

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

POR L. CARRILLO POZO, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ,
S. A. SÁNCHEZ LORENZO Y M. WĘGRZAK

COORDINADA POR B. AÑOVEROS TERRADAS*

SUMARIO:

LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y LA CUADRATURA DEL CÍRCULO. COMENTARIO A LA STJUE DE 4 DE OCTUBRE DE 2024.

POR L. CARRILLO POZO pp. 517-523

SE CIERRA EL CÍRCULO: EL TS NOQUEA A LA DIRECCIÓN GENERAL

POR C. GONZÁLEZ BEILFUSS pp. 525-530

COMPETENCIA SUBSIDIARIA PARA CONOCER DEL CONJUNTO DE LA SUCESIÓN. SENTENCIA DEL TJUE DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2024 (C-291/23)

POR I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ pp. 531-535

LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL ARBITRAL DE NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS Y EL CONTROL DE ORDEN PÚBLICO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES. NOTA A LA SENTENCIA TC 146/2024, DE 2 DE DICIEMBRE

POR S. A. SÁNCHEZ LORENZO pp. 537-542

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE LOS USUARIOS DE REDES SOCIALES POR CONTENIDOS DE TERCEROS: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TEDH (AFFAIRE ALEXANDRU PĂTRAȘCU C. ROUMANIE (REQUÊTE NO 1847/21))

POR M. WĘGRZAK pp. 543-551

* B. AÑOVEROS TERRADAS, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona

LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO Y LA CUADRATURA DEL CÍRCULO. COMENTARIO A LA STJUE DE 4 DE OCTUBRE DE 2024

LUIS F. CARRILLO POZO*

I. EL LITIGIO

Probablemente no haya habido en los últimos años un caso de Derecho internacional privado con mayor trascendencia pública: el 7 de diciembre de 2006, el periódico *Le Monde* publicó un artículo en el que se vinculaba a dos clubes españoles de fútbol, Real Madrid y Barcelona, con el dopaje. Presuntamente habrían recurrido a los servicios médicos del célebre doctor Fuentes, vinculado en su momento con una red de dopaje en el ciclismo (la operación Puerto). Numerosos medios de comunicación, en particular españoles, se hicieron eco de la noticia. El 23 de diciembre siguiente, el periódico publicaba el desmentido que le había hecho llegar el Real Madrid.

Presentada demanda por daños y perjuicios por el club y por uno de los profesionales de sus servicios médicos contra el medio y el periodista que firmaba el artículo, la sentencia de primera instancia (27 de febrero de 2009) los condenaba a pagar 300.000 euros al club y 30.000 euros al médico en concepto de daño moral, y ordenaba la publicación de la sentencia en *Le Monde* y en un periódico español. La AP Madrid confirma esta sentencia en lo esencial, y el TS desestima en 2014 el recurso de casación interpuesto contra aquélla. Poco tiempo después, el juzgado de primera instancia ordena la ejecución, cuantificando intereses y costas¹.

En 2018 el *Tribunal de grande instance* de París otorga la ejecución de las resoluciones españolas. Interpuesto recurso, en 2020 la *Cour d'appel* resuelve anulando la declaración de ejecutividad de dos años antes, por contrariedad al orden público francés. Entre los argumentos del tribunal francés hay algunos que se diluyen en el procedimiento posterior, que aluden a la labor de los jueces españoles², pero hay uno que constituirá el núcleo de la cuestión prejudicial: la ejecución de la sentencia española tendría un efecto disuasorio de la participación de los ejecutados en el debate público sobre asuntos de interés general, impidiendo el desempeño de las funciones de información y control propias de los medios de comunicación. Interpuesto recurso, la *Cour de cassation* suspende el procedimiento y plantea al TJUE una prolija batería de cuestiones prejudiciales vertebradas en torno a la compatibilidad del reconocimiento y ejecución de las decisiones con la libertad de expresión del art. 11 CDF, el efecto disuasorio de la condena, los factores a considerar para verificar la existencia de tal efecto y la proporció-

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Almería.

1 Interesa poner de manifiesto que ni el TC ni el TEDH admitieron los recursos de los demandados. Se desconoce el motivo, y no es baladí, porque, si fue por cuestiones de fondo, el TJUE debió tomar nota de ello.

2 Referencias a la incorrecta aplicación de la LO 1/82, la cuantificación del daño o la comparación con la legislación francesa.

nalidad. Lo que está en cuestión, en fin, es el alcance del poder de control por el tribunal del Estado requerido, qué cabe en el concepto de orden público del foro, qué constituye revisión de las apreciaciones realizadas por el juez de origen.

II. LA DECISIÓN DEL TJUE

La sentencia del TJUE se construye según los parámetros usuales, y tras el catálogo de principios generales se salta a unas conclusiones —de un impresionismo verdaderamente chocante— si una pértiga clara.

Los argumentos pueden quedar resumidos en varios niveles. Primero, el marco general: a) el sistema de reconocimiento y ejecución se basa en la confianza recíproca, por lo que debe ser casi automático (cdo. 29); b) la excepción de orden público debe ser aplicada de forma excepcional, con control de sus límites por el TJUE (cdos. 34-35); c) ni la divergencia comporta violación del orden público ni el tribunal requerido puede controlar las apreciaciones de hecho o de Derecho realizadas en origen (cdo. 37). Segundo, el contenido iusfundamental del orden público: d) en la medida que las autoridades de un EM deben presumir que las de otro EM respetan los derechos fundamentales, les está vedado verificar si en un caso concreto efectivamente los han respetado, salvo supuestos de vulneración manifiesta (cdos. 43-44); e) teniendo en cuenta la importancia capital de la libertad de información de asuntos de interés general, toda resolución que conceda una indemnización por menoscabo de la reputación debe guardar una relación razonable de proporcionalidad entre la cantidad concedida y el menoscabo sufrido (cdo. 57), extremando la cautela cuando por su magnitud puedan disuadir a la prensa de participar en el debate público (cdos. 61-62), como es el caso en el que excede del daño material o moral realmente sufrido (cdo. 63). Para valorar la proporcionalidad se admite la toma en consideración de los recursos de los que dispone la parte condenada (cdo. 64) y el resto de las sanciones impuestas (publicación de un desmentido, una rectificación o disculpa formal y costas, cdo. 65). Tercer nivel, anticipación del fallo: f) de lo anterior se deduce que el reconocimiento y ejecución de una sentencia debe denegarse por su contrariedad al orden público cuando entrañe la vulneración manifiesta de los derechos y libertades consagrados en el art. 11 CDF (cdos. 66-67).

A partir de las anteriores constataciones se dirigen dos directrices relevantes al juez nacional: i) primero, un corolario del fallo: el órgano judicial debe valorar en el caso concreto si se está violando o no el derecho fundamental, sin entrar a supervisar las apreciaciones de fondo, examinar si los demandados observaron sus deberes y responsabilidades o poner en tela de juicio las constataciones del TS español sobre gravedad del acto dañoso o magnitud del daño sufrido; ii) segundo, una regla nueva: si se entiende que existe una vulneración manifiesta de la libertad de prensa, habría de limitar la denegación de la ejecución de las resoluciones a la parte manifiestamente desproporcionada de la indemnización.

La literalidad del fallo, en fin, habla de denegación de la ejecución «*en la medida en que entraña la vulneración manifiesta de la libertad de prensa del artículo 11 de la CDF y, por ende, la violación del orden público del Estado miembro requerido*».

III. LA MEDIDA DE LA DESPROPORCIÓN Y LA CUADRATURA DEL CÍRCULO

Los comentarios a la sentencia se han movido entre el aplauso entusiasta y alguna sorpresa por un fallo cargado de obviedad³. Ojalá fuera solo una obviedad. Asistimos a un ejercicio de nadar y guardar la ropa, como si el TJUE no se atreviera a decir lo que dice, y quisiera endosar a otros (los tribunales nacionales) la tarea de cuadrar el círculo. El resultado es una acumulación de contradicciones y afirmaciones vagas que abre la puerta a la implosión del modelo europeo. Ajeno a la lógica de la integración que debería guiarlo⁴, el TJUE se viste de TEDH, desarrollando un discurso sobre derechos fundamentales muy tosco, plagado de vaguedades y ajeno a la cuestión ejecución de decisiones extranjeras⁵. Habría bastado recoger la jurisprudencia consolidada y proyectarla sobre el caso concreto, pero ha optado por desdecirse de casi todo.

Es verdad que la alegación de contrariedad al orden público sustantivo coloca al órgano judicial en una tesitura muy complicada, porque existe el riesgo de traspasar la frontera prohibida de la revisión del fondo⁶. Las cuestiones prejudiciales formuladas al respecto han ido mayoritariamente por la dimensión procesal, donde la constatación de alguna violación de una norma es relativamente sencilla y no tropieza con aquella prohibición. En cualquier caso, la experiencia muestra que los tribunales nacionales tienden a rechazar la toma en consideración de la excepción⁷, sea por la homogeneidad de valores sea porque en la alternativa revisión de fondo-prevalencia de la libre circulación de decisiones, prevalece esta última. Pero en la presente cuestión era claro que el proceso y la sentencia españoles eran impecables, y tocaba sumergirse en el “lado oscuro” de la excepción.

3 Así, DE MIGUEL ASENSIO, P., “Indemnizaciones por contenidos periodísticos difamatorios y significado del orden público como obstáculo al reconocimiento en el Reglamento 1215/2012”, en <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com>, entrada de 4 de octubre de 2024. Tampoco parece que T. LUTZI tenga muy claro el alcance del fallo: “Compensation, y nada más – CJEU decides against Real Madrid in Case C-633/22”, en <https://conflictoflaws.net>, entrada de 4 de octubre de 2024. Un comentario muy favorable, engarzando con los trabajos de la UE en defensa de la libertad de prensa, en MASSA, C., “No all’esecuzione della decisione straniera se ne deriva una violazione della libertà di stampa: note a margine della sentenza Real Madrid”, en *Quaderni AISDUE – Rivista quadrimestrale*, 2024, 3, pp. 1 ss. En general, se ha puesto el acento en la tutela de los derechos fundamentales, sin asomo de crítica: FERACI, O., “Ordine pubblico e violazione manifesta della libertà di stampa”, en <https://aldricus.giustizia.it/>, entrada de 5 de noviembre de 2024.

4 La lógica de la integración se aparta de la del Derecho internacional privado, que reclama un control *ex post* de las resoluciones: GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras y respeto de los derechos humanos relativos al proceso”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, p. 714.

5 Una sistematización muy buena en NOWICKA, Z., “SLAPP vs. Mutual Trust: Protecting the Public Debate Through Public Policy Considerations”, en *German Law Journal*, 2024, pp. 4 ss.

6 FRANQ, S., “Art. 45”, en MANKOWSKI, P./MAGNUS, U., *Brussels Ibis Regulation: commentary*, Colonia, 2016, p. 883.

7 HESS, B./PFEIFFER, T./SCHLOSSER, P., *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, 2007, Heidelberg, p. 249. Con generosidad de ejemplos, FRANQ, S., “Art. 45”, *cit.*, pp. 898-900; V. LAZIĆ/MANKOWSKI, P., *The Brussels I bis Regulation. Interpretation and Implementation*, Cheltenham, 2023, p. 481.

Pues bien, hasta ahora habíamos asumido que en la base de todo está la confianza recíproca y la prohibición de la más mínima revisión de lo decidido en otro EM⁸: las decisiones de otro juez europeo serían como las propias. Era igualmente claro que no se podía controlar la exactitud de las apreciaciones de hecho o de Derecho del tribunal que ha dictado la resolución⁹, que está vedado el juicio sobre una errónea aplicación del Derecho en la resolución a reconocer y ejecutar¹⁰, que también los errores circulan en el espacio europeo, porque se corrigen —en su caso— en origen, y equivocarse no equivale a infracción de un principio esencial del ordenamiento europeo¹¹. También era diáfano que los derechos fundamentales podían ser sometidos a restricciones si se respetaba su contenido esencial y responden a objetivos de interés general¹², y que la excepción no protegía intereses puramente económicos, de forma que el mero hecho de invocar consecuencias patrimoniales graves no constituía una violación del orden público del EM requerido, bastando con que el método de cálculo de los importes fijados en una resolución estuviera claro y fuera impugnabile¹³ para excluir su operatividad. El orden público sustantivo, en fin, queda limitado a infracciones evidentes, de esas que saltan a la vista y no generan dudas ni necesitan interpretación, coincidiendo su contenido con el CEDH, la CD-FUE y la doctrina sentada por el TEDH¹⁴.

