que establecimiento tendría no sólo el titular del servidor sino también quien alquile un espacio en la memoria de dicho servidor.

Con respecto a las actividades auxiliares (empresas que pese a disponer de un lugar fijo de negocios, desarrollen en otro país actividades de carácter preparatorio o auxiliar no son sometidas a imposición es este Estado conforme lo establecido en el apartado 4 del artículo 5 MCDI) también, se considera que no existirá establecimiento permanente cuando las actividades de comercio electrónico efectuadas a través de un equipo informático situado en otro país, tenga un mero carácter preparatorio o auxiliar, considerándose como tales aquéllas que proporcionen un vínculo de comunicación entre los oferentes y los clientes, anunciar bienes y servicios, o transmitir información a través del servidor con fines de eficiencia y seguridad.

Es cierto que en la práctica es muy complejo evaluar en qué medida una actividad reviste un carácter auxiliar o preparatorio. A este respecto, la OCDE indica como criterio decisivo la valoración de la esencialidad y la significación de la operación con respecto al objeto principal (*core business*) de la empresa no residente.

En cualquier caso, un aspecto previo a considerar en esta discusión relativa a la existencia de establecimiento permanente en el caso del servidor es el de la incidencia recaudatoria de la decisión.

### *3.1.1. Cuestiones fiscales*

Calificar como establecimiento permanente una serie de operaciones de comercio electrónico no tiene otra finalidad más que otorgar una potestad tributaria al Estado de la fuente. Surge entonces la necesidad de determinar qué Estado es el que tiene la potestad tributaria, si ésta corresponde al país donde la empresa ha sido constituida (donde se halla la casa central) o dónde genera las rentas.

Así, el concepto de Establecimiento Permanente resulta fundamental a la hora de establecer el sistema de reparto de la potestad tributaria sobre las rentas empresariales entre dos Estados que hayan suscrito un Convenio para evitar la Doble Imposición, en adelante CDI<sup>424</sup>.

En este ámbito se hace necesario una revisión y actualización de MCDI para lograr una definición clara de establecimiento permanente, así como la identificación de forma concreta de qué rentas cabe atribuir a ese establecimiento permanente a efectos de determinar la base de imposición sobre la que cabe ejercer una potestad tributaria.

De entre todos los establecimientos que una compañía posea a nivel mundial habrá uno de ellos que tenga la consideración de centro de toma de decisiones y, por tanto, de domicilio social a efectos del art. 8 de la LIS y del art. 4.3 del MCDI de la OCDE, implicando ello que el resto de establecimientos carecerán de personalidad jurídica propia. El Estado en el que radique este último será el de residencia de la sociedad y, por tanto, el que tenga potestad para gravar la totalidad de las rentas mundiales obtenidas por la compañía, sin perjuicio de la imposición a la que sea sometida en el Estado fuente.

---

<sup>424</sup> Conforme a lo previsto en los CDI suscritos por España, una renta empresarial obtenida por un noresidente solo será gravada en España si existe un Establecimiento Permanente situado en España al que atribuir esta renta, de lo contrario, esta renta empresarial no será gravada en España.

A fin de evitar una doble imposición de estas rentas, el Estado de residencia habría de eximir las de tributación, tal y como hace España por medio de los arts. 21 y 22 de la LIS.

Por otro lado, es necesario que se identifique de forma clara qué rentas cabe atribuir a ese establecimiento permanente a efectos de determinar la base de imponible objeto de gravamen. Y si los problemas de imputación de rentas al establecimiento permanente son ya importantes en circunstancias generales, las peculiares características de las actividades del comercio electrónico se traducen en un serio agravamiento de tales dificultades. Todo ello puede convertir en una tarea urgente a medio plazo el redefinir la tipología de las rentas gravables, su calificación y la determinación del concepto de establecimiento permanente sometido a imposición y, en general, a replantearse la utilidad de esa idea en la fiscalidad internacional.

Podemos decir recordar que componen la renta imputable al establecimiento permanente:

- a) Los rendimientos de actividades o explotaciones económicas desarrolladas por medio de establecimiento permanente.
- b) Los rendimientos derivados de elementos patrimoniales afectos al mismo.
- c) Las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos al establecimiento permanente, reputándose como tales los vinculados funcionalmente al desarrollo de la actividad que constituye objeto.

Por tanto, los establecimientos permanentes tributan por la totalidad de la renta atribuible a su actividad y activos, con independencia de que se generen dentro o fuera de territorio español.

#### **4. CONCLUSIONES**

Podríamos concluir este breve análisis recordando que dos de los pilares básicos sobre los que deben asentarse las transacciones electrónicas son el cumplimiento de los principios de neutralidad y el de suficiencia tributaria; pues en definitiva estos hacen referencia a la relación existente entre los impuestos y la eficiencia económica con objetivo de que los impuestos no afecten en la asignación de recursos, y además establece que no debe discriminarse una transacción por el mero hecho de realizarse mediante comercio tradicional o electrónico.