Frente a todo ello, en particular los cdos. 68 y ss. de la sentencia comentada quintaesencian lo que no es el modelo de reconocimiento y ejecución en Europa. Se invita al juez del Estado requerido a valorar el contenido del fallo, enjuiciar la proporcionalidad de la indemnización, “la gravedad de su acto dañoso y la magnitud del perjuicio”, y los montantes concedidos en su foro para casos similares. En el marco del espacio disponible, creo conveniente poner de relieve lo siguiente:

- Dos obviedades: la excepción de orden público no fue suprimida cuando se planteó, y el tenor de la norma habla de orden público *del foro*. Más aún, el art. 37 de la propuesta de revisión del RBI de 2010 preveía el mantenimiento del *exequatur* en el caso de las resoluciones relativas a “obligaciones extracontractuales que se derivaren de la violación de la vida privada y de los derechos relacionados con la personalidad,

8 En general, *vid.* GASCÓN INCHAUSTI, F., *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Valencia, 2016, pp. 150 ss.

9 STJ de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164.

10 STJ de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225. Lo mismo vale para el desconocimiento de los pactos entre los contratantes: STJUE de 21 de marzo de 2024, asunto C 90/22, ECLI:EU:C:2024:252.

11 STJ de 16 de julio de 2015, asunto C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471. Aunque no se diga explícitamente, parece razonable aceptar que las resoluciones que han pasado por el filtro de los recursos ordinarios han de ser asumidas en el resto de los Estados; exigir el paso por los extraordinarios supondría obligar a dilaciones insoportables, y más cuando el RBI bis (art. 51) permite condicionar la ejecución a aquellos, no a estos últimos.

12 SSTJ de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07 (ECLI:EU:C:2009:219), y de 6 de septiembre de 2012, asunto C-619/10 (ECLI:EU:C:2012:531).

13 STJ de 23 de octubre de 2014 asunto C 302/13, ECLI:EU:C:2014:2319.

14 HESS, B., *Interpretation of the Public Policy Exception as referred to in EU Instruments of Private International and Procedural Law*, European Parliament’s Committee on Legal Affairs, 2011, p. 29 (disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>).

en particular la difamación”, en base a la inexistencia de una norma de conflicto uniforme¹⁵. En consecuencia, ni existe un orden público europeo ni se excluye que cada sistema judicial defienda sus concepciones según sus propios valores, en el bien entendido que éstos deben ser acordes con los del Derecho de la UE, y ceder ante los postulados básicos de éste.

- ¿Cómo valorar la proporcionalidad sin entrar a examinar lo que se ha establecido en origen? La gran crítica que se formula a esta sentencia es que obliga a cohonestar dos principios de construcción cuyos límites son muy difusos: se quiera o no, esa valoración implica inevitablemente analizar los hechos y la consecuencia jurídica extraída, y excluirla si no satisface el concepto de proporcionalidad del propio ordenamiento (¿de cuál si no?), porque es un juicio que exige tomar un referente a partir del cual comparar¹⁶. La disparidad de soluciones, antes insuficiente, pasa a ser uno de los elementos de la excepción de orden público: la medida de la proporcionalidad la da el sistema del foro, y es contrario al orden público lo que difiera¹⁷. Al final, el juez de la ejecución reexamina el caso y dice cuál es el derecho subjetivo que debe prevalecer¹⁸.

En el mismo sentido, hablar de una indemnización “de una magnitud imprevisible o elevada en relación con las cantidades concedidas en casos de difamación comparables” (cdo. 62) es poco riguroso, porque lo comparable o no comparable depende de un juicio de valor basado en la apreciación de lo que son parecidos razonables, y el TJUE no ofrece orientaciones al respecto: que la solución pivote sobre esa evanescencia es bastante peligroso.

- ¿En qué ha quedado la presunción de respeto de los derechos fundamentales en todos los Estados de la UE? En el dictamen 2/13 de 18 de diciembre de 2014¹⁹ el TJ aseveraba que principio de confianza mutua entre EEMM tiene una importancia fundamental en el Derecho de la UE, dado que permite la creación y el mantenimiento de

15 COM(2010) 748.

16 COGLIANDRO, R. D., “La libertà di stampa e il contenuto dell’ordine pubblico quale limite alla circolazione delle sentenze nello spazio giudiziario europeo”, en *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2025, 1, p. 253; ANAGNOSTARAS, G./TSADIRAS, A., Freedom of the Press as a Public Policy Reason Restricting the Principle of Mutual Trust: Lessons from the Real Madrid Preliminary Ruling, en *European Papers*, 2024, 3, p. 1305. Es llamativo que el TJ señale como elementos a considerar para hablar de proporción los recursos disponibles y las demás sanciones impuestas, sin referirse a la lesión padecida. Supondremos que esto va de suyo.

17 En parecidos términos, SANDRI, E., “Fundamental Rights Come Off the Bench: Manifest Breaches of Fundamental Rights as a Public Policy Exception in the Real Madrid Case”, en *VerfBlog*, entrada de 31 de octubre de 2024 (<https://verfassungsblog.de/fundamental-rights-come-off-the-bench/>).

18 Por eso creo que son irrelevantes para el juez de la ejecución extremos como la falsedad o veracidad de la información o la actitud posterior del periodista: no puede entrar en ellos, limitándose a constatar que no existe arbitrariedad. En contra, ABAT I NINET, A./CANALS, R., “Imperativo de veracidad de la información c. orden público”, en *La ley UE*, 2025, n.º 134.

19 ECLI:EU:C:2014:2454. En esto coincide con lo afirmado por el TEDH: *Sisojeva and Others v. Latvia*, sentencia de 15 de enero de 2007, asunto 60654/00; *Royer v. Hungary*, sentencia de 6 de marzo de 2018, asunto 9114/16. La famosa sentencia *Avotins* abunda en la misma línea.

un espacio sin fronteras interiores, obligando a cada uno de los EEMM a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás respetan tal Derecho, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por él. En particular, se excluía la posibilidad de que un EM verificase el respeto de los derechos fundamentales por parte de otro EM.

Por supuesto que existe un margen para excluir la arbitrariedad, y que los EEMM tienen que utilizar aquellos instrumentos disponibles idóneos para rechazar la ejecución de resoluciones que comporten violación de derechos fundamentales, so pena de incurrir en responsabilidad²⁰, mas el recurso a ellos encuentra un tope máximo en lo apuntado *supra*, es decir, casos flagrantes²¹, en los que ni siquiera se entró a ponderar los derechos en presencia²², no los que exijan reexaminar el asunto²³. Aquí nos encontramos ante una materia dominada por la incertidumbre, porque ni se puede hablar de una línea prevalente en el Derecho europeo en cuanto a interacción de los derechos de la personalidad y los derechos a la libertad de expresión e información²⁴, ni en el propio sistema francés es un tema zanjado²⁵. Con este panorama parece que lo que mejor encajaba con el entramado normativo y la doctrina precedente es la lógica de la integración y el principio esencial del Derecho europeo de la libre circulación de decisiones, que no es ajeno al respeto de los derechos individuales²⁶.

-
- 20 GASCÓN INCHAUSTI, F., “El Derecho Procesal Civil Europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos *Povse c. Austria y Avotiņš c. Letonia*”, en *CDT*, 2014, pp. 108 ss.; BIAGIONI, G., *Avotiņš v. Latvia. The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights*, en *European Papers*, 2016, pp. 579 ss.
- 21 Es esa idea de lo evidente, lo manifiesto, lo que salva la compatibilidad del respeto a los derechos fundamentales y la prohibición de revisión del fondo: STJUE de 7 de abril de 2022, asunto C 568/20, ECLI:EU:C:2022:264.
- 22 MARCHADIER, F., “CJEU Clarifies the Influence of Fundamental Rights on the Operation of the Public Policy Exception”, en <https://eapil.org>, entrada de 19 noviembre de 2024.
- 23 No veo el motivo por el que la presunción no opere cuando se aplique un reglamento que no ha suprimido la excepción de orden público (CUNIBERTI, G., “Le fondement de l’effet des jugements étrangers”, en *RCADI*, 2018, 394, p. 255), tratándose de una mera presunción que admite prueba en contra. El problema es la coordinación de los “reglamentos mecánicos” con el respeto de los derechos fundamentales.
- 24 *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “The internet–Privacy and rights relating to personality”, en *RCA-DI*, 2015, 378, p. 326.
- 25 El *Conseil constitutionnel* en su decisión n° 2018-773 DC (20 de diciembre de 2018) recuerda que las libertades de expresión y comunicación tienen un límite en los derechos de terceros.
- 26 La prevalencia de la libre circulación casa bien con el objetivo de que los errores se depuren en origen: *cfr.* V. LAZÍĆ/MANKOWSKI, P., *The Brussels I bis Regulation...*, *op. cit.*, pp. 488 ss. Esa ha sido la respuesta ejemplar de las jurisprudencias nacionales. Valgan los ejemplos recogidos por HESS en el precitado estudio (p. 153): sentencia del OLG Hamburgo de 11 de agosto de 2008, que concede el *exequatur* de una decisión italiana que condenaba al pago de daños morales por infracción de los derechos de la personalidad de una persona jurídica, evidenciando el tribunal que la no existencia de ese tipo de daños en el ordenamiento alemán no es causa de violación del orden público del foro; el TS sueco en sentencia de 2009 hace lo propio con una sentencia rumana que otorgaba una indemnización por un accidente de tráfico cuyo montante era nueve veces superior al que se habría impuesto en el Derecho sueco. En el mismo sentido, se abre paso progresivamente el reconocimiento y ejecución de resoluciones que conceden daños punitivos (*vid.*

- ¿Puede el tribunal del Estado de ejecución alterar la calificación de una indemnización, como paso previo a la imputación de desproporcionalidad?²⁷ Está claro que no. La argumentación del juez de la ejecución parte de la consideración del carácter punitivo de los daños para deducir la desproporción, siendo claro que la ley española habla de compensación del daño efectivamente sufrido, y no se puede dudar de que nuestros tribunales la han aplicado correctamente²⁸. De todas formas, si fueran daños punitivos, ¿qué?
- ¿Qué tipo de ejecución parcial es el que está incentivando el TJUE? Cuando se permite “limitar la denegación de la ejecución de dichas resoluciones a la parte manifiestamente desproporcionada” se está inventando algo nuevo, porque el reconocimiento o ejecución parcial sirve para decisiones con pronunciamientos separables, que no es el caso. Si el TJ quiere decir lo que aparentemente dice, está bendiciendo de nuevo la revisión del fondo y el re-enjuiciamiento del caso^{29, 30}.

Al final uno se queda con la impresión de no saber exactamente a qué atenerse. Está claro que la libertad de prensa es un principio esencial del sistema democrático. Para afirmar eso no hacían falta grandes desarrollos. Pero, dicho eso, se encomienda verificar si hay desproporción, sin entrar a analizar las apreciaciones del juez de origen. O sea, el TJ pretende que los órganos nacionales cuadren el círculo. A base de subjuntivos, reservas y condicionales (¡ese “en la medida”!) se ha dejado el tema abierto, al albur de lo que cada tribunal tenga a bien decidir. Opten por una cosa o la contraria, todo encaja bien en el pronunciamiento comentado aquí.

WURMNEST, W., “Public Policy un European Private International Law”, en MEYER, O. (ed.), *Public Policy and Private International Law*, Cheltenham, 2022, p. 40; para el caso de Francia, p. 186).

27 Cfr. ABAT I NINET, A./CANALS, R., “Imperativo de veracidad...”, *op. cit.*

28 STS de 24 de febrero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:488. En qué se basa el TJ para hablar de un resarcimiento que excede del daño material o moral realmente sufrido (cdo. 63) es un misterio, pero está claro que se ha irrogado el papel de tribunal de mérito.

29 La opción no es denegación o ejecución parcial, como parece pretender MARCHADIER, F., “CJEU Clarifies...”, *cit.*

30 Salvo que se esté refiriendo a la admisión de la ejecución de una condena (la del medio o la del periodista) y no de la otra, pero no parece que vaya por ahí.

SE CIERRA EL CÍRCULO: EL TS NOQUEA A LA DIRECCIÓN GENERAL

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

I. INTRODUCCIÓN

La STS 5879/2024 de 4 de diciembre¹ se suma a una serie de pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo en relación con contratos de gestación por sustitución concluidos en el extranjero por ciudadanos españoles. En todos estos casos la cuestión controvertida ha sido la inscripción de la filiación en el Registro civil español. Difieren, no obstante, los cauces a través de los cuales se pretendía el acceso al Registro. En un primer supuesto, pese a la existencia de una sentencia, se presentó un certificado de nacimiento extranjero para su transcripción en un Registro civil consular² mientras que en el segundo caso resuelto por el TS se solicitó el establecimiento de la filiación en virtud de la aplicación del Derecho español³. En la sentencia objeto de este comentario las partes solicitaron el reconocimiento de una sentencia extranjera en un procedimiento de exequatur.

A pesar de que técnicamente las cuestiones se planteen de manera diferente, el TS prioriza el análisis desde la perspectiva del orden público. No se han producido grandes variaciones en la apreciación del Tribunal, si acaso el planteamiento se ha ido progresivamente afianzando y radicalizando. La postura del Alto Tribunal, que se puede o no compartir, es, en principio, compatible con la jurisprudencia también consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues ésta concede a los Estados un considerable margen de apreciación por lo que respecta a elección del método de salvaguarda del derecho a la vida privada y familiar reconocido por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No deja, sin embargo, de plantear grandes retos, como se desarrollará después.

No era, en cambio, compatible la jurisprudencia del TS con la Instrucción de la Dirección General de 5 de octubre de 2010⁴. De hecho, diversos elementos indican que la desactivación de la citada Instrucción, que se produjo pocos meses después, en virtud de la *Instrucción de 28 de abril de 2025, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*⁵, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacimientos mediante gestación por sustitución es el principal resultado de la sentencia que se comenta. En la nueva Instrucción se

* Catedrática de Derecho internacional privado e la Universidad de Barcelona.

1 ECLI:ES:TS: 2024:5879

2 STS 247/2014 – ECLI:ES:TS:2014:247. Con posterioridad sobre este mismo caso el TS dictó un Auto desestimando la nulidad de actuaciones. Vide ATS 335/2015, ECLI: ES:TS:2015:335A.

3 STS 1153/2022, ECLI:ES:TS:2022:1153.

4 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

5 BOE núm. 105, de 1 de mayo de 2025.

establece taxativamente que “*en ningún caso se admitirá por las personas encargadas de los Registros Civiles, incluidos los Registros Civiles Consulares, como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos mediante gestación subrogada una certificación registral extranjera, o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, ni sentencia firme de las autoridades judiciales del país correspondiente*”. La salvaguarda del interés superior del niño se traslada a un momento posterior.

II. CUESTIONES DE MÉTODO

Desde un punto de visto técnico no es obviamente lo mismo que se solicite la inscripción de la relación de filiación en el Registro civil en virtud de un certificado de nacimiento extranjero, en aplicación del Derecho material español o pretendiendo el reconocimiento de una sentencia extranjera. Este último es el caso resuelto en la sentencia que nos ocupa y, por razones de espacio, nos centraremos en esta perspectiva, no sin antes poner de relieve que el TS se refiere al orden público internacional incluso en aquellos casos en los que técnicamente no procede pues se están aplicando las normas españolas en materia de posesión de estado⁶ o impugnando una relación de filiación materna en virtud del Derecho español, que no la prevé⁷. El orden público internacional español sirve para excepcionar la aplicación del Derecho extranjero o denegar el reconocimiento de una sentencia extranjera y no procede alegarlo ni aplicarlo si no es esta la cuestión que se analiza.

Los hechos a los que se refiere la sentencia objeto de comentario son los siguientes. El 15 de octubre de 2021 los comitentes solicitaron el exequatur de una sentencia dictada en Texas (EE. UU.) el 20 de noviembre de 2020 en la que se establecía que dos varones españoles eran los padres de dos niños nacidos a resultas de un contrato celebrado en Texas con la gestante y su marido. La competencia correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Roque que en junio de 2022 denegó el reconocimiento en aplicación del apartado a) del art. 46 de la Ley de cooperación jurídica internacional⁸. El recurso de apelación fue desestimado en mayo del 2023 por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz. Como dato curioso y no irrelevante de cara a la resolución futura del caso, durante la tramitación del recurso de casación uno de los comitentes desiste.

6 Tampoco es ineludible la referencia al orden público en caso de que la cuestión controvertida sea el reconocimiento del contenido de un certificado de nacimiento extranjero pues éste depende de su correspondencia con lo que resulte de la aplicación de la norma de conflicto española y se hubiera podido defender, tal y como hace el BGH alemán, que la residencia habitual del niño se localiza en el foro y denegar la inscripción porque el contenido del certificado extranjero no se corresponde con lo estipulado en el Derecho español. Vid. LILIAN GÖSSL, S., “Zur Abgrenzung von anerkennungsfähigen Entscheidungen und nicht anerkennungsfähigen Registereintragungen in Abstammungsfragen (zu BGH, 20.3.2019 – XII ZB 320/17, unten S. 76, Nr. 5, und XII ZB 530/17, unten S. 78, Nr. 6) (BGH, 20.3.2019 – XII ZB 320/17, XII ZB 530/17), *IPRax* 2025, pp. 53-56.

7 STS 1262/2025 – ECLI:ES:TS: 2025:1262.

8 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015).

III. ORDEN PÚBLICO

Una de las cuestiones que llama la atención en la lectura de la Sentencia es la impericia del abogado de los comitentes. En el análisis de tres de los cuatro motivos (el primero, el tercero y el cuarto) no se cita la norma legal infringida en el encabezamiento, con lo que se incurre en causa de inadmisión.

En el encabezamiento del motivo segundo se había denunciado la vulneración del principio de desarrollo de la personalidad del art. 10.1 de la Constitución y se habían citado una serie de sentencias del Tribunal Constitucional que el TS considera irrelevantes. Pero el TS no se limita a constatar este extremo y a desestimar el recurso. La referencia al libre desarrollo de la personalidad le da pie para afirmar de manera contundente que “*lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por sustitución es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté “validado” por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paterno-filial*”. La oposición del TS es radical, pues lo que infringe el orden público es la propia existencia del contrato de gestación, independientemente de las circunstancias.

Con ello se da una vuelta de tuerca a los razonamientos contenidos en las sentencias de 2014 y de 2022, a las que el TS se refiere. La posición del TS, en dichas decisiones, había sido, de hecho, validada por el legislador en la *Ley Orgánica 1/2023, por la que se modifica la ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*⁹. La gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres, según establece esta norma. Frente a un posicionamiento tan contundente del legislador tampoco cabía esperar que el TS contuviera su “ardor guerrero”¹⁰.

Los demás argumentos son secundarios y algo endebles porque no puede infringir el orden público internacional español lo que el ordenamiento jurídico español permite. El TS condena la gestación por sustitución porque “*priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.*” El argumento no deja de sorprender habida cuenta de que el Derecho español admite el anonimato en la donación de gametos¹¹. Se afirma asimismo que la gestación por sustitución “*atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada*”, lo que también ocurre en el contexto de la ovodonación. La regulación de la misma es uno de los factores que ha contribuido de manera decisiva al auge de los centros privados de reproducción asistida a los que acuden en búsqueda de un embarazo un porcentaje muy significativo de mujeres

9 BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

10 En palabras de Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, N.º 10069, Sección Tribuna, 16 de mayo de 2022.

11 Vid. IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Rev Bio y Der.*, 2016, 38, pp. 71-86

extranjeras¹². Finalmente se apunta que la gestación por sustitución “*puede atentar contra la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes*”, lo que es también común a otras técnicas de reproducción asistida que se practican en nuestro país.

El TS no acepta por lo demás ninguna atenuación del orden público. Se hace referencia, sin mencionarla explícitamente, a la teoría del orden público de proximidad o de la *Inlandsbeziehung*, haciendo hincapié en la exclusiva vinculación de los demandantes con España lo que impediría atenuar la aplicación de la excepción. Tampoco conduce a ninguna corrección el interés superior del niño, que no se considera parte integrante del orden público y cuya salvaguarda se encomienda no a las normas de Derecho internacional privado sino a los medios de establecimiento de la filiación del Derecho español, que se consideran, un poco irreflexivamente por lo anteriormente mencionado, respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

IV. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La posible lesión del interés superior del niño como consecuencia de la negativa a reconocer la sentencia extranjera se analiza en el Fundamento jurídico 5.º de la sentencia. El análisis se realiza exclusivamente desde la perspectiva de la jurisprudencia del TEDDHH con reproducción literal de varios párrafos del Auto de 2015 recaído tras las sentencias *Mennesson* y *Labbasse*¹³. El TS afirma, como ya hiciera en 2015, que no existe lesión a la vida privada y familiar puesto que el ordenamiento jurídico español permite establecer la filiación conforme a los medios previstos en el Derecho español: en lo que es relevante en el asunto objeto del caso de autos podría caber la determinación de la filiación biológica entre los menores y alguno de los progenitores de intención si es que hubiera tal relación biológica y la adopción si existiera una convivencia en un núcleo familiar¹⁴.

Son varias las observaciones a realizar. En primer lugar, hay que puntualizar que la jurisprudencia del TEDDHH no tiene por objeto analizar el papel que corresponde al interés superior del niño en relación con la aplicación de la excepción de orden público internacional. La lógica del TEDDHH es otra. EL TEDDHH analiza si la conducta del Estado en un caso concreto lesiona el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio. Las referencias del TEDDHH al interés superior del niño se refieren al derecho a la vida privada y familiar y no el método del reconocimiento pues el TEDDHH acepta que respecto al método los Estados gozan de un margen de apreciación. Por consiguiente, la jurisprudencia del TEDDHH no puede traerse a colación para justificar la disociación de orden público e interés superior. O,

12 Vid. Barcelona, capital del turismo de fertilidad: ‘boom’ de clínicas y de pacientes extranjeras”, El Confidencial 13. Februar 2023, https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2023-02-13/barcelona-turismo-fertilidad-clinicas-extranjeras_3573805/).

13 que curiosamente se anonimizan como los casos *Adrian* y *Alexander* c. Francia en la sentencia.

14 EL TS afirma que en el caso no consta que los menores estén integrados con los demandantes en un núcleo familiar estable, puesto que no se ha aportado prueba de tal extremo y el propio desistimiento del recurso formulado por uno de los demandantes, así como las circunstancias puestas de manifiesto por el Ministerio Fiscal en su informe introducen serias dudas sobre tal extremo.

dicho de otra manera, desde la perspectiva del derecho a la vida privada y familiar, es tan legítimo considerar el interés superior del niño en el contexto del mecanismo del reconocimiento como a posteriori. Al TEDDHH esto le es indiferente. Lo que le importa es que se salvaguarde el derecho a la vida privada familiar en caso de injerencia injustificada.

Desde la perspectiva de otros instrumentos, como el Convenio sobre los derechos del niño (art.3) o la Ley Orgánica de protección jurídica del menor (art.2), la conclusión sería posiblemente otra, pues el interés superior del niño ha de ser una consideración primordial en relación con toda medida que se adopte, lo que obviamente incluiría también a la decisión de dar o no validez a la sentencia extranjera. De ahí que todos los instrumentos internacionales y europeos relativos a materias que afectan a niños integren al interés superior del niño en la excepción de orden público internacional, estableciendo como causa de denegación del reconocimiento la manifiesta contrariedad con el orden público en cuya apreciación ha de tenerse en cuenta el interés superior del niño¹⁵.