Es menester reflexionar sobre la inaplazable actualización del marco legislativo tributario del comercio electrónico a nivel internacional, con unos mínimos legislativos reforzados además en los CDI, con normas comunes y medidas de coordinación entre los Estados interesados en eliminar la competencia fiscal desleal en internet y la necesaria cooperación entre las Administraciones tributarias en la lucha contra la evasión y el fraude fiscal.

En cualquier caso, conviene no olvidar que en última instancia calificar como establecimiento permanente una serie de operaciones de comercio electrónico no tiene otra finalidad que otorgar una potestad tributaria al Estado de la fuente. Aspectos tales como la movilidad que puede predicarse del comercio electrónico y de los medios informáticos, la posibilidad de que una empresa pueda estar implantada en diversos países, sin moverse de su residencia, a través de la Red o de que para operar fuera de su lugar de residencia no precisen de sedes de dirección, sucursales u oficinas, sino simplemente de un sitio web, o, asimismo, la dificultad de determinar el lugar de localización de los servidores, páginas web, etc., así como otras cuestiones similares,

ponen de relieve la evidente necesidad que existe de replantear el concepto de establecimiento permanente<sup>425</sup>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLAMO CERRILLO, R. (2016) *La Economía Digital y el comercio Electrónico*, Colección Fiscalidad, Dykinson.
- ÁLAMO CERRILLO, R. (2011), Fiscalidad del Comercio electrónico: el lugar de tributación, I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. Cd-Rom) 1988-1118 (ed. en línea), Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. Seminario Permanente de Ciencias Sociales
- Comisión Europea. COM (1998). “*Comercio electrónico y fiscalidad indirecta*”. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité económico y social, COM (1998) 374 final, del 17 de junio de 1998.
- HORTALÁ i VALLVÉ, J., (2000) *La fiscalidad del comercio electrónico*, CISS Praxis Profesional, Valencia.
- RAMIREZ GÓMEZ, S., (2015) “Nuevas Tecnologías y fiscalidad: la tributación del comercio electrónico”, *Derecho y conocimiento*, vol. 1, pp.159-176, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, T., (2015) “La Imposición directa sobre el comercio electrónico, El límite de los conceptos fiscales tradicionales”, *InDret 2/2015*.

---

<sup>425</sup> Vid. RODRÍGUEZ ONDARZA, J.A., “Algunas consideraciones sobre la fiscalidad directa del comercio electrónico y líneas de reforma”, *Hacienda Pública Española, Monografía*, 2001



<b>Índice general</b> .....	4
<b>SCHMIDT, Jessica: Cross-border mobility of companies in the EU: status quo and reform proposals</b> .....	<b>5</b>
I. The status quo .....	5
II. Cross-border Mergers .....	7
1. Achievement of the CBMD/title II chapter II CLD .....	7
2. Recommendations for a revision of the CBMD/title II Chapter II CLD .....	7
III. Cross-border divisions .....	8
1. The need for an EU legal framework .....	8
2. Key features of an EU directive on corss-border divisions .....	9
IV. Cross-border transfers of seat (cross-border conversions) .....	9
1. The need for an EU legal framework .....	9
2. Key features of an EU directive on cross-border transfers of seat (conversions) ...	10
V. Legislative implementation .....	12
Addendum .....	13
<b>DE SOUSA GONÇALVES, Anabela Susana: The influence of the European Union freedom of establishment over the personal Law of commercial companies.....</b>	<b>15</b>
I. The Transfer of the company Seat to Another State.....	15
1. The Portuguese Case.....	21
2. The Spanish Law .....	20
II. The EU Right of Establishment.....	21
III. Repercussions of the ECJ Case-Law Over the Transfer of the Company Seat.....	22
IV. Conclusion.....	28
<b>CAMPO COMBA, María: Profesionales domiciliados fuera de la UE dirigiendo sus actividades comerciales o profesionales a algún Estado miembro y el caso de los consumidores ‘de vacaciones por la UE’: aplicación de una ley extranjera vs aplicación de las Directivas europeas de consumo .....</b>	<b>31</b>
I. Introducción .....	31
II. Situación actual en referencia a las Directivas europeas de consumo y el Reglamento Roma I: necesidad de adaptación al mercado interior .....	34
1. El art. 6 Roma I y los consumidores ‘de vacaciones por la UE’ .....	34
2. La existencia de normas con incidencia en las Directivas europeas de consumo y su discutida necesidad .....	35
III. Determinación del ámbito de aplicación de las Directivas europeas de consumo en situaciones extracomunitarias.....	39
1. Determinación mediante el método de DIPr tradicional seguido por el Reglamento Roma I .....	41
2. Determinación mediante el método de DIPr unilateral a través de las propias Directivas .....	45
3. Reflexión .....	47
IV. Algunas propuestas de adaptación del Reglamento Roma I en materia de consumo	48