En virtud de este razonamiento la jurisprudencia alemana solo deniega el reconocimiento en virtud del orden público en casos concretos en los que se atribuye al interés superior del niño una importancia absolutamente secundaria porque, por ejemplo, se forzó la entrega del niño, es decir el principio de orden público infringido es un principio absoluto¹⁶. En el mismo sentido parecen ir también las sentencias del Tribunal Supremo francés de 2 de octubre¹⁷ y 14 de noviembre 2024¹⁸. En ambas sentencias se hace énfasis en que el interés superior del niño es una consideración principal reduciéndose el control del orden público a que el juez debe poder, a través de la motivación de la resolución o de los documentos que se le aporten como equivalentes, identificar la condición de las personas mencionadas que han participado en el proyecto de maternidad subrogada y asegurarse de que se ha establecido que las partes del acuerdo de maternidad subrogada, en primer lugar la madre subrogada, han dado su consentimiento.

Por consiguiente, en nuestro entorno inmediato hay al menos dos Estados que manteniendo una posición prohibicionista a nivel interno, entienden que el interés superior del niño restringe la aplicación de la excepción y obliga al análisis del caso concreto. No es esta obviamente una postura exenta de críticas, cuyo análisis excede los límites de este comentario, ni es esta la única posición existente. Italia va por ejemplo más allá y ha tipificado la conclusión del contrato de gestación como delito. En España se contempló¹⁹, pero de momento se ha descartado, aunque no deja de ser un paso lógico si se considera que la gestación por sustitución es violencia sexual.

V. VALORACIÓN FINAL

En la flexibilización de la postura francesa posiblemente haya influido que el TEDDHH es sumamente exigente con los Estados que optan como España por no reconocer directamente la

15 Vid por ejemplo el art.39.1 a) Reglamento Bruselas II ter.

16 BGH, Beschl. v. 5.9.2018, XII ZB 224/1.

17 Cour de cassation, Ire Civ., 2 octobre 2024, pourvoi n°22-20.883, ECLI:FR:CCASS:2024:C100507.

18 Cour de cassation, Ire Civ., 14 novembre 2024, pourvoi n° 23-50.016, ECLI:FR:CCASS:2024:C100631.

19 “Cuatro medidas que no superaron la negociación de la Ley del Aborto y que buscan otra oportunidad”, https://www.infolibre.es/igualdad/flecos-deja-ley-aborto-gobierno-tratara-recuperar_1_1237461.html

filiación establecida en el extranjero y exigen su restablecimiento a partir de instituciones del Derecho del foro. En el caso del padre de intención con un vínculo biológico con el niño, el margen de maniobra del Estado es muy reducido pues está comprometido el derecho a la identidad del niño. En caso de relación familiar fáctica con el progenitor de intención, el Tribunal ha dicho que el proceso de toma de decisiones debe estar suficientemente centrado en el interés superior del menor, exento de formalismos excesivos y ha de ser capaz de alcanzar dicho interés con independencia de posibles defectos procesales. Los tribunales nacionales deben cooperar con las partes indicando las soluciones elegidas por el sistema, con independencia de las peticiones de las partes interesadas²⁰. Frente a este nivel de exigencia, que no está exento de críticas ni siquiera en el seno del propio Tribunal²¹, quizás la solución más pragmática fuera reconocer con condiciones. Pero obviamente si se considera que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana no hay mucho más que hablar.

No se deberían, sin embargo, olvidar las sabias palabras de un juez inglés que ya en el año 1824 sostuvo que la excepción de orden público internacional es un “*unruly horse*”, un caballo muy rebelde, que cuando te subes a él, nunca sabes adónde te llevará²². El caso de autos proporciona un ejemplo. La sentencia cuyo reconocimiento se solicita establecía que el menor tiene dos padres, pero uno de los comitentes desiste del recurso de casación y existen dudas de que tenga una relación familiar fáctica con el niño con lo cual es posible que su intención sea desentenderse. La aplicación de la excepción acaba facilitándolo, pues difícilmente se podrá constituir un vínculo de filiación adoptivo si no media solicitud. La aplicación de la excepción de orden público no es el punto final del recorrido sino el inicio de una vía tortuosa de final incierto.

20 TEDDHH, sección 1.^a, sentencia de 31 de agosto de 2023, C c. Italie, § 68.

21 Vid. Voto particular en TEDDHH, sección 2.^a, sentencia de 6 de diciembre de 2022, K.K. y otros v. Denmark.

22 Richardson v. Mellis, 4 (1824) 130 Eng. Rep. 294, 303.

COMPETENCIA SUBSIDIARIA PARA CONOCER DEL CONJUNTO DE LA SUCESIÓN. SENTENCIA DEL TJUE DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2024 (C-291/23)

ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ*

I. HECHOS

La sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2024 en el asunto *Hantoch* plantea un problema de interpretación del foro de competencia judicial internacional subsidiario recogido en el artículo 10.1 del Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante, RES)¹. La controversia nace en el marco de la sucesión *mortis causa* de un causante, doble nacional egipcio y alemán, que falleció teniendo su última residencia habitual en Egipto el 18 de marzo de 2017. El causante había trabajado y residido habitualmente en Alemania muchos años, si bien en el momento del cese de su actividad profesional se trasladó a Egipto; tenía una pensión de jubilación en Alemania, que transfería todos los meses desde una cuenta corriente desde ese país, que únicamente mantenía a tal efecto, a una cuenta corriente de Egipto. El fallecido dejó dos hijos e instituyó como heredero a través de testamento únicamente a uno de ellos. El otro hijo presenta demanda ante los tribunales alemanes, en concreto ante el Landgericht de Düsseldorf, en la que solicita a su hermano el pago de una cantidad pecuniaria en concepto de derecho de legítima. No se dan datos en torno a aspectos sobre ley aplicable a la sucesión y al testamento, dado que la cuestión interpretativa se plantea ya a efectos de la determinación de la competencia.

El hijo del causante instituido heredero impugna la competencia internacional de los tribunales alemanes y el Landgericht de Düsseldorf, partiendo de la base de que el causante tenía su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un tercer Estado, se plantea la posibilidad de declararse competente en virtud de la competencia subsidiaria prevista en el artículo 10.1 a) del RES, sobre la base de la nacionalidad alemana del causante y la existencia de bienes de la herencia en territorio alemán. Sin embargo, al tribunal alemán le asalta una duda de interpretación en la aplicación del mencionado precepto, en relación con el momento en el que se debe valorar la existencia de los bienes en el territorio del Estado miembro en cuestión: si en el momento del fallecimiento del causante o si en el momento de interposición de la demanda.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo. El presente comentario se ejecuta en el marco del proyecto de I+D+i “La revisión del Reglamento 650/2012, sobre sucesiones: balance de aplicación y propuestas de modificación” (Ref. PID2023 149454NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER, UE.

1 ECLI:EU:C:2024:938.

En el litigio principal que da origen a esta cuestión prejudicial esta duda interpretativa tiene una relevancia decisiva, en cuanto que en el momento del fallecimiento la cuenta bancaria del banco alemán tenía saldo positivo, mientras que, en el momento de interposición de la demanda, dicha cuenta ya se encontraba cancelada. El Landgericht de Düsseldorf decide suspender el procedimiento y plantear al TJUE la cuestión prejudicial en la que le somete si a efectos de interpretación del artículo 10 del RES, para determinar si hay bienes de la herencia en el Estado miembro al que se somete el asunto, hay que estar a la fecha de apertura de la sucesión o a la fecha de la interposición de la demanda.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El artículo 10 del RES recoge lo que se denomina la competencia subsidiaria, un listado de foros de competencia que pretenden ser exhaustivos (considerando 30) y que son aplicables en aquellos casos en los que no se puede aplicar el criterio general del artículo 4 del RES, por estar la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento en un Estado no vinculado por el Reglamento. La subsidiariedad se predica respecto del criterio de competencia general y nunca respecto de los tribunales de terceros Estados². El artículo 10.1 prevé la competencia de los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren bienes de la herencia para conocer del conjunto de la sucesión³, cuando el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento o, en su defecto, cuando el causante hubiera tenido su residencia habitual previamente en ese Estado miembro, siempre y cuando en el momento de interposición de la demanda no hubieran transcurrido más de cinco años desde que tuvo lugar el cambio de dicha residencia habitual.

No es la primera vez que el TJUE se tiene que pronunciar sobre problemas interpretativos del artículo 10 del RES. En el asunto C-645/20 el Tribunal tuvo que aclarar que la apreciación de las circunstancias recogidas en el artículo 10.1 a) para atribuir competencia a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deben ser apreciadas de oficio⁴. En esta ocasión, la duda viene de la falta de concreción temporal del momento en el que se debe valorar uno de los criterios de conexión para fundamentar la competencia de un Estado miembro: el de la existencia de bienes en el territorio de dicho Estado. Tratándose de bienes inmuebles, tal imprecisión no genera problema alguno, pero no ocurre lo mismo con los bienes muebles, que pueden ser trasladados a otro país.

El TJUE llega a la conclusión de que el momento en el que se debe valorar la existencia de los bienes de la herencia en un determinado Estado miembro a los efectos de fundamentar su competencia para conocer sobre el conjunto de la sucesión es el del fallecimiento del causante y no el de la interposición de la demanda. Los fundamentos jurídicos en los que se basa son

2 BONOMI, A./WAUTELET, P., *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 186.

3 Literalmente la versión española dice “en el que se encuentren los bienes de la herencia”, pero debe entenderse “en el que se encuentren bienes de la herencia” en virtud de lo dispuesto en otras versiones lingüísticas del RES. *Vid.* ÁLVAREZ TORNÉ, M., *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo Reglamento de la UE*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 178.

4 Sentencia del TJUE de 7 de abril de 2022, C-645/20, VA, ZA y TP; ECLI:UE:C:2022:267

sencillos y escuetos (el TJUE apenas utiliza diez considerandos para justificar una decisión que no ha sido precedida de conclusiones de un Abogado General) y son el fruto de la interpretación del artículo 10 del RES bajo tres prismas: una interpretación literal, una interpretación sistemática y una interpretación teleológica.

Desde un punto de vista literal, el TJUE parte de la base de que el precepto no determina temporalmente en qué momento hay que valorar la existencia de bienes en el Estado miembro, si bien destaca que sí se establece expresamente que “el momento del fallecimiento” es la fecha pertinente tanto para determinar el Estado miembro “en el que estaba la residencia habitual del interesado, como para apreciar su nacionalidad”; de igual forma, entiende el TJUE que el apartado b) del precepto también hace especial hincapié en el momento del fallecimiento del causante, porque si en tal momento no tiene el causante la nacionalidad del Estado miembro en cuestión, habrá que valorar la residencia habitual que hubiera tenido previamente. De ello, concluye el TJUE que el art. 10.1 RES basa la competencia subsidiaria del Estado miembro del lugar donde se encuentren bienes de la herencia en condiciones que se cumplan “a más tardar” en el momento de fallecimiento.

Sobre este primer criterio interpretativo, debemos destacar alguna cuestión que no es del todo rigurosa. En primer lugar, el momento del fallecimiento es la fecha pertinente en la que el causante (y no el interesado que, en este caso, podría entenderse que es el demandante) debe tener su residencia habitual no en un Estado miembro, sino en un tercer Estado, pues de tenerla en un Estado miembro no se podría activar la competencia subsidiaria, sino que entraría en juego la competencia general del artículo 4 del RES. En segundo lugar, sí es cierto que la residencia habitual del causante (en un tercer Estado) y la nacionalidad se valoran en el momento del fallecimiento, pero, sin embargo, respecto del apartado b) el TJUE omite deliberadamente el dato de que el cómputo de los cinco años en los que debe valorarse la residencia habitual anterior del causante no se inicia desde el momento del fallecimiento, sino desde el momento de la interposición de la demanda. Es decir, este segundo apartado del artículo 10.1 del RES pone el acento de la vinculación no en el momento del fallecimiento, sino en el momento de la interposición de la demanda. Por último, la referencia “a más tardar” en el momento del fallecimiento puede inducir a confusión; el momento temporal en el que hay que valorar las circunstancias del causante y de la herencia es el del fallecimiento, ni antes, ni (según la postura del TJUE) después.

Precisamente con base en una interpretación literal, la doctrina ha llegado al resultado interpretativo contrario al del TJUE, en cuanto que el precepto utiliza el pasado para referirse a la residencia habitual de causante en el momento del fallecimiento y el presente para referirse a los bienes que se encuentren en el Estado miembro en cuestión (en la versión inglesa del RES se utiliza la locución “are located”). Tales autores han defendido que esa diferenciación entre el uso del tiempo verbal en pasado y en presente solo tiene sentido bajo la interpretación de que los bienes deben encontrarse en el Estado miembro en el momento de la presentación de la demanda⁵.

5 GITSCHTHALER, E., “Artikel 10”, en DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M. (dirs.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, 2.ª ed., Manz'sche Verlags, Viena, 2020, p. 149.

Desde un punto de vista sistemático, el TJUE relaciona los artículos 4 y 10 y los Considerandos 23 y 30 del RES, donde se toma como referencia, con carácter general, el momento del fallecimiento para determinar si se cumplen los criterios de competencia general o subsidiaria. De ello concluye que, salvo indicación en contrario, debe atenderse al momento del fallecimiento. Pero de mayor peso es la aseveración que lanza el Tribunal en virtud de la cual el objeto de los criterios de competencia del RES es el de establecer los vínculos de conexión del difunto con el Estado miembro que ejerce la competencia; y bajo este presupuesto, estamos de acuerdo con el TJUE en que lo lógico es que se tenga en cuenta la ubicación de los bienes de los que el causante era propietario en el momento del fallecimiento.

Por último, desde el punto de vista teleológico, el Tribunal pone en valor los objetivos recogidos en los considerandos 7 y 37, en relación con la necesidad de garantizar la posibilidad de ordenar por anticipado la sucesión con previsibilidad y seguridad jurídica, así como en relación con la búsqueda de tutela eficaz de los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como los acreedores de la herencia. El TJUE señala acertadamente que la consecución de estos objetivos podría verse comprometida en el caso de que la competencia judicial pudiera depender de circunstancias posteriores al fallecimiento del causante, como, por ejemplo, la liquidación o transmisión a otro Estado de los bienes de la herencia. Todo ello, redundaría en la necesidad de situarse en el momento del fallecimiento del causante y no en el momento de la interposición de la demanda.

III. VALORACIÓN FINAL

El TJUE ha solventado el problema interpretativo del artículo 10.1 del RES sin mayor complicación, pero también sin mayor reflexión. Su respuesta es solo una de las posibles. La mayor ventaja de la postura mantenida por el TJUE es que se evita la posibilidad de manipular el patrimonio hereditario con el fin de poder acceder a un foro u otro⁶. Y es cierto que ello da más seguridad jurídica. Es cierto también que el causante debe ser el elemento central de la sucesión y, desde ese punto de vista, el momento del fallecimiento genera mayor vinculación con el causante frente al momento de interposición de la demanda. Pero no es menos cierto que, esta opción tiene un riesgo fundamental: la posibilidad de que el conozca un tribunal con escasa vinculación con la cuestión cuando se interpone la demanda, por no haber ya en ese momento bienes hereditarios en su territorio. El TJUE nos ha privado de un análisis en el que se reflexione sobre las otras posibles opciones interpretativas, y las consecuencias y riesgos de cada una de ellas.

Más allá de la respuesta a este concreto asunto, esta cuestión prejudicial nos sirve para poner de relieve algunos de los riesgos de la competencia subsidiaria tal cual está formulada⁷. Una

6 De la misma idea, entre otros, ODERSKY, F., “Article 10”, en *Commentaire du Règlement Européen sur les successions*, VVAA, Dalloz, Paris, 2015, pp. 78-80, esp. p. 79.

7 No son los únicos, pues habría que sumarle algunas otras incertidumbres, en términos de vinculación con el tribunal ante el que se somete el asunto, en el caso de que los bienes (o el bien) situados en el Estado miembro en cuestión tengan un valor insignificante respecto del conjunto de la herencia.

posible interpretación alternativa, más conservadora, podría ser aquella que entendiera que las autoridades del Estado miembro donde se encuentren bienes de la herencia en el momento del fallecimiento del causante (y que, además, se corresponda con la nacionalidad o la residencia habitual anterior del causante) serán competentes siempre y cuando siga habiendo bienes hereditarios en el momento de la interposición de la demanda. De esa forma evitaríamos los riesgos de manipulación de los bienes de la herencia y no correríamos el riesgo de que un tribunal con escasa vinculación pudiera conocer del asunto⁸.

En definitiva, la sentencia es fruto de un análisis más bien pobre y cuyo resultado puede, según el caso, llevar a la paradoja de que un tribunal que conozca sobre la base del *forum rei sitae* lo haga cuando tales bienes ya no están en su territorio. Pero el TJUE ha preferido, si se me permite la expresión, solventar de un plumazo la cuestión, con todas sus luces y también sus sombras.

8 De la misma opinión, GITSCHTHALER, E., *loc. cit.*, p. 149.

LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL ARBITRAL DE NORMAS MATERIALES IMPERATIVAS Y EL CONTROL DE ORDEN PÚBLICO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES. NOTA A LA SENTENCIA TC 146/2024, DE 2 DE DICIEMBRE

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO*

I. ANTECEDENTES

El control de los laudos arbitrales a través del recurso de anulación, reservado a los Tribunales Superiores de Justicia, ha experimentado en los últimos años la marcada y decisiva intervención por parte del Tribunal Constitucional. Sin entrar a valorar la admisibilidad de los recursos de amparo que han dado lugar a dicha intervención, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha contribuido en buena medida a clarificar el alcance del control del laudo arbitral a través de los recursos de anulación, moderar la extralimitación de dicho control por una parte de la magistratura y establecer los principios básicos que delimitan la función arbitral respecto de la jurisdiccional.

La STC 146/2024, de 2 de diciembre¹, abunda en la concreción de la causal de anulación relativa al orden público por lo que se refiere a la aplicación de las normas materiales de orden público económico por parte de los tribunales arbitrales. La decisión controvertida trae causa en un laudo dictado en procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid que resolvió una controversia entre Cabify y Auro, en que básicamente se debatía la validez de ciertas cláusulas contractuales que podían restringir la competencia y perjudicaban a Auro. El tribunal arbitral, por mayoría, estimó la nulidad de ciertas cláusulas por ser contrarias al artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y desestimó las pretensiones de Cabify. El tribunal arbitral, a partir de un análisis del “mercado relevante” consideró inaplicables las disposiciones europeas sobre la libre competencia, aspecto sobre el que se basó de forma particular el recurso de anulación interpuesto ante el TSJ de Madrid, que invocaba la arbitrariedad consistente en la inaplicación del artículo 101 del TFUE.

La STSJ de Madrid núm. 66/2021, de 22 de octubre², estimó este motivo en el recurso de anulación, considerando en esencia que los razonamientos del tribunal arbitral implicaban una motivación absurda e irracional a la hora de excluir la aplicación de la normativa europea o, lo que es lo mismo, una ausencia de motivación que implicaba la omisión de tales normas materiales imperativas de fuente europea, y no desaprovechó la ocasión para mantener el reto al TC, ya presente en otras resoluciones, al justificar la posibilidad de una “discrepancia

* Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada.

1 ECLI:ES:TC:2024:146.

2 ECLI:ES:TSJM:2021:9028.

razonada”, que en esencia implica mantener la sujeción del arbitraje a los principios de tutela judicial efectiva que emanan del artículo 24 de la CE en contra de los dictados del propio TC en su jurisprudencia reciente. El recurso de amparo se construye sobre la base de la propia jurisprudencia constitucional, calificando la decisión del TSJ como una revisión de los argumentos del tribunal arbitral sobre el particular, que desborda el marco de las competencias del Tribunal de anulación vulnerando la tutela judicial efectiva.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SOBRE PRINCIPIOS BÁSICOS DEL ARBITRAJE

La doctrina del TC en este caso no puede entenderse de forma aislada, sino como un eslabón más de la cadena de decisiones que conforman una singular dialéctica entre el TC y el TSJ de Madrid o, mejor dicho, con algunos magistrados del TSJ de Madrid³. No es baladí que en sus primeros fundamentos jurídicos el TC haga una síntesis de su doctrina precedente sobre la naturaleza del arbitraje y el alcance del recurso de anulación, que puede resumirse en los siguientes puntos:

En primer lugar, la constitucionalidad del arbitraje en virtud del principio de autonomía de la voluntad, que implica una renuncia a la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 24 CE.

En segundo lugar, la caracterización del recurso de anulación de laudos arbitrales como un control externo de la validez del laudo, basado en causales tasadas, en el que no cabe una revisión del fondo de la decisión arbitral amparado en la desnaturalización de tales causales y que, por lo demás, en su configuración, no obedece a imperativos de tutela judicial efectiva (artículo 24 de la CE), sino que es mero fruto de la configuración legal del arbitraje.

En tercer lugar, la caracterización del arbitraje como una alternativa a la jurisdicción y la negación del arbitraje como “equivalente jurisdiccional”, más allá de la fuerza de cosa juzgada que comparte laudos arbitrales y sentencias.

En cuarto lugar, el carácter asimismo puramente legal, ajeno al artículo 24 CE, de la obligación de motivación del laudo arbitral, sin perjuicio de que, en la práctica, el canon interpretativo para juzgar la arbitrariedad o irrazonabilidad de una argumentación legal pueda ser, para los laudos arbitrales, el mismo que se utiliza para determinar la motivación de una sentencia judicial. Dicho de otro modo, aunque el criterio para determinar la no motivación es el mismo para laudos y sentencias, la fuente o base legal para dicho control difiere: mientras que para las sentencias judiciales dicha base es el artículo 24 de la Constitución, para los laudos la fuente se encuentra exclusivamente en el artículo 37.4.º de la Ley de Arbitraje.

3 SSTC 46/2020, de 15 de junio, ECLI:TC:2020:46; 17/2021, de 15 de febrero, ECLI:TC:2021:17; 55/2021, de 15 de marzo, ECLI:TC:2021:55; 65/2021; 50/2022, de 4 de abril, ECLI:TC:2022:50; y 79/2022, de 27 de junio, ECLI:TC:2022:79.

En quinto lugar, principio de interpretación restrictiva de la causal de orden público, en su vertientes sustantiva y procesal, que impide que el TSJ actúe como una instancia revisora del laudo en cuanto al fondo.

III. EL JUEGO DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Con buen criterio, a este respecto el TC divide en dos la base de su razonamiento. En primer término, al amparo de su propia jurisprudencia anterior, el TC deja claro que las normas europeas sobre libre competencia son normas de orden público económico y, en consecuencia, conforman ese bloque de constitucionalidad que debe ser respetado y cuya contrariedad permite invocar la causal de anulación prevista en el artículo 41.1.º f) de la Ley de Arbitraje. Respecto de las normas de competencia europeas, esta calificación es clara. En particular, las normas que garantizan la libre competencia forman parte del orden público internacional o transnacional económico. Así lo ha puesto de relieve, en el caso de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya desde sus sentencias de 23 de marzo de 1982 (As. 102/81: “*Nordsee*”)⁴ y 1 de junio de 1999 (As. C-126/9: “*ECO-Swiss*”)⁵, así como la jurisprudencia nacional de los Estados miembros desde hace tiempo⁶. El TC, en consecuencia, afirma el carácter de norma de orden público del artículo 101 del TFUE, y de la propia reglamentación de la legislación española en la materia —extremo que, por otra parte, viene afirmado por el propio tribunal arbitral—, y admite la legitimidad de que el TSJ pueda llevar a cabo un control de la compatibilidad del laudo con la debida aplicación de tales normas de orden público europeo.

Pero, en segundo lugar, el hecho de que dicho control sea legítimo no significa que el TSJ pueda vulnerar los límites establecidos por la propia doctrina del TC a la hora de resolver el recurso de anulación. En particular, el TC niega que el tribunal arbitral haya rechazado de forma “axiomática” o inmotivada la aplicación de las normas europeas. Con acierto o sin él, es obvio que el tribunal arbitral hizo un razonamiento sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE e incluso sobre su carácter informador en la aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que estimó aplicable por las razones que expuso. El TSJ simplemente no compartió esta interpretación del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE, la revisó y llegó a la conclusión de que el razonamiento del tribunal sobre la legislación aplicable era, más que erróneo, inexistente. Como quiera que ello implicó la inaplicación de las normas europeas, este hecho bastó al TSJ para considerar vulnerado el orden público europeo sin más consideraciones.