V. Conclusión .....	51
<b>ORBEGOZO MIGUEL, Xabier: Brexit y Derecho Internacional Privado: acuerdos de elección de foro y reactivación de las anti-suit injunctions .....</b>	<b>53</b>
I. Consideraciones introductorias .....	53
II. Implicaciones del Brexit en el ámbito del Derecho Internacional Privado .....	56
1. Situación de los Reglamentos – Roma I, Roma II y Bruselas I bis a la luz del borrador de Acuerdo de retirada .....	58
2. El European Union Withdrawal Bill .....	58
3. Revivir viejos textos – Bruselas 1968, Roma 1980 y Lugano I .....	59
A) Convenios de Bruselas y Roma .....	59
B) Convenio de Lugano 1988 .....	60
4. Lugano 2007 .....	60
5. Un nuevo Acuerdo .....	62
A) Modelo danés .....	62
B) Acuerdo a medida .....	63
6. Convenios de La Haya .....	64
A) Convenio sobre acuerdos de elección de foro .....	64
B) El Proyecto sobre sentencias –Judgements Project- como alternativa .....	65
7. Salida sin acuerdo – <i>hard Brexit</i> puro- .....	66
III. Acuerdos de elección de foro en la UE .....	67
1. Acuerdos de elección de foro y Reglamento Bruselas I-bis .....	68
A) Respuesta a Gasser en RBI-bis .....	69
B) Subsistencia de las ‘torpedo actions’ en el nuevo sistema del Reglamento ....	70
C) Vigencia hasta el 31 de diciembre de 2002 .....	71
2. Ratificación del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro por parte de la UE .....	71
A) Internacionalidad del caso .....	72
B) Validez material del acuerdo .....	72
C) Excepciones y orden público .....	72
D) Litispendencia .....	73
3. Cláusulas de elección de foro en ausencia de acuerdo: <i>Hard Brexit</i> .....	73
A) Recurso al artículo 33 RBI-bis .....	74
B) Sumisión a tribunales extranjeros en la legislación española .....	75
C) Recurso al <i>rebus sic stantibus</i> o solicitud de daños derivados del incumplimiento del acuerdo .....	75
D) Acuerdos asimétricos .....	76
E) Cláusulas no exclusivas .....	77
IV. Reactivación de las anti-suit injunctions .....	77
1. Características generales de las anti-suit injunctions .....	77
2. Medidas anti proceso y Reglamento Bruselas I-bis .....	78
3. RU parte del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro .....	78
A) Posibilidad de adoptar anti suit injunctions en el sistema del Convenio .....	79
B) Reconocimiento de medidas anti proceso en el marco del Convenio .....	80
C) Aplicación uniforme del Convenio .....	81
D) Competencia del TJUE .....	81
4. Medidas anti-proceso en el contexto de un Brexit sin acuerdo .....	82
V. Conclusiones .....	82

**CANCINO GÓMEZ, Rodolfo: La contratación pública en México desde la perspectiva internacional ..... 85**

I. La Licitación Pública en México .....	85
II. La naturaleza jurídica de la contratación pública en México .....	88
III. Las Licitaciones Internacionales bajo la legislación mexicana .....	90
IV. México y el entorno internacional de la contratación pública .....	92
V. El Acuerdo de la Contratación Pública de la OMC (ACP) .....	92
VI. La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) .....	93
VII. Conclusiones .....	94
VIII. Bibliografía .....	95

**FIGUERA VARGAS, Sorily y REYES TORRES, Eduardo: El arbitraje de inversión en el marco del Acuerdo comercial entre la Unión Europea, Colombia, Perú y Ecuador: un enfoque desde los derechos humanos ..... 97**

Introducción .....	98
1. Arbitraje Internacional y Arbitraje de Inversión .....	99
2. La influencia de los Derechos Humanos en el Arbitraje .....	103
3. Casos de Arbitraje en relación con los Derechos Humanos .....	105
4. Conclusiones .....	107

**RAMOS HERRERA, Antonio José y CALVO VÉRGEZ, Juan: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los supuestos de restricción del Derecho a la Libertad de establecimiento de las sociedades en materia fiscal .. 110**

I. Introducción .....	111
II. El fundamento del derecho a la libertad de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	112
III. La interpretación de medidas fiscales restrictivas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .....	114
1. La aplicación de manera no discriminatoria .....	115
2. La justificación por razones imperiosas de interés general .....	116
3. La adecuación para garantizar la realización del objetivo .....	117
4. El alcance del objetivo perseguido .....	119
IV. Reflexiones finales .....	119

**FERNÁNDEZ GÓMEZ DEL CASTILLO, Ana María y GONZÁLEZ MARTÍN, Ana: Cuestiones fiscales sobre la determinación del establecimiento permanente en el Comercio electrónico ..... 123**

1. Introducción .....	123
2. La Incidencia del Comercio Electrónico en la Fiscalidad .....	125
3. El Establecimiento Permanente .....	128
3.1. La determinación del Establecimiento Permanente en el comercio electrónico	130

**Regulación de la actividad económica en el ámbito internacional y libertad de establecimiento**

3.1.1. Cuestiones fiscales .....	132
4. Conclusiones .....	133
5. Bibliografía .....	134