4 ECLI:EU:C:1982:107.

5 ECLI:EU:C:1999:269.

6 Por ejemplo, la sentencia de la Cour d’Appel de Paris de 15 de marzo de 1996 ya señaló que “*La Cour d’appel saisie d’un recours en annulation doit vérifier d’une part que les arbitres n’ont pas fait produire effet à un contrat contraire aux dispositions d’ordre public du droit de la concurrence et d’autre part que, en statuant comme ils l’ont fait, ils n’ont pas violé une des règles d’ordre public de ce même droit de la concurrence*” (Revue de l’arbitrage, 1996, p. 143).

Tanto la decisión del TSJ como la del propio TC hubieran merecido un mayor detenimiento. En primer término, cuando se trata de las normas de orden público económico, como las que regulan la libre competencia, su caracterización es sustantiva, y no procesal. Tales normas tienden por definición a un objetivo material, en este caso al respeto de la libre competencia que se obtiene mediante la nulidad de las cláusulas contractuales que se consideran restrictivas de la competencia. El tribunal arbitral está obligado a tomar en consideración tales normas, no puede omitirlas ni obviarlas. Pero eso no quiere decir que como tales normas tengan un significado o alcance absoluto, esto es, que estén exentas de interpretación.

Tiene razón el TC al observar que el tribunal arbitral no omitió la consideración de tales normas, y que excluyó su aplicación en virtud de un razonamiento que se puede seguir, aunque no necesariamente deba ser compartido. La omisión de una norma de orden público no es lo mismo que la interpretación más o menos acertada del sentido y alcance de dichas normas. Sin embargo, la cuestión esencial, no aclarada ni en la sentencia del TSJ ni en la propia decisión del TC, tiene que ver con la comprensión del orden público sustantivo y el carácter de normas materiales de las normas internas y europeas que regulan de forma imperativa la nulidad de las cláusulas contrarias a la libre competencia. A diferencia del orden público procesal (derecho de defensa) y de la obligación de motivación del laudo, la vulneración del orden público sustantivo se predica del fallo contenido en el laudo y de sus consecuencias. En este sentido, resulta plenamente relevante analizar las consecuencias reales del pronunciamiento del tribunal sobre la validez de tales cláusulas y analizar si el resultado de aplicar la normativa interna en materia de libre competencia conduce a un resultado diferente al que habría llevado la aplicación de las normas europeas, que no han sido aplicadas⁷. Si, en aplicación de la normativa interna, resultaran validadas cláusulas que serían claramente contrarias a la libre competencia de ser aplicadas las normas europeas, se produciría una vulneración del orden público europeo en materia de libre competencia, pero no en el caso contrario. Si el fallo declara la nulidad de tales cláusulas, la vulneración del orden público sustantivo no “cristaliza”, por decirlo de alguna forma. La propia comprensión del asunto *Eco Swiss* tiene que ver con este aspecto diferencial, que pone de relieve con acierto la defensa del recurrente en amparo. La jurisprudencia francesa en la materia más reciente es muy expresiva del carácter restrictivo de la interpretación del orden público sustantivo en materia de libre competencia como motivo de anulación de un laudo arbitral. El alcance de las disposiciones que tienden a eliminar las prácticas restrictivas de la libre competencia, como reglas de orden público internacional, ha sido puesto de manifiesto recientemente por la sentencia de la Cour de Cassation (1re ch. civ.) de 17 de mayo de 2023 en el asunto *Société Monster Energy c. société Sainte Claire*⁸. Esta sentencia no pone en cuestión que la omisión por los árbitros de las normas de libre competencia justifique el motivo de orden público previsto en los artículos 1520.5.º y 1525.4 del Código de Procedimiento Civil y pueda justificar una decisión de anulación o de no reconocimiento del laudo arbitral, pero para ello es necesario que se produzca “una violación debidamente caracterizada del orden público internacional”. De esta forma, se confirma la doctrina ya contenida en la

7 *Vid.* en este sentido el comentario a la decisión del TSJ por PROL PÉREZ, F.G.: “A vueltas con la decisión del juez sobre el fondo del laudo y del procedimiento arbitral”, *La Ley (Mediación y Arbitraje)*, núm. 19, ene-mar 2022, pp. 664-685.

8 *Revue de l'arbitrage* 2023, n.º 4, pp. 1032 ss.

sentencia de la Cour d'appel de Paris de 21 de febrero de 2017 (*République de Kirghizistan c/ M. Belokon*)⁹, confirmada a su vez por sentencia de la Cour de Cassation (civ. 1ere) de 23 de marzo de 2022, en el sentido de que cabe la invocación del orden público si una de las partes queda beneficiada por el producto de una actividad comercial, en régimen de exclusividad o restrictiva de la competencia, contraria a la ley considerada de orden público. Así, el hecho de que, en nuestro caso, las cláusulas litigiosas hayan sido consideradas nulas por el tribunal arbitral en aplicación de la ley española, aunque no hayan fundado dicha nulidad en el Derecho europeo presuntamente aplicable, no provoca perjuicio alguno a ninguna de las partes, como sí habría ocurrido si, en aplicación de la ley española, se hubieran validado tales cláusulas y beneficiado a Cabify mediante la indemnización por el incumplimiento de cláusulas nulas conforme al Derecho europeo.

Siendo así, no existe en este caso una violación suficientemente caracterizada del orden público, de forma que el motivo real del recurso de anulación no sería propiamente el “orden público sustantivo”, sino meramente el incumplimiento de la obligación legal de motivar el laudo y, en concreto, de motivar dicho laudo sobre la base de las normas imperativas sobre libre competencia aplicables al caso. Pero, en tal hipótesis, dado que la motivación, incluso relativa al alcance de las normas imperativas o de orden público económico, es una mera exigencia legal sin amparo en el artículo 24 de la Constitución, la causal correcta para justificar la anulación no es la letra f) del artículo 41.1.º de la Ley de Arbitraje, sino la letra d), al no haberse ajustado el tribunal al procedimiento aplicable a un arbitraje con sede en España que exige imperativamente la obligación de motivación¹⁰. Una vez despejado y limpiado el caso, cosa que no se evidencia debidamente en el razonamiento del TC, tiene sentido la decisión del Tribunal Constitucional, pues el laudo sí contiene una motivación que contempla y juega con la eventual aplicación del artículo 101 TFUE. Que dicha motivación sea acertada o no, no tiene trascendencia en el juego de esta causal, sino que interesa que el planteamiento lógico del tribunal sea susceptible de seguirse, aunque no sea compartido. Y ciertamente el razonamiento del tribunal se sigue y es comprensible, por lo que ni está omitido ni es absurdo ni es irracional. Distinto es que pueda ser erróneo, pero ello, ya se sabe, no interesa en esta causal de anulación. La abogacía es el arte de alterar las premisas, y muchas controversias se ganan al presentar razonamientos viciados o sofismas que pueden seguirse sin que jueces o árbitros se percaten de los saltos lógicos. Son razonamientos a menudo sobre premisas falseadas o poco claras que, evidentemente, llevan a conclusiones erróneas. Pero mientras el razonamiento del tribunal pueda seguirse, sabiendo como ha llegado desde A hasta B, el razonamiento puede ser erróneo, pero no tildado de absurdo o irracional. Y, en suma, no cabe su control por este motivo.

9 *Revue de l'arbitrage*, 2017, p. 915.

10 *Vid.* más en concreto HINOJOSA SEGOVIA, R., “Precisiones del Tribunal Constitucional sobre el ámbito de la acción de anulación contra los laudos arbitrales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2021, de 15 de febrero”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (coord.), *El proceso arbitral en España a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 145-150; SÁNCHEZ LORENZO, S. A., “La falta de motivación del laudo como motivo de anulación: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid CP 1.ª de 4 de mayo de 2021”, *La Ley (Mediación y arbitraje)*, núm. 9, oct-dic 2021.

Es importante destacar esta diferenciación entre orden público sustantivo y motivación del laudo en relación con las normas materiales imperativas, con el fin de evitar efectos no deseados. Imaginemos que Cabify hubiera incluido en su contrato con Auro un acuerdo de arbitraje para someter las diferencias al arbitraje en Nueva York administrado por el ICDR conforme a sus reglas, de forma que se dictara un laudo inmotivado, que avalara la validez de las cláusulas contrarias a la libre competencia, y que tal laudo pretendiera ejecutarse en España. Como quiera que la sede del arbitraje se encuentra en los EE.UU. y que las Reglas de Arbitraje del ICDR elegidas por las partes admiten como principio la aceptación de un laudo no motivado, no cabría oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo en España por falta de motivación, toda vez que se trata de una exigencia de mera configuración legal, que solo es esgrimible si vulnera el acuerdo procesal de las partes, bien directo, bien indirecto por el mero hecho de que el arbitraje tenga sede en España, y tal no sería el caso. En semejante hipótesis, no habría referencia alguna acerca de si el tribunal arbitral tuvo en cuenta, aplicó o dejó de aplicar, el artículo 101 del TFUE o el artículo 1 de la Ley española de Defensa de la Competencia. Pero si el fallo condenara a Auro por incumplir las obligaciones impuestas por cláusulas contractuales susceptibles de contrariar las normas imperativas españolas o europeas sobre libre competencia, hay pocas dudas de que podría prosperar un recurso de anulación basado en una vulneración del orden público sustantivo debidamente caracterizada, que exigiría de los recurrentes y del del TSJ analizar el fondo del asunto para garantizar el objetivo y fin de las normas contrarias a prácticas restrictivas de la competencia y su compatibilidad con el resultado del fallo del tribunal arbitral. En contrapartida, si la decisión del ICDR hubiera eximido a Auro de tales obligaciones derivadas de cláusulas contrarias a la libre competencia, no se aprecia cuál podría ser el fundamento de un recurso de anulación en virtud del orden público sin una suficiente caracterización de tal violación.

Decíamos al principio que esta decisión debe ser interpretada en un cierto contexto, provocado por el desafío al TC por parte de algunos magistrados del TSJ de Madrid. El fundamento 8.º de la decisión, reservado a la “discrepancia razonada” con que tales magistrados, haciendo gala de un sofismo indudable, no se muestran proclives a asumir la doctrina constitucional, no tiene desperdicio. Reconociendo la legitimidad de los cambios jurisprudenciales, incluso en sede el propio TC, subraya el TC que lo que no está reconocido en modo alguno “*es que puede plantearse una ‘discrepancia razonada’ de un órgano de la jurisdicción ordinaria con una doctrina de este Tribunal Constitucional, dejando de aplicar tal doctrina pertinente, porque no le parezca adecuada. De hecho, al hacerlo así de manera deliberada, nos obliga no a que cambiemos nuestra doctrina, sino a que admitamos el amparo por negativa manifiesta al deber de acatar la que está establecida. Dicho con otras palabras: no corresponde a un órgano judicial el sugerir o proponer a este Tribunal Constitucional un cambio o abandono de una determinada doctrina suya, mediante el expediente de resolver a espaldas de ella.*”. Sobran las palabras...

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE LOS USUARIOS DE REDES SOCIALES POR CONTENIDOS DE TERCEROS: COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TEDH (AFFAIRE ALEXANDRU PĂTRAȘCU C. ROUMANIE (REQUÊTE NO 1847/21))

MALGORZATA WEGRZAK*

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante) en el asunto Alexandru Pătrașcu contra Rumanía¹ constató una vulneración del derecho a la libertad de expresión. El Tribunal marca un avance en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH en adelante), al abordar los desafíos jurídicos que plantea la responsabilidad por contenidos en redes sociales, tanto propios como de terceros. El Tribunal, en la sentencia analizada, reafirmó la importancia de mantener un equilibrio adecuado entre la libertad de expresión y la protección de la reputación en la era digital.

En la sentencia que constituye el objeto del presente comentario, el Tribunal mantiene una línea jurisprudencial coherente con los fallos anteriores, como *Delfi AS c. Estonia*, *Sánchez c. Francia* o *Jeziar c. Polonia*². No obstante, los hechos del caso presentan ciertas peculiaridades y la argumentación del Tribunal resulta menos desarrollada que en los asuntos previamente citados. El TEDH subrayó que los tribunales rumanos no equilibraron adecuadamente el derecho del demandante a la libertad de expresión con el derecho al respeto del honor y la reputación. Del mismo modo, atribuyeron la responsabilidad al demandante, a pesar de que, según del TEDH, no existía una base jurídica suficientemente clara, accesible y precisa que justificara tal imputación. Por tanto, se concluyó que las decisiones judiciales nacionales cons-

* Prof. ayudante doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante (malgorzata.wegrzak@ua.es)

1 TEDH, *Alexandru Pătrașcu c. Rumanía*, demandanúm. 7600/09, sentencia de 23 de enero de 2025. ECLI:CE:ECHR:2025:0107JUD000184721, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-238635%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-238635%22])

2 En *Delfi AS c. Estonia* (TEDH, *Delfi AS c. Estonia*, demanda núm. 64569/09, sentencia de 16 de junio de 2015 (Gran Sala)) el TEDH concluyó que no hubo violación del artículo 10 del CEDH, dado que el demandante era un proveedor profesional de contenidos y no adoptó medidas suficientes para evitar daños a terceros. En *Sánchez c. Francia* (TEDH, *Sánchez c. Francia*, demanda núm. 45581/15, sentencia de 2 de mayo de 2023), tampoco se constató una vulneración, ya que el demandante debía asumir cierta responsabilidad por permitir expresiones de odio en su perfil político público. Por el contrario, en *Jeziar c. Polonia* (TEDH, *Jeziar c. Polonia*, demanda núm. 31955/11, sentencia de 4 de junio de 2020 (Comité)), el Tribunal sí estimó una vulneración del artículo 10, al considerar que el demandante actuó con diligencia al eliminar de inmediato el contenido ofensivo y que las sanciones impuestas fueron desproporcionadas, pudiendo generar un efecto disuasorio sobre la libertad de expresión en línea.

tituyeron una injerencia desproporcionada en su libertad de expresión y no eran necesarias en una sociedad democrática.

Cabe destacar, que el régimen de responsabilidad por contenidos generados por terceros en perfiles y blogs sigue siendo motivo de controversia, especialmente, ante la ausencia de una regulación jurídica bien definida a nivel de la Unión Europea. Esta circunstancia se explica, entre otros elementos, por el carácter restringido del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, que asocia la noción de “prestador de servicios de la sociedad de la información” exclusivamente con el desarrollo de una actividad económica conforme al derecho de la Unión Europea³. No obstante, los distintos sistemas de responsabilidad de los Estados Miembros no están armonizados⁴. Tampoco, en el marco del Reglamento de Servicios Digitales (en adelante, DSA), los usuarios privados están legalmente obligados a implementar mecanismos de transparencia, moderación o diligencia debida, a diferencia de los proveedores de servicios intermediarios, y en particular, de las plataformas en línea⁵.

En consecuencia, la responsabilidad de los usuarios no profesionales por los contenidos publicados en sus perfiles por terceros no se encuentra sujeta a un régimen específico a nivel de la Unión Europea. En estos casos, se aplican los mismos principios generales de la responsabilidad extracontractual previstos en los derechos nacionales para el ámbito offline. El entorno digital constituye, simplemente, un medio a través del cual puede cometerse la posible infracción, sin que ello implique una alteración de las reglas generales de imputación de responsabilidad⁶.

II. CONTEXTO DEL ASUNTO

El caso se refiere a una demanda presentada ante el TEDH, en particular basada en el artículo 10 del CEDH, por parte de Alexandru Pătrașcu, un ingeniero informático, entusiasta de la ópera y la música clásica. El demandante fue considerado civilmente responsable por los

3 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), DOUE-L-2000-81295.

4 Vid. ARROYO AMAYUELAS, E., “La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿Puertos seguros a prueba de futuro?”, en: ARROYO AMAYUELAS E., CAMARA LAPUENTE S. (coord.) *El derecho privado en el nuevo paradigma digital*, 2020, ISBN 978-84-9123-845-4, págs. 343-384; PEUGERA POCH, M., “Los prestadores de servicios de internet y la normativa sobre responsabilidad”, en: LÓPEZ-TARRUELLA MARTINEZ A. (dir.), *Derecho TIC. Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2016, pp. 77-101.

5 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DOUE-L-2022-81573.

6 LÓPEZ RICHART, J., “La responsabilidad de las redes sociales y otros prestadores de servicios de alojamiento por los contenidos generados por sus usuarios”, en: HERRADOR GUARDIA, M.J. (ed.) *Derecho de daños*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 377-442; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “Derecho al honor en Internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución o involución?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Núm. 44, 2017, pp. 235-236.

tribunales rumanos debido a la publicación de comentarios propios y por no haber eliminado las publicaciones ofensivas de terceros presentados en su página de Facebook y en su blog de contenido cultural centrado en la ópera. Según los hechos del caso, él también utilizaba dicho espacio para informar sobre un conflicto laboral surgido en 2016 en la Ópera Nacional de Bucarest, que había desencadenado un escándalo de relevancia pública. En respuesta a sus publicaciones y artículos, se publicaron numerosos comentarios por parte de terceros en su página de Facebook y en su blog. Como resultado, dos personas, que se consideraron perjudicadas por el contenido de esos comentarios, presentaron una demanda en un tribunal rumano exigiendo la eliminación de todos los comentarios que consideraban ofensivos y difamatorios en un plazo de tres meses. Además, pidieron que se prohibiera tal comportamiento en el futuro y que se les indemnizara por la violación de su honor, dignidad y reputación. El demandante, en su defensa, destacó que, al igual que otros, se limitó únicamente a expresar su opinión sobre los hechos ocurridos en la Ópera Nacional de Bucarest. En respuesta a las acusaciones de que sus comentarios eran difamatorios y ofensivos, el demandante sostuvo que sus publicaciones no tenían la intención de cuestionar las habilidades artísticas de las litigantes, sino de comentar la manera en que éstas se involucraron en el conflicto político. Además, señaló que sólo se refería a las acciones y declaraciones de las afectadas como figuras públicas.

Los tribunales rumanos condenaron a Pătrașcu a pagar unas indemnizaciones por daños, argumentando que tanto sus publicaciones como su omisión de eliminar los comentarios ofensivos constituían una violación de los derechos fundamentales al honor y a la reputación de las litigantes. No obstante, incluso en los propios análisis de los tribunales hubo dudas interpretativas: respecto al contenido de los comentarios (cuáles eran ofensivos y cuáles eran admisibles) y en la interpretación de los artículos del Código Civil rumano que constituían la base de la responsabilidad.

En particular, el tribunal de primera instancia determinó que todos los comentarios eran ofensivos y violaban el derecho a la vida privada, la dignidad y la imagen, conforme a los artículos 71-73 del Código Civil rumano, considerándolos un acto ilícito bajo el artículo 1349. Se concluyó que Pătrașcu no actuó de buena fe y que sus publicaciones tenían como fin una campaña difamatoria. En relación con los comentarios de terceros, el tribunal consideró que la “ilegalidad” residía en mantener los contenidos en su página de Facebook y en su blog.

El demandante apeló, alegando una violación del artículo 10 del CEDH y sostuvo que en particular no existía obligación legal de eliminar los comentarios de terceros, ni de revisar constantemente las respuestas a sus publicaciones. El Tribunal de Apelación rumano aceptó parcialmente la apelación, considerando que algunos comentarios estaban dentro de los límites permitidos, pero 22 excedían esos límites, incluyendo cuatro del propio demandante, que según el tribunal violaban los derechos y los intereses legítimos de terceros y generaban responsabilidad extracontractual conforme al artículo 1357 del Código Civil. También consideró que Pătrașcu era responsable por no eliminar los comentarios ofensivos de terceros tras ser informado, incumpliendo incluso las “costumbres locales” de Facebook.

El caso llegó al Tribunal Supremo rumano, que afirmó que el demandante, como proveedor de contenido, tenía la obligación de actuar incluso antes de que interviniera la propia plataforma. Según el Tribunal Supremo, la obligación del usuario de Facebook era similar a la de la propia

plataforma, que es responsable de eliminar los comentarios que contravienen los estándares de la comunidad después de ser informada de su publicación.

En su recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el demandante invocó, entre otras cosas, el artículo 10 del CEDH, argumentando que las sentencias de los tribunales rumanos constituían una intromisión en su libertad de expresión y que en realidad no había base para considerarlo responsable extracontractualmente según el Código Civil rumano. El demandante insistió en que su condena no tenía base legal clara, ni previsibilidad suficiente en la legislación rumana. Cuestionó que sus propios comentarios fueran considerados ilícitos sin analizarse si abordaban asuntos de interés público. También argumentó que no podía esperarse que un usuario de Facebook tuviera las mismas obligaciones que un proveedor de servicios electrónicos, que su condena era desproporcionada y no necesaria en una sociedad democrática.

III. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictaminó, el 7 de enero de 2025 y por unanimidad, que se había producido una doble violación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), relativo a la libertad de expresión. En su análisis, el Tribunal establece una distinción clave entre dos categorías de contenidos en el entorno digital: aquellos generados directamente por el usuario titular del espacio virtual y los aportados por terceros. Esta diferenciación reviste especial relevancia a efectos de determinar la legitimidad de las restricciones impuestas por los Estados al ejercicio de la libertad de expresión.

En relación con los contenidos generados por el propio usuario, el TEDH concluye que la condena civil dictada por los tribunales rumanos constituye una injerencia injustificada y desproporcionada en el derecho a la libertad de expresión, tal y como se reconoce en el artículo 10 del CEDH. El Tribunal reprocha a las jurisdicciones nacionales una falta de ponderación adecuada entre los derechos fundamentales en juego, especialmente entre la libertad de expresión del demandante y los derechos al honor, la vida privada y la reputación de las personas aludidas en las publicaciones. Además, el TEDH subraya que los tribunales rumanos no valoraron adecuadamente ni el interés general del debate suscitado, ni el contexto fáctico y social en el que se inscribían los comentarios objeto de la controversia. A juicio del Tribunal, este contexto podría haber sido utilizado por los tribunales nacionales para evaluar si cada uno de los comentarios polémicos del demandante contribuía al debate de interés público. En definitiva, el TEDH concluye que las autoridades nacionales no llevaron a cabo un ejercicio de equilibrio convincente que justificara la necesidad social imperiosa de restringir el derecho del demandante a expresarse libremente. Así, la sentencia civil dictada contra el mismo no responde a los criterios de necesidad, proporcionalidad y previsibilidad exigidos por el artículo 10 del CEDH, lo cual redunda en una vulneración del derecho fundamental invocado.

Por lo que respecta a los comentarios publicados por terceros, el TEDH concluye que la injerencia de las autoridades nacionales en el ejercicio de la libertad de expresión no satisface el requisito de legalidad establecido en el artículo 10.2 del CEDH. En particular, el TEDH observa que la responsabilidad impuesta al usuario por la mera permanencia de comentarios

ajenos en su página en Facebook y en su blog carece de una base legal clara, previsible y suficientemente precisa en el ordenamiento jurídico rumano. La ausencia de legislación sectorial o de jurisprudencia consolidada que delimite las obligaciones de los usuarios en plataformas digitales —distintas de aquellas de los proveedores de servicios electrónicos— fue interpretada por el TEDH como una falla estructural en el cumplimiento del principio de legalidad. La citada indeterminación normativa imposibilita que los usuarios puedan adaptar su conducta conforme a Derecho, y vacía del contenido el requisito de previsibilidad que impone el artículo 10.2 del CEDH.

En resumen, el Tribunal concluye que la injerencia estatal en relación con los comentarios de terceros no sólo fue desproporcionada, sino también carente de fundamento legal conforme a los estándares del CEDH, constituyendo una vulneración del derecho a la libertad de expresión.

IV. LAS PRINCIPALES CUESTIONES LEGALES

En primer lugar, cabe señalar que, en la sentencia analizada, el Tribunal vuelve a interpretar el artículo 10 del CEDH, según el cual se garantiza una protección de la libertad de expresión. Desde esta perspectiva, resulta necesario reflexionar sobre los límites aceptables de la libertad de expresión en el entorno digital, especialmente en lo que respecta a su interpretación cuando los contenidos se difunden a través de plataformas en línea. En este contexto, la velocidad y el amplio alcance de la información generan nuevos desafíos jurídicos en torno a la responsabilidad, la moderación de contenidos y la protección de los derechos fundamentales. El artículo 10 del CEDH garantiza a toda persona a expresar libremente sus opiniones, recibir y difundir informaciones e ideas sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. Sin embargo, el segundo apartado del artículo 10 del CEDH establece que la libertad de expresión puede estar sujeta a restricciones o sanciones, siempre que estén “previstas por la ley”, persigan uno o varios fines legítimos y sean “necesarias en una sociedad democrática”⁷. Esto implica un triple test que debe superar cualquier injerencia estatal en el ejercicio de la libertad de expresión: legalidad, finalidad legítima y necesidad/proporcionalidad.

No obstante, el Tribunal señala que el requisito de previsibilidad de las restricciones a la libertad de expresión no debe interpretarse de manera demasiado estricta, ya que el desarrollo tecnológico exige flexibilidad en la aplicación de la ley. El TEDH confirma en que cualquier limitación debe basarse en una norma jurídica clara, accesible y previsible. Además, las autoridades nacionales están obligadas a realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos en conflicto, especialmente cuando la libertad de expresión entra en tensión con otros derechos, como el derecho al honor, a la reputación o a la vida privada.

En virtud de la jurisprudencia, cobra relevancia el debate sobre la necesidad de un marco normativo adaptado a los entornos digitales, que regule con mayor claridad las obligaciones

7 Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete i Index.hu Zrt c. Hungaria, demanda núm 22947/13, sentencia de 2 de febrero 2016 (Sección Cuarta), Sección Cuarta); Delfi AS c. Estonia (TEDH, Delfi AS c. Estonia, demanda núm. 64569/09, sentencia de 16 de junio de 2015 (Gran Sala)).

—y eventuales responsabilidades— de los usuarios que permiten o habilitan la interacción de terceros en sus espacios digitales. En particular, el Tribunal observó que las disposiciones del Código Civil rumano en materia de responsabilidad extracontractual eran excesivamente genéricas y no contenían referencias específicas al entorno digital ni a obligaciones concretas de moderación de contenidos por parte de los titulares de espacios en redes sociales. Los tribunales nacionales fundamentaron la responsabilidad del demandante en disposiciones generales del Código Civil rumano —principalmente en los artículos 1349 y 1357— relativas a la responsabilidad extracontractual. No obstante, el TEDH subraya que estas normas, por su carácter abstracto y genérico, no establecen de manera concreta ni el deber específico de supervisión del contenido generado por terceros, ni los criterios objetivos de imputación de culpa por omisión en su eventual eliminación. En consecuencia, Pătrașcu no podía prever razonablemente que su inactividad en relación con dichos comentarios —en ausencia de una notificación formal previa o de un marco normativo claro— pudiera derivar en responsabilidad jurídica.

En este contexto, el caso analizado también revela las tensiones que surgen al intentar aplicar normas tradicionales de responsabilidad civil a fenómenos comunicativos propios del entorno digital, así como la existencia de importantes vacíos normativos respecto a los usuarios individuales que interactúan públicamente en redes sociales o blogs. Asimismo, surge la cuestión de si los usuarios particulares que gestionan perfiles públicos, foros o blogs abiertos al debate deben ser considerados equivalentes a los prestadores de servicios, y por tanto, sujetos a obligaciones similares en cuanto a la supervisión y eventual retirada de contenidos ilícitos. Igualmente, se plantea si estos usuarios deben tener responsabilidad sobre los comentarios publicados por terceros y si, en caso de omisión, puede exigírseles responsabilidad, ya sea de naturaleza civil o penal.

La responsabilidad por los contenidos de terceros publicados en páginas gestionadas por usuarios no profesionales no está regulada de forma específica en el ordenamiento europeo. El DSA ha comenzado a ofrecer un marco más claro en relación con las obligaciones de los grandes intermediarios digitales, estableciendo criterios de diligencia debida y limitaciones de responsabilidad. Sin embargo, sigue sin resolverse de manera explícita el estatuto jurídico de los usuarios individuales que, aunque sin ánimo comercial, permiten la difusión de contenidos ajenos en espacios bajo su control. En un sentido amplio, podría sostenerse que estos usuarios actúan también como intermediarios, al menos funcionalmente, cuando habilitan la interacción y el intercambio de contenidos por parte de terceros. Éstos, al gestionar espacios digitales abiertos a la interacción, asumen en ciertos casos una responsabilidad directa —civil o penal, según corresponda— cuando los comentarios o contenidos publicados a través de sus cuentas infringen los derechos de terceros. Ejemplos de este tipo de responsabilidad también han sido evidentes en la jurisprudencia española, que en algunos casos se extiende también a las personas responsables de los actos del infractor directo⁸.

8 LÓPEZ RICHART, J., “La responsabilidad de las redes sociales y otros prestadores de servicios de alojamiento por los contenidos generados por sus usuarios”, en: Herrador Guardia, Mariano José (ed.). *Derecho de daños 2020*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 377-442; STS (Sala de lo Civil, Secc. 1.ª) de 3 de abril de 2019 (RJ 2019, 1214); SAP de Barcelona (Secc. 19.ª) de 7 de marzo de 2019 (JUR 2019/ 103221); SAP

En ausencia de un régimen jurídico específico que regule la responsabilidad de los usuarios particulares en Internet, deben aplicarse los principios generales de responsabilidad extracontractual. Cabe destacar, que la responsabilidad de las personas que publican contenidos que vulneran los derechos de terceros no se ve modificada por el hecho de que el daño se haya producido en el ámbito digital, esta circunstancia sólo puede influir, en su caso, en la cuantía del daño, debido al mayor alcance que pueden tener las informaciones difundidas a través de Internet. Hay muchos casos en los que los tribunales españoles han reconocido la responsabilidad de los propietarios de sitios web privados utilizados para publicar contenidos que vulneran el derecho al honor de otras personas⁹.

Aunque el artículo 1902 del Código Civil español establece los principios generales de la responsabilidad extracontractual, resulta que a la luz de la sentencia analizada, no debe interpretarse de manera extensiva. La jurisprudencia española debería orientarse a evitar la extensión de las obligaciones de control de contenidos, propias de las plataformas o proveedores de servicios, a los simples usuarios individuales. En consecuencia, los tribunales españoles deben actuar con especial cautela antes de atribuir responsabilidad civil por contenidos tanto propios como de terceros. La sentencia subraya, por tanto, la necesidad de aplicar de manera prudente y reflexiva el régimen de responsabilidad extracontractual en el entorno digital.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia Pătraşcu confirma principios fundamentales en la protección de la libertad de expresión en el contexto digital. El Tribunal subrayó que el mero mantenimiento de un perfil en las redes sociales no significa responsabilidad automática por los comentarios de terceros. El TEDH insiste en que no se puede sancionar a un usuario particular por comentarios de terceros si no existe una norma jurídica accesible y precisa que establezca tal obligación y defina sus límites. Asimismo, tal y como puede observarse en la jurisprudencia en la materia, el TEDH declara así que la atribución de responsabilidad por comentarios de terceros debe responder a un juicio de proporcionalidad que tenga en cuenta factores como el tipo de contenido, la naturaleza del autor, las medidas adoptadas por el usuario para gestionar el contenido ofensivo y la relevancia del discurso en el marco del interés público. La condición es que la injerencia en la libertad de expresión esté prevista por la ley, tenga lugar en circunstancias apropiadas y vaya precedida de una adecuada ponderación de intereses de conformidad con el artículo 10.2 del CEDH.

A pesar de su importancia para la interpretación de la libertad de expresión, la sentencia también revela ciertos límites. El Tribunal evita entrar en una discusión profunda sobre el alcance de la responsabilidad de los usuarios particulares en Internet. Si bien la omisión ante contenidos

de Navarra (Secc. 1.^a) de 26 de septiembre de 2017 (ARP 2017, 1027); SAP de Cantabria (Secc. 2.^a) de 11 de abril de 2019 (JUR 2019, 289844); AP Alicante (Secc. 3.^a) de 23 de marzo de 2012 (JUR 2012, 222805).
9 STS (Sala Civil, Secc. 1.^a) de 3 de abril de 2012 (RJ 2012, 4710); SAP de Las Palmas (Sala 3) de 20 de enero de 2004 (vLex-16790049); SAP de Valencia (Secc. 11) de 27 de diciembre de 2005 (AC 2006, 297); SAP de Madrid (Secc. 25) de 28 de abril de 2010 (AC 2010, 478).

claramente perjudiciales puede facilitar la perpetuación del daño, la imposición de una obligación general de moderación de contenidos puede suponer una carga desproporcionada para los usuarios y fomentar prácticas de censura, lo que es contrario al sentido del artículo 10 del CEDH y puede dificultar la participación en el debate público.

El Tribunal sostiene que las disposiciones del Código Civil rumano no eran lo suficientemente claras. Surge la pregunta de hasta qué punto la regulación debe ser detallada y si, en el caso en cuestión, los criterios de responsabilidad general estaban suficientemente definidos. Aunque no es posible regular absolutamente todos los escenarios, siempre debe existir un margen para la interpretación y la aplicación razonada de la norma. Sin embargo, este margen debe equilibrarse con el respeto al principio de legalidad, según el cual no se puede castigar una acción u omisión si no está prevista como un acto ilícito por la ley. Este principio exige que las normas sean claras y predecibles, de modo que proporcionen seguridad jurídica. Por ello, el ámbito de aplicación debe ser suficientemente amplio como para permitir una flexibilidad interpretativa, pero también lo bastante limitado como para evitar decisiones arbitrarias y preservar la certeza del derecho. De igual modo, el Tribunal no ha especificado de qué manera deben concretarse las disposiciones que recogen los principios generales de la responsabilidad extracontractual, ni hasta qué punto es necesario su grado de detalles. Por lo tanto, se puede suponer que los criterios generales de responsabilidad civil son suficientes y pueden aplicarse también al espacio digital sin necesidad de crear nuevas regulaciones legales o modificar las ya existentes.

Además, surge la cuestión de si realmente es necesario regular de manera específica la responsabilidad de los usuarios privados, o ampliar el ámbito de aplicación del DSA y de la Directiva sobre el Comercio Electrónico. Estas normas fueron concebidas con el objetivo principal de regular el mercado interior digital, es decir, el entorno económico y comercial de los servicios en línea dentro de la Unión Europea. Su finalidad está orientada en particular a garantizar el funcionamiento armonioso del mercado digital y la responsabilidad de los intermediarios profesionales, como las plataformas o proveedores de servicios de alojamiento de contenidos. En este contexto, los usuarios privados, que no llevan a cabo actividades comerciales ni actúan como proveedores de servicios, no deberían ser tratados de la misma manera que los intermediarios profesionales. Ampliar las disposiciones del DSA a estos usuarios socavaría el objetivo original de dichas regulaciones y crearía marcos de responsabilidad desproporcionados. Por otro lado, crear nuevas regulaciones que armonicen la responsabilidad de los usuarios privados en línea a nivel de la UE implicaría la necesidad de armonizar los principios generales de responsabilidad en los Estados miembros. Esto tendría un impacto profundo en los sistemas legales nacionales y sería difícil de implementar en la práctica.

Es importante señalar, que muchos comentarios en los perfiles de los usuarios son escritos por terceros, pero también puede ocurrir que varios provengan de bots. En algunos casos, la moderación de tales comentarios por parte de un usuario privado es físicamente imposible, y si se impusiera tal obligación explícitamente, sería difícil de implementar en la práctica. La vigilancia permanente sobre los mensajes publicados por terceros en las cuentas de las redes sociales sería contraria a los estándares internacionales de libertad de expresión, ya que tal enfoque implicaría una censura adicional de carácter privado.

En conclusión, el marco normativo actual —basado en el equilibrio entre libertad de expresión, protección de los derechos fundamentales y responsabilidad de los usuarios— resulta, en principio, adecuado. La clave está en interpretar y aplicar correctamente las normas existentes, teniendo en cuenta el contexto específico de cada caso, sin necesidad de imponer obligaciones indebidas a los usuarios particulares ni de forzar una armonización legal. Por lo tanto, la sentencia indica que el marco jurídico vigente, aunque no haya sido diseñado específicamente para el entorno digital, sigue siendo aplicable a las actividades en Internet. Las normas generales, incluidas las relativas a la responsabilidad extracontractual, pueden aplicarse siempre que se respeten los principios de legalidad y previsibilidad.